

SUMÁRIO

AVANÇAR

DIREITO 10:

NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO

ORGANIZADORES

Haide Maria Hupffer | André Rafael Weyermüller

ISBN

978-85-7717-197-2



2016/01

Associação Pró-Ensino Superior em Novo Hamburgo - ASPEUR
Universidade Feevale

DIREITO 10:

NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO

ORGANIZADORES

Haide Maria Hupffer
André Rafael Weyermüller



Novo Hamburgo | Rio Grande do Sul | Brasil

2016

PRESIDENTE DA ASPEUR

Luiz Ricardo Bohrer

REITORA DA UNIVERSIDADE FEEVALE

Inajara Vargas Ramos

PRÓ-REITOR DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

João Alcione Sganderla Figueiredo

PRÓ-REITOR DE PLANEJAMENTO E ADMINISTRAÇÃO

Alexandre Zeni

PRÓ-REITORA DE EXTENSÃO E ASSUNTOS COMUNITÁRIOS

Gladis Luisa Baptista

PRÓ-REITOR DE INOVAÇÃO

Cleber Cristiano Prodanov

PRÓ-REITORA DE ENSINO

Cristina Ennes da Silva

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Cristina Ennes da Silva

EDITORA FEEVALE

Celso Eduardo Stark

Grazielle Borghetto Souza

Adriana Christ Kuczynski

EQUIPE DE APOIO E REVISÃO

Bel. Pedro Ernesto Neubarth Jung

Bel. Maicon Artmann

Acad. Maria Eduarda Lima da Rosa

PROJETO GRÁFICO E EDITORAÇÃO ELETRÔNICA

Adriana Christ Kuczynski

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Universidade Feevale, RS, Brasil

Bibliotecária responsável: Sabrina Leal – CRB 10/1507

Direito 10 [recurso eletrônico] : novas perspectivas do direito / organizadores Haide Maria Hupffer, André Rafael Weyermüller. – Novo Hamburgo: Feevale, 2016.
Dados eletrônicos (1 arquivo : 2.46 megabytes).

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.
Modo de acesso: <www.feevale.br/editora>
Inclui bibliografia.
ISBN 978-85-7717-197-2

I. Direito. 2. Discentes - Feevale. I. Weyermüller, André Rafael.
II. Hupffer, Haide Maria.

CDU 340(075.8)

© Editora Feevale – Os textos assinados, tanto no que diz respeito à linguagem como ao conteúdo, são de inteira responsabilidade dos autores e não expressam, necessariamente, a opinião da Universidade Feevale. É permitido citar parte dos textos sem autorização prévia, desde que seja identificada a fonte. A violação dos direitos do autor (Lei n.º 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Universidade Feevale

Câmpus I: Av. Dr. Maurício Cardoso, 510 – CEP 93510-250 – Hamburgo Velho

Câmpus II: ERS 239, 2755 – CEP 93352-000 – Vila Nova

Fone: (51) 3586.8800 – Homepage: www.feevale.br

COMO MELHOR UTILIZAR ESTE E-BOOK

NÃO DESPERDICE PAPEL, IMPRIMA SOMENTE SE NECESSÁRIO.

Este e-book foi feito com intenção de facilitar o acesso à informação. Baixe o arquivo e visualize-o na tela do seu computador sempre que necessitar.

É possível também imprimir somente partes do texto, selecionando as páginas desejadas nas opções de impressão. Os botões interativos são apenas elementos visuais e não aparecerão na impressão, utilize-os para navegar pelo documento. Se preferir, utilize as teclas “Page Up” e “Page Down” do teclado ou o “Scroll” do mouse para retornar e prosseguir entre as páginas.

IGUALDADE TRIBUTÁRIA: CRITÉRIOS ORIENTADORES À APLICAÇÃO Ana Laura Kruppenauer Daniel Earl Nelson	13
GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO: AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO Angela Maria Altissimo Claudine Rodembusch Rocha	36
A OBRIGATORIEDADE DA PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS AVOENGOS Camila Costa Valéria Koch Barbosa	64
DA APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO Cristine Richter da Silva Igor Raatz dos Santos	97
O DIREITO À VIDA E OS LIMITES DA LIBERDADE CIENTÍFICA FRENTE ÀS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS NA PERSPECTIVA DO DIREITO BRASILEIRO Ana Talita Lima de Oliveira Henrique Alexander Grazzi Keske	124

O INSTITUTO DA HOLDING FAMILIAR ENQUANTO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO PATRIMONIAL E PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

Aniel Zimmermann Reichert
Marcus Vinicius Madeira

149

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N 13.022, DE 2014 E A MUNICIPALIZAÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA

Carlos Felipe Eninger
Igor Raatz dos Santos

177

A COBRANÇA PELA POLUIÇÃO DA ÁGUA: UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE BRASIL E ALEMANHA

Cristiane Marmitt
Haide Maria Hupffer

207

TEORIA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS: SOLUÇÃO AO PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO?

Diogo Kniest Stein
Igor Raatz dos Santos

237

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: O REFLEXO DA AUTONOMIA PRIVADA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Marcelo Dutra
Igor Raatz dos Santos

268

**A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE:
UMA ANÁLISE DO TRIBUNAL INTERNACIONAL DE DIREITO DO MAR**

Mariani Panzenhagen Bernardes
Ana Paula Atz

299

**A IMPUTAÇÃO PENAL SEGUNDO A TEORIA DO
DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA**

Gilberto Waldyr Kirsch Júnior
Paulo Eduardo de Almeida Vieira

327

**ABORTO E DIREITO À VIDA – DE QUEM? REFLEXÕES
SOB A ÓTICA DO BIODIREITO**

Joice Regina Braun Alvarenga
Henrique Alexander Grassi Keske

354

**O PROBLEMA DO “LIVRE CONVENCIMENTO JUDICIAL”
DIANTE DO DIREITO FUNDAMENTAL À ADEQUADA VALORAÇÃO
DA PROVA: PERSPECTIVAS À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Juliane de Moraes
Igor Raatz dos Santos

384

ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 795.567/PR

Karin Milene Bender
Paulo Eduardo de Almeida Vieira

414

A MATERIALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA POR MEIO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

Larissa Monte Blanco
Emerson Tyrone Mattje

441

PERFIS CONSTITUCIONAIS DA DESAPOSENTAÇÃO E A SUA CONCRETIZAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E STJ

Matheus Mattes Pedroso
Marcus Vinicius Madeira

468

O PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE E SUA APLICAÇÃO PARA AS CONTRIBUIÇÕES DO PIS/PASEP E DA COFINS

Nestor Roberto Breier
Daniel Sica da Cunha

494

EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E A RESPONSABILIDADE CIVIL DA SEGURADORA: AS DIFICULDADES PROBATÓRIAS

Taila da Silva
André Rafael Weyermüller

522

NANOTECNOLOGIA: UMA ANÁLISE FRENTE AOS CONCEITOS DE INOVAÇÃO E ADAPTAÇÃO AMBIENTAL E SUA EVOLUÇÃO NORMATIVA NOS ÂMBITOS NACIONAL E INTERNACIONAL

Pedro Ernesto Neubarth Jung
Maicon Artmann
Maria Eduarda Lima da Rosa

551

DESAPOSENTAÇÃO: DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIS E QUESTÕES NÃO RESOLVIDAS NO ÂMBITO DA JURISPRUDÊNCIA

Sidnei Barum Cassal
Elton Ari Krause

570

PODER CONSTITUINTE E OS PROCESSOS INFORMAIS DE MUDANÇA NA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: LEGITIMIDADE E NECESSIDADE DE LIMITES HERMENÊUTICOS

Camila da Silva Fagundes
Dailor dos Santos

599

APRESENTAÇÃO

A obra coletiva Direito 10 propõe, como temática que perpassa seus diversos artigos, as novas perspectivas do Direito. Perspectiva é uma palavra de múltiplos significados. Pode ser compreendida como sinônimo de ponto de vista ou pela forma como algo é apresentado. Alguns lhe atribuirão o sentido de panorama, daquilo que se enxerga mais ao longe. Irei me permitir atribuir aqui o sentido de expectativa, de sensação esperançosa. A presente obra é resultado das esperanças dos professores e dos acadêmicos pesquisadores da Universidade Feevale quanto ao presente e quanto ao futuro das ciências jurídicas.

Temos a oferecer à comunidade científica e profissional artigos adaptados das melhores monografias de conclusão de curso apresentadas pelos acadêmicos do Curso de Direito da Universidade Feevale em 2015. Outra vez, apresenta-se o melhor da produção científica originada da cooperação entre professores e acadêmicos, que ora podem colocar ao público os resultados de pelo menos três semestres acadêmicos de pesquisa, trabalhos que foram anteriormente apresentados por escrito e oralmente defendidos perante banca avaliadora de professores especialistas nas respectivas áreas, tendo sido reconhecidos com merecido destaque.

Procurou-se contemplar as mudanças sociais, econômicas e, especialmente, jurídicas, que estão constantemente instigando todos a pensar o novo. Trata-se de um conjunto de trabalhos sobre a pluralidade de ideias e de caminhos que o Direito propõe, fortalecidos na interdisciplinaridade, que permite a compreensão mais completa dos fenômenos jurídicos e sociais, com a diluição das fronteiras que outrora segregavam o Direito nos ramos do direito público e do direito privado, como se categorias estanques e independentes fossem.

Assim, no âmbito do Direito Empresarial, a desconsideração da personalidade jurídica é apresentada em artigo instrumental para aqueles que atuam com o Direito, do mesmo modo que as holdings familiares no planejamento sucessório estão também descritas. Ambos artigos instrumentais para a atuação no cotidiano jurídico. Também indispensável à atividade empresária, o Direito Tributário está contemplado com artigo

acerca da igualdade tributária e com artigo sobre a não-cumulatividade nas contribuições para o PIS/COFINS, completando-se mutuamente sob o prisma dos princípios constitucionais do sistema tributário nacional.

Considerando que é no âmbito privado que o ser humano desenvolve suas potencialidades ao máximo, temáticas contemporâneas do Direito das Famílias e da Responsabilidade Civil aparecem com o olhar da nova geração, nascida e criada no seio de relações humanas hipercomplexas. Têm-se importantes reflexões sobre a gestação por substituição, sobre a obrigatoriedade da prestação de alimentos gravídicos avoengos, e sobre a responsabilidade civil das seguradoras nos casos de embriaguez ao volante.

Arelados à linha de pesquisa Direito Ambiental e Desenvolvimento, em um apontamento da indissociabilidade entre a pesquisa e o ensino no âmbito universitário, tem-se interessante estudo comparativo entre Brasil e Alemanha, no que tange à cobrança pela poluição da água. Ademais, a temática ambiental está apresentada no estudo sobre a proteção internacional do meio ambiente, no âmbito do Tribunal do Mar (Tribunal de Hamburgo).

Já o Direito da Seguridade Social tem artigo sobre a materialização do princípio da dignidade da pessoa humana por meio do benefício assistencial de prestação continuada, e dois artigos que, sob prismas diferentes, enfrentam importante preocupação atual acerca da desaposentação. Outra temática social importante nos dias de hoje, a segurança pública, vem questionada em estudo sobre a (in)constitucionalidade da Lei nº 13.022/2014 (Estatuto Geral das Guardas Municipais), estritamente relacionada com o Direito Penal, que está presente com estudos sobre a imputação penal segundo a teoria do domínio da organização criminosa e sobre os efeitos da transação penal (em importante artigo que analisa o Recurso Extraordinário nº 795.567/PR).

Por fim, destacam-se no âmbito da hermenêutica e dos “novos” direitos quatro pesquisas fundamentais: o direito à vida e os limites da liberdade científica frente às pesquisas com células-tronco embrionárias; a nanotecnologia frente aos conceitos de inovação e adaptação ambiental; o aborto e o direito à vida; os processos informais de mudança na interpretação da Constituição Federal e a necessidade de limites hermenêuticos. Do mesmo modo, em tempos de novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), três artigos tornam-se de leitura obrigatória a todos que pretendem estar atualizados: teoria de precedentes obrigatórios, negócios jurídicos processuais, e o livre convencimento judicial diante do direito à adequada valoração da prova.

Enfim, o esforço de todos, professores e acadêmicos, e o resultado das pesquisas, dependeram da organização e estímulo dos professores Dr. André Rafael Weyermüller e Dr.^a Haide Maria Hüpffer, bem como do essencial apoio dos participantes do Programa de Aperfeiçoamento Científico e egressos do Curso de Direito da Universidade Feevale Pedro Ernesto Neubarth Jung e Maicon Artmann, e da acadêmica Maria Eduarda Lima da Rosa, sem os quais essa obra não existiria.

Toda obra tem sua história. Essa começa a se consolidar. Que seja de bom proveito aos leitores.

Prof. Dr. Daniel Sica da Cunha
Coordenador do Curso de Direito da Universidade Feevale

igualdade tributária: critérios orientadores à aplicação

Ana Laura Krummenauer

Bacharel em Direito pela
Universidade Feevale, Advogada.
E-mail: analaura.k@hotmail.com.

Daniel Earl Nelson

Professor do Curso de
Direito da Universidade da Feevale.
Mestre em Direito pela UFRGS. Advogado.
E-mail: daniel@lauffer.com.br.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Classificada como um dos principais direitos fundamentais previstos na atual Constituição Federal, a igualdade impõe como regra o dever de tratamento igualitário entre todos. Contudo, para que justamente isso seja alcançado, determinadas situações exigem que sujeitos considerados diferentes sejam tratados de forma diferente, para que, por consequência, sejam nivelados aos demais, promovendo-se, assim, a igualdade.

A problemática que envolve a igualdade se torna evidente quando se questiona quem são os sujeitos que devem receber igual tratamento e quais merecem tratamento diferenciado; o que justifica considerar uma pessoa, coisa ou situação diferente da outra. Essas questões se revelam de extrema importância, pois, se não forem bem examinadas, ao invés de se promover a igualdade, se estará violando este direito fundamental, de modo arbitrário e injustificado, e, o pior, chancelado pelo próprio Estado.

Com efeito, é com base nessas questões que se pretende demonstrar a importância da realização de um estudo pormenorizado a respeito do tema, bem como da observância de determinados critérios, os quais entende-se como essenciais para que se alcance a efetiva promoção da igualdade.

1 IGUALDADE: OBSERVAÇÕES A RESPEITO DO SEU CONCEITO

1.1 NOTAS SOBRE SUA EVOLUÇÃO

Embora a temática da igualdade tenha adquirido substancial relevo a partir da Revolução Francesa,¹ com o aprofundamento do assunto através de novas perspectivas e dimensões conceituais, é correto afirmar que as especulações em torno da ideia de igualdade foram inicialmente trabalhadas pelos filósofos gregos.²

¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. **O Antigo Regime e a Revolução**. Lisboa: Fragmentos, 1989.

² ALBUQUERQUE, Martim de. **Da Igualdade, Introdução à Jurisprudência**. Livraria Almedina: Coimbra, 1993, p. 24.

Com indiscutível pertinência ao tema, a Revolução Francesa (1789-1799) marcou a restauração de antigos costumes e seus efeitos provocaram mudanças não só na França e na Europa, mas em todo o mundo.³ O grande movimento teve como um dos seus pontos principais a insurgência do Terceiro Estado quanto à desigualdade no pagamento dos impostos,⁴ que exigia a equiparação de tratamento entre a sociedade em geral e a nobreza.⁵

Nessa perspectiva histórica, uma das consequências do movimento foi a positivação dos direitos que, acompanhada dos direitos proclamados na Revolução Americana,⁶ deram início à evolução dos direitos fundamentais.⁷ Assim, a igualdade passou a adquirir gradativo reconhecimento no campo do direito positivo e foi inserida em diversos tratados e convenções, especialmente no sistema internacional de proteção dos direitos humanos.⁸

Especificamente no contexto brasileiro, a igualdade foi contemplada inicialmente pela Carta Imperial de 1824 e, desde então, esteve presente constando em todas as Constituições brasileiras. Com notório acréscimo qualitativo, a igualdade contemplada na atual Constituição traduz a compreensão mais complexa e avançada do tema, na medida em que figura como centro medular do Estado social, visto que compõe “[...] um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo”.⁹

Logo, a importância outorgada pela Constituição Federal de 1988 à igualdade foi substancial, porquanto determina, de maneira explícita, a sua observância conjunta com todos os demais temas ali contemplados. Ocupa, inclusive, lugar de destaque entre os direitos fundamentais e encontra-se ramificada através de menções por toda Carta.

³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 28.

⁴ PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e jurisprudência**. 16. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 398.

⁵ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa: que é o Terceiro Estado?** Tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986, p. 102.

⁶ Também conhecida como Declaração de Direitos de Virgínia (“Bill of Rights de Virgínia” – 1776).

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 137.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 537.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 388.

Aponta-se que além da cláusula geral de igualdade, prevista expressamente no *caput* do artigo 5º, a Constituição Federal dispõe de previsão específica à esfera tributária no capítulo referente ao Sistema Tributário Nacional. Estas constituem-se, pois, em cláusulas específicas da igualdade, cujos principais objetivos são limitar o poder de tributação dos entes e vedar de forma expressa a adoção de determinados fatores discriminatórios.¹⁰ Tratam-se de garantias ao contribuinte.¹¹

Nesse sentido, destaca-se a principal previsão específica da igualdade ao Direito Tributário, disposta no artigo 150, inciso II, cuja redação expressamente veda aos entes tributantes instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente. O mesmo artigo veda preliminarmente a adoção de determinados fatores discriminatórios (ocupação profissional ou da função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos), de modo a proibir a instituição de tratamento diferenciado baseado em tais critérios.¹² É sobre essas questões que recai o presente estudo.

1.2 CONCEITO: UMA ANÁLISE CRÍTICA

A igualdade, analisada sob o viés jurídico, consiste no tratamento uniforme conferido às pessoas e situações, tendo como principal função impedir discriminações e extinguir privilégios seja na própria letra da lei como na aplicação dela.¹³ Trata-se, assim, de norma dirigida tanto ao legislador quanto ao aplicador da lei.¹⁴ Destarte, torna-se evidente que seus efeitos atingem todo o sistema jurídico, uma vez que produz influência

¹⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 146; BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Atualização de Misabel Abreu Machado Derzi. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 523.

¹¹ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 160.

¹² ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 60.

¹³ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 101.

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 09.

tanto na elaboração da lei como na sua aplicação.¹⁵ Cabe esclarecer que o conceito geral de igualdade é também utilizado para o âmbito tributário, ao qual se adicionam algumas peculiaridades decorrentes de previsões específicas. Assim, em razão de a igualdade geral aplicar-se de sobremaneira àquela específica ao Direito Tributário é que se conclui como necessária uma abordagem mais atenta da igualdade enquanto conceito geral.

Acerca do significado da igualdade, Humberto Ávila ressalta imperativo ter-se em mente que a palavra igualdade é um signo capaz de refletir diversos sentidos, variável à forma e ao propósito que queira ser empregado.¹⁶ Nesse sentido é a posição de Paulo de Barros Carvalho de que, após salientar a extraordinária importância da igualdade, relata o insucesso de diversos autores ilustres que pretenderam delimitar o seu conceito e encontraram acerba dificuldade.¹⁷ Justifica que isso se refere a sua maleabilidade, uma vez que se amolda “[...] diferentemente aos múltiplos campos de incidência material das regras jurídicas, o que torna penosa a indicação precisa do seu conteúdo”.¹⁸

Atacando o mesmo ponto, Cristiano Carvalho acrescenta que “[...] o termo ‘igualdade’ é polissêmico e, por isso, pode levar a significados conflitantes e mesmo contraditórios [...]”.¹⁹ Por outro viés, Aliomar Baleeiro afirma que a dificuldade que permeia a igualdade está em decidir o que é igual, bem como o que é ou não relevante para essa classificação. Aduz que somente a partir de uma análise pormenorizada é que será possível atender à exigência legal de idêntico tratamento para pessoas consideradas iguais.²⁰ É nessas razões que reside a dificuldade de se estabelecer um conceito certo e único à igualdade.²¹

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 09.

¹⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 133.

¹⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 200-201.

¹⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 201.

¹⁹ CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema Jurídico: direito, economia, tributação**. São Paulo: Quartier, 2005, p. 337-338.

²⁰ BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Atualização de Misabel Abreu Machado Derzi. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 522.

²¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 201.

Perfazendo uma análise filosófica, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que os conceitos de igualdade e justiça estão intimamente relacionados, na medida em que a justiça é experimentada nas relações intersubjetivas entre os sujeitos e na forma como um ou mais são tratados. A ligação entre os dois conceitos é percebida pela maneira como o tratamento dispensado aos indivíduos é analisado, uma vez que a igualdade é entendida como presente quando o tratamento for considerado justo.²² Ocorre que “[...] quando nos apercebemos de que a questão da igualdade é, acima de tudo, questão de justiça, o problema adquire contornos muito mais ricos e, ao mesmo tempo, de grande complexidade”,²³ iniciando-se aí a problematização do tema. Essa associação entre os conceitos de igualdade e justiça se deve, originariamente, ao pensamento grego clássico, cabendo destaque a Aristóteles, que ligava a ideia de justiça à de igualdade.²⁴

Ao tratar da matéria, o mencionado filósofo foi preciso com as palavras, dando origem à conhecida afirmação de que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, fórmula que é frequentemente citada nas decisões do Supremo Tribunal Federal.²⁵ Isto é, aqueles que se encontram em situação semelhante devem receber igual tratamento, ao passo que aqueles que se encontram em posição diferenciada, por particularidades que os divergem dos demais, requerem tratamento diferenciado que atenda a medida de suas desigualdades. No mesmo sentido destaca-se a frase de Rui Barbosa, cujo teor afirma que a “[...] regra da igualdade não consiste senão em

²² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 536.

²³ RAMOS, Elival da Silva. O Direito à Igualdade Formal e Real. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 651/1990, Jan. 1990, p. 52. **Doutrinas essenciais de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 2, Ago. 2011. p. 443. Disponível em: <<http://goo.gl/cSJDvY>> Acesso em: 10 nov. 2015.

²⁴ Acerca da relação da igualdade com a noção de justiça, importante se faz o destaque ao trecho da obra *Ética a Nicômaco* de Aristóteles: “Se não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas e queixas: ou quando iguais tem e recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais. Isso, aliás, é evidente pelo fato de que as distribuições devem ser feitas “de acordo com o mérito”; pois todos admitem que a distribuição justa deve recordar com o mérito num sentido qualquer [...]”. *In* ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Traduzido por Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 102.

²⁵ NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Método/Forense, 2014, p. 573.

aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam”.²⁶ Ainda que mencionada por alguns autores,²⁷ verifica-se que o resultado desta assertiva é idêntico ao da proposta por Aristóteles, razão pela qual entende-se sofrer das mesmas críticas impostas à Aristóteles.

Em que pese a noção apresentada pelo filósofo seja admitida como certa em toda sua extensão, o conceito por ela apresentado mostra-se raso. Nesse sentido é a crítica apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello que, embora admita a inteira procedência da assertiva, afirma ser insuficiente para resolver as demandas que envolvem a igualdade,²⁸ especialmente questões contemporâneas, tais como aquelas que envolvem a matéria tributária. Também criticando a noção aristotélica, Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que, por mais que se tenha como correta, a proposição é insuficiente para responder à indagação de quais sujeitos deverão receber tratamento desigual ou idêntico.²⁹ Logo, conquanto o apontamento feito pelo filósofo em comento seja de grande importância, visto que, de forma clara e sucinta, expressa o entendimento basilar sobre o tema, ainda provoca relevantes questionamentos não esclarecidos pelo pensador.

No mesmo sentido, Roberto Ferraz critica em forte tom a afirmação de Aristóteles, asseverando que “[...] não passa de mera retórica, de afirmação sem qualquer significado útil, eis que sem a identificação dos legítimos critérios segundo os quais as pessoas serão discriminadas

²⁶ Destaca-se: “A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”. In BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5 ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997, p. 26.

²⁷ MARTINS, Marcelo Guerra. **Tributação, Propriedade e Igualdade Fiscal**: sob elementos de direito e economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 192; SOARES DE MELO, José Eduardo. **Curso de Direito Tributário**. 7 ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 87.

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 10-11.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 547.

não pode haver efetiva aplicação da isonomia”.³⁰ Logo, sustenta ser uma afirmação vazia, totalmente desprovida de conteúdo. Por conseguinte, reforça que o principal ponto a ser observado está na definição de quais são os critérios legítimos de discriminação de grupos, ou seja, quais são os elementos considerados próprios para discriminação sem ofensa à isonomia.³¹

Na mesma linha crítica, Cristiano Carvalho aduz que afirmar sobre tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade é inútil para solução do problema que, em tese, a assertiva se propõe a resolver, sobretudo porque os próprios conceitos utilizados na asserção são vagos e ambíguos.³² Nesse sentido, aponta que, na ausência de critérios avaliativos que deem subsistência a uma discussão mais profunda sobre a questão, a isonomia passa a se assemelhar ao conceito de justiça, em que caberia ao próprio direito ditar quais normas atenderiam ou não à isonomia. Assim, o julgador estaria livre para, ao seu critério do que é justo ou injusto, afirmar se determinada pessoa ou situação merece receber tratamento diverso da maioria. Daí que, não sendo a decisão baseada em fatores sólidos, as decisões tendem a oscilar de julgador a julgador, a maneira que entenderem.³³

Com efeito, embora a afirmação de Aristóteles remeta a compreensão básica sobre o tema, na medida em que assenta que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, a verdade é que a afirmativa por si só não é suficiente para esgotar o a problemática que envolve a igualdade. Isso porque, inevitavelmente, conduz ao questionamento de quem são

³⁰ “[...] afirmar que legislar respeitando o princípio da igualdade na lei consiste em ‘tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais’ é afirmar rigorosamente nada! O problema está em saber quais os critérios legítimos de discriminação de grupos ‘iguais’ para os fins legais. Assim, também a aparente unanimidade em torno à idéia de igualdade no âmbito jurídico, e mesmo relativamente àquele conceito supostamente aristotélico, não passa de mera retórica, de afirmação sem qualquer significado útil, eis que sem a identificação dos legítimos critérios segundo os quais as pessoas serão discriminadas não pode haver efetiva aplicação da isonomia”. In FERRAZ, Roberto. A igualdade na lei e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, v. 116, Mai. 2005, p. 123.

³¹ FERRAZ, Roberto. A igualdade na lei e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, v. 116, Mai. 2005, p. 123.

³² CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema Jurídico**: direito, economia, tributação. São Paulo: Quartier, 2005, p. 339.

³³ CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema Jurídico**: direito, economia, tributação. São Paulo: Quartier, 2005, p. 339.

os iguais e quem são os desiguais;³⁴ o que justifica considerar uma pessoa, coisa ou situação diferente da outra, pontos que se verificam como indispensáveis para que se obtenha uma correta aplicação da igualdade. Poucos são os autores que aprofundam a análise sobre a igualdade, na medida em que esgotam o tema sem adentrar na efetiva problemática que o envolve. Abordam, pois, de forma sucinta o tema e, de regra, não buscam esclarecer como identificar quem são os iguais e quem são os desiguais.

Assim, apesar de considerar como válida para ponto de partida, a asserção suscita diversas dúvidas e não fornece todos os elementos necessários para operacionalização da igualdade, uma vez que não esclarece quais são os critérios legítimos que autorizam distinguir pessoas e situações para fins de tratamentos jurídicos diversos.³⁵ A igualdade impõe como regra o tratamento igualitário entre os sujeitos. Todavia, para que justamente isso seja alcançado, determinadas situações exigem que sujeitos considerados diferentes sejam tratados de forma diferente, para que, por consequência, sejam nivelados aos demais. Nessa hipótese, o tratamento diferenciado não ofende a igualdade, na medida em que serve justamente para promovê-la. Contudo, é imprescindível que a discriminação ocorra de forma válida e legítima, pois do contrário estaríamos frente a um arbítrio.³⁶ Dessa forma, conclui-se que a análise de como aferir quem são os iguais e quem são os desiguais é de extrema importância, pois somente a partir do resultado destas indagações é que será possível assimilar o conceito de igualdade e efetivamente promovê-la.

1.3 IGUALDADE FORMAL E MATERIAL

A igualdade sofreu significativa mutação no decorrer do tempo, adquirindo, no avançar da história, noções mais complexas a seu respeito. Essa transformação conceitual produziu forte impacto no âmbito do direito positivo, uma vez que passou a influenciar na formação do próprio

³⁴ BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Atualização de Misabel Abreu Machado Derzi. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 526.

³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 10-11.

³⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 75.

conteúdo da norma e não mais apenas na sua aplicação.³⁷ Isso porque ao longo do tempo constatou-se que a norma geral que previa a igualdade de todos perante a lei não era suficiente para impedir discriminações no próprio texto legal, o que implicou na necessidade de elaboração de normas específicas, cujo próprio conteúdo transportasse a igualdade.³⁸

É nessa perspectiva que o conceito de igualdade adquire uma dupla acepção, cuja divisão consiste em igualdade formal, também conhecida como igualdade perante a lei, e igualdade material, também chamada de igualdade na lei. Assim, é possível afirmar que a primeira se trata de imposição destinada aos operadores do direito, que deverão observar a igualdade no momento da aplicação da lei, ao passo que segunda refere-se à exigência destinada ao próprio legislador, que deverá observar a igualdade no processo de formação da lei, de modo que não inclua fatores discriminatórios e que a norma traga em seu próprio conteúdo a igualdade.³⁹

Em que pese não se possa afirmar que exista um consenso absoluto entre os autores a respeito dos conceitos expostos, são isolados os posicionamentos que fogem a essa ideia. Para todos os efeitos, vale a resguarda de que nem sempre o conceito empregado à igualdade formal e material é o mesmo.⁴⁰

³⁷ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 101.

³⁸ BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Atualização de Misabel Abreu Machado Derzi. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 529.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 527.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 540.

2 CRITÉRIOS AVALIATIVOS PARA AFERIÇÃO DA APLICAÇÃO DA IGUALDADE

2.1 DAS PROPOSTAS METODOLÓGICAS

Conforme asseverado, a igualdade não possui um conceito que se esgota em si mesmo, mas que implica em outras indagações. Isso porque invariavelmente conduz ao questionamento de quem são os iguais e quem são os desiguais;⁴¹ o que justifica considerar uma pessoa, coisa ou situação diferente da outra, pontos que se tornam indispensáveis para que se obtenha a correta aplicação da igualdade, ou, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, “[...] para que se possa alcançar prática efetiva da igualdade”.⁴² Humberto Ávila aprofunda a questão e ultrapassa o questionamento de saber se as pessoas são ou não iguais, afirmando que, para o Direito, importa saber se as pessoas devem ou não ser tratadas igualmente.⁴³

Assim, a depender da perspectiva analisada, as mesmas pessoas podem ser consideradas iguais ou diferentes, o que torna tão elementar averiguar com exatidão qual a propriedade selecionada como relevante pela norma.⁴⁴ Logo, duas ou mais pessoas podem ser compreendidas como iguais ou diferentes de acordo com o critério escolhido para comparação, sendo, portanto, o resultado variável à medida da comparação eleita. É sob essa ótica de comparação que Ingo Wolfgang Sarlet assevera que se deve “[...] partir da premissa de que igualdade é um conceito relacional e comparativo, pois toda afirmação de uma igualdade ou desigualdade pressupõe uma comparação”.⁴⁵

⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 11.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 535.

⁴³ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 40-41.

⁴⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 20, p. 41.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 534-535.

Aliomar Baleeiro complementa, destacando que a igualdade realiza uma avaliação simultânea de comparabilidade e diversidade, visto que se os objetos fossem iguais em todos os sentidos, ao invés de serem comparáveis, seriam idênticos.⁴⁶ Logo, o autor enfatiza que a igualdade se baseia numa relação de comparação, aferível por meio de um critério, no sentido de que deve ser observado e levado em conta ponto em comum dos objetos comparados.

De outro ponto, Celso Antônio Bandeira de Mello afiança que a característica funcional das leis é discriminar situações, a fim de submetê-las à regência de determinadas regras. Assim, coloca como importante questionar quais discriminações são juridicamente toleráveis, visto que, embora entre as pessoas exista diferenças nítidas e perceptíveis ao olhar, não é qualquer critério diferenciador que será considerado válido para justificar tratamentos jurídicos diferentes.⁴⁷ Ressaltando o mesmo ponto, Hugo de Brito Machado corrobora que a dificuldade que permeia a igualdade está em saber quando o legislador pode prescrever discriminações e qual o critério que será válido utilizar.⁴⁸

De forma concisa, Humberto Ávila conclui que o dever de tratamento igualitário pressupõe um fim delimitado que deve ser atingido, do qual os sujeitos serão comparados por um critério que deverá ser lícito, relevante e congruente à finalidade estabelecida:

Vale dizer, a igualdade, enquanto dever de tratamento igualitário, só surge quando, para alcançar determinada finalidade que deve ser buscada, os sujeitos são comparados por critério que, além de serem permitidos, são relevantes e congruentes relativamente àquela finalidade [...].⁴⁹

Com efeito, para que se garanta a correta observância da igualdade, verifica-se como imprescindível a análise de determinados critérios que auxiliarão e nortearão a aplicação da igualdade. Isto é, a partir da observância de determinados critérios, a igualdade deixa de ser supostamente

⁴⁶ BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Atualização de Misabel Abreu Machado Derzi. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 526.

⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 11.

⁴⁸ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 38-39.

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 42.

realizada através de presunções e passa a ser lastreada em fundamentos concretos e seguros que, de forma clara e aberta, demonstram se esta foi de fato observada.⁵⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que apenas adentrando na análise destas questões (os critérios) é que se poderá compreender a igualdade e, com isso, lhe dar “[...] cunho operativo seguro, capaz de converter sua teórica proclamação em guia de uma *praxis* efetiva, reclamada pelo próprio ditame constitucional”.⁵¹

Diante do caráter precursor da proposta apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello, se dará início ao estudo expondo a metodologia por ele difundida, que consiste na análise específica de três pontos, os quais servem de critérios para identificação de eventual desrespeito à isonomia, a saber: (a) elemento tomado como fator de desigualação; (b) correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; (c) consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional.⁵² Logo, não basta que o fator de discriminação escolhido possua uma justificativa lógica para desigualação; deve, ainda, estar em consonância com os interesses guardados pela Constituição Federal.⁵³

Quanto ao fator de discriminação, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que a lei não pode estabelecer a título de “[...] critério diferencial um traço tão específico que singularize no *presente e definitivamente*, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar”,⁵⁴ de modo a assegurar que a lei não tenha por objeto um destinatário específico e único, pois desta forma estaria beneficiando somente uma pessoa, o que, por via de consequência, automaticamente violaria a igualdade.⁵⁵

⁵⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 51.

⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 11.

⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 22.

⁵³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 22.

⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 23.

⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 23-24.

Ademais, o autor aponta que o fator eleito como diferencial deve impreterivelmente residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada, visto que “[...] elemento algum que não exista nelas mesmas poderá servir de base para assujeitá-las a regimes diferentes”.⁵⁶ De outro ponto, alerta que, ao contrário que geralmente se supõe, não é especificamente o fator eleito para discriminação que provocará ofensa ou não à igualdade, mas também a forma como este se relaciona com a finalidade pretendida.⁵⁷ Nesse sentido pontua que “é certo que fator objetivo algum pode ser escolhido aleatoriamente, isto é, sem pertinência lógica com a diferenciação procedida”.⁵⁸ Assim, quanto à correlação lógica entre o critério desigualador e a desigualdade de tratamento, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera como indispensável a relação de pertinência lógica entre ambos. Isto é, se faz necessário um nexos plausível entre a circunstância eleita e o regime dispensado.⁵⁹ Deve haver, pois, uma ligação racional e pertinente que una ambos, sob pena de ofensa à isonomia. De fato, não é com grande dificuldade que se percebe a razão pela qual se faz necessária a correlação entre ambos, pois resta visível que a ausência de pertinência lógica, fatalmente, tornaria injustificada a discriminação e, inevitavelmente, violaria o direito fundamental à igualdade.

Não obstante, o autor destaca que a correlação lógica nem sempre será absoluta, ou seja, imutável ao tempo.⁶⁰ Isso porque, da mesma forma que as leis alteram-se no decorrer do tempo, adequando-se às mudanças da sociedade, aquilo que ora poderia ser entendido como uma discriminação justificável pode noutro momento não mais o ser, valendo o mesmo ao sentido inverso. Portanto, mostra-se coerente concluir que a correlação lógica guarda íntima ligação com os valores atuais prestigiados pela sociedade, cabendo-lhe revisão à medida que houver alteração de entendimento.

⁵⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 23.

⁵⁷ “Supõe-se, habitualmente, que o agravo à isonomia radica-se na escolha, pela lei, de certos fatores diferenciais existentes nas pessoas, mas que não poderiam ter sido eleitos como matriz do *discrimen*. Isto é, acredita-se que determinados elementos ou traços característicos das pessoas ou situações são insuscetíveis de serem colhidos pela normal como raiz de alguma diferenciação, pena de se porem às testilhas com a regra da igualdade” In BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 13.

⁵⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 18.

⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 38.

⁶⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 39.

Por fim, para Celso Antônio Bandeira de Mello, o último ponto a ser observado – para que inexista violação ao preceito isonômico – é a consonância do vínculo de correlação lógica entre o fator de discriminação e o tratamento jurídico diferenciado dela decorrente com os valores resguardados pelo texto constitucional.⁶¹ Assim, assinala que “[...] a lei não pode atribuir efeitos valorativos, ou depreciativos, a critério especificador, em desconformidade ou contradição com os valores transfundidos no sistema constitucional [...]”.⁶² Em suma, o que o autor salienta é que a desigualação pretendida deve obrigatoriamente guardar relação com os valores protegidos pela Constituição Federal, não sendo lícito, pois, estabelecer tratamento diferenciado que não se coadune com os interesses máximos da Federação.⁶³

Não há dúvida de que o estudo nacional mais aprofundado e atualizado da matéria, voltado especificamente à esfera tributária, seja o de autoria de Humberto Ávila que, em linhas paralelas à proposta de Celso Antônio Bandeira de Mello, analisa a igualdade a partir de elementos que considera integrantes da igualdade e sem os quais ela não se realiza. Propõe uma análise densa, pormenorizada e analítica, no intuito de garantir a efetiva realização da igualdade através de elementos concretos e seguros. A ideia é desvincular a igualdade de justificativas baseadas em meras presunções que, o que não é difícil constatar, podem facilmente variar a cada legislador ou julgador. O método proposto por Humberto Ávila visa a analisar especificamente a norma, se esta realiza ou não a igualdade. Perceba-se que é a partir daí que se colherão elementos seguros para fundamentar eventual violação à igualdade em um caso prático, no sentido de que é possível se utilizar do método para demonstrar, por exemplo, porque determinado contribuinte deve ser compreendido ou excluído de uma lei tributária. Assim, analisa-se a lei, mas para que, com elementos seguros, afirme-se estar ou não assegurada a igualdade na prática.

⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 41-42.

⁶² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 42.

⁶³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 47-48.

A respeito das instituições das normas, segundo Humberto Ávila, sob o ponto de vista objetivo, o que o Poder Legislativo pretende é atingir determinada finalidade.⁶⁴ Nesse sentido, portanto, a fim de verificar se o objetivo da lei importa ou não em violação à igualdade, o mencionado autor propõe uma metodologia de exame, que consiste na decomposição da lei para observação dos seguintes pontos: (a) sujeitos; (b) medida de comparação; (c) elemento indicativo da medida de comparação; e (d) finalidade da diferenciação. Na visão do autor, estes são os elementos integrantes da igualdade, na medida em que a ausência de algum deles torna incompleta a sua relação.⁶⁵

O primeiro elemento a ser analisado são os sujeitos que serão objeto de comparação, o qual o autor alerta que deverá ser compreendido de forma ampla, visto que não se restringe somente a pessoas físicas, abrangendo, também, pessoas jurídicas, coisas, situações ou atividades.⁶⁶ O segundo elemento elencado no método proposto por Humberto Ávila é a medida de comparação, que pode ser idade, sexo, capacidade econômica e assim por diante. Afirmo, ainda, que deve ser concreta e existente entre os contribuintes para ser considerada válida.⁶⁷ Assim, tem-se como certo que a verificação de observância à igualdade, necessariamente, pressupõe uma medida de comparação ou um fator de discriminação, ou seja, a existência de um ponto em comum entre os sujeitos, escolhido pela norma como elemento de diferenciação, que deve ser concreto e aferível no próprio sujeito.

Logo, conclui-se como imprescindível que a diferenciação normativa seja fundada em uma justificativa lógica e plausível, que se coadune com o fim almejado pela norma. Assim, cabe primeiramente aferir qual a finalidade pretendida pela norma para então verificar se o critério eleito para a comparação possua correlação lógica com o objetivo almejado pela lei. Não obstante, o autor afirma que a problemática da igualdade não se esgota com a análise da medida de comparação e a relação de pertinência entre ela e a finalidade normativa, na medida em que assevera ser

⁶⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 37.

⁶⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 42.

⁶⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 42-43.

⁶⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44.

igualmente necessário exame acerca do *elemento indicativo da medida de comparação* e a indispensável relação de congruência entre o elemento indicativo e a medida de comparação, assim como entre a medida de comparação e a finalidade que justifica sua utilização.⁶⁸

A respeito do elemento indicativo da medida de comparação, pode-se dizer que Humberto Ávila propõe uma análise ainda mais específica do fator de diferenciação, no sentido de que, para fins de compreensão, poder-se-ia dizer que a medida de comparação é o gênero do qual se afere uma espécie (elemento indicativo da medida de comparação). Em razão dessa necessária ligação entre a medida de comparação e o elemento indicativo, visto que este decorre daquele, é que Humberto Ávila sustenta a imprescindibilidade de haver uma relação fundada entre a medida de comparação e o seu elemento indicativo e aduz que esta se configura quando existe um vínculo de correspondência estatisticamente fundada entre o elemento indicativo e a medida de comparação.⁶⁹

Logo, o elemento indicativo deve necessariamente ser decorrente da medida de comparação e, numa visualização lógica, estar ramificada a ela. Ocorre que dentre as ramificações existentes, ou seja, dentre aquelas espécies (elementos indicativos) que compõem o gênero (medida de comparação), cabe apurar qual possui maior relação de pertinência com a finalidade que a norma pretende atingir, de modo que o elemento indicativo eleito seja aquele que com maior intensidade e proximidade tenha condições de promover, de forma mais satisfatória, o objetivo visado pela lei.⁷⁰ O mesmo (relação fundada e conjugada) se aplica entre a medida de comparação e a finalidade que justifica a sua utilização, na qual igualmente deve haver uma correspondência substancial entre as propriedades relativas à medida de comparação e os bens jurídicos que representam a finalidade da norma.⁷¹

⁶⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 48.

⁶⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 51.

⁷⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 51-52.

⁷¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 54-55.

Por fim, cabe abordar o último elemento integrante da igualdade na proposta de Humberto Ávila, que é a finalidade da diferenciação, em que o autor aponta a finalidade como “[...] um estado que precisa ser atingido (*Ist-Zustand*), como aspecto graduável de um estado de coisas (*graduellabstufbaren Aspekt von Zuständen*) ou critério de sua graduação (*Rangkriterium*) [...]”.⁷² Nesse sentido, destaca a extrema importância deste elemento, porquanto é a partir da finalidade da diferenciação que será possível aferir se a medida de comparação eleita encontra perfeita correspondência com a norma, assim como se atende a finalidades constitucionalmente previstas.⁷³

É ligado essencialmente às finalidades prestigiadas pela Constituição Federal que Humberto Ávila adentra a análise da finalidade da diferenciação e, com abordagem específica àquelas destinadas ao Direito Tributário, as subdivide em duas grandes espécies, a saber, normas com finalidade fiscal e normas com finalidade extrafiscal.⁷⁴ As normas com finalidade fiscal são aquelas que essencialmente buscam arrecadar receitas para o Estado e, por este motivo, o encargo tributário é dividido entre os contribuintes a partir de medidas de comparação compostas por elementos nelas mesmas presentes.⁷⁵ Isto é, a medida de comparação existe no próprio contribuinte ou na esfera a ele diretamente ligada, no sentido de que haja vinculação direta entre a medida de comparação e o contribuinte, sujeito passivo da obrigação tributária.

Assim, embora a Constituição Federal disponha de diversas finalidades a serem atingidas, no âmbito tributário a validade do tributo depende da observância de determinados limites impostos, de modo que não é lícita a utilização aleatória de finalidade constitucionalmente prevista para servir de parâmetro à medida de comparação.⁷⁶ Nesse sentido, o autor assegura que “[...] como regras, elas ou pré-excluem a tributação com base em finalidades extrafiscais ou predeterminam quais são as finalidades as quais devem servir a instituição do tributo”.⁷⁷

⁷² ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 63.

⁷³ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 63.

⁷⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 63-64.

⁷⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 63-64.

⁷⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 64.

⁷⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 64.

Humberto Ávila pontua que a ausência de clareza a respeito da finalidade “[...] impede o controle intersubjetivo da realização da igualdade na exata medida em que obsta a verificação da relação fundada e conjugada de pertinência entre a finalidade e a medida de comparação [...]”.⁷⁸ Vale enfatizar que, na proposta do autor, a igualdade se constitui por meio de uma relação conjugada dos elementos sujeitos, medida de comparação, elemento indicativo da medida de comparação e finalidade da diferenciação, de modo que se houver obscuridade ou falha em algum desses elementos, além de se tornar penosa ou impossível a análise ora proposta, ameaça a própria concretização da igualdade.⁷⁹

2.2 DO ÔNUS ARGUMENTATIVO

Para a devida compreensão do ônus argumentativo decorrente da igualdade, se faz necessário primeiramente esclarecer a sua prevalência axiológica. Humberto Ávila sustenta que o princípio da igualdade é dotado de prevalência axiológica relativa em nível abstrato,⁸⁰ qualidade atribuída pela Constituição Federal.⁸¹ Isso porque, ao ser priorizada dentre as garantias fundamentais, adquiriu uma importância valorativa, o que reflete num “[...] desnivelamento favorável à igualdade, no sentido de que, inexistentes outras razões justificadoras para sua inversão, a prevalência abstrata se mantém no plano concreto”.⁸² Logo, impõe-se como regra um dever de tratamento igualitário entre os contribuintes, o que apenas é excetuado quando houver uma razão para que o tratamento seja diferenciado. É justamente calcado nessa razão que Humberto Ávila destaca a

⁷⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 70.

⁷⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 73.

⁸⁰ Acerca da diferença entre a hierarquia absoluta e relativa, com referência a Robert Alexy, assim esclarece Humberto Ávila: “Alexy afirma haver hierarquia absoluta quando um princípio, independente de qualquer razão adicional, sobrepõe-se a outro com o qual se contraponha, Afirma-se haver hierarquia relativa entre princípios quando a prevalência de um princípio é presumida relativamente a outro, e só modificável se houver razões suficientes para isso”. In ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 147.

⁸¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 148.

⁸² ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 149.

importância da diferenciação entre explicação da desigualdade e justificação da desigualdade,⁸³ visto que, como exceção, o tratamento desigual, para ser considerado válido e legítimo, deverá ser devidamente fundamentado. Daí é que se depreende a importância do ônus argumentativo.

Ingo Wolfgang Sarlet assevera que as cláusulas especiais de igualdade provocam aos órgãos estatais uma vinculação de maior intensidade do que aquela decorrente da cláusula geral de igualdade,⁸⁴ o que importa numa limitação à autonomia legislativa.⁸⁵ Como resultado, ensina que com “[...] o ônus argumentativo, portanto, a consistência das razões para justificação do tratamento desigual deverá ser muito mais elevada, de modo que eventual diferenciação terá caráter ainda mais excepcional”.⁸⁶ Ressalta-se que Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que as discriminações apenas são legítimas e não provocam ofensa à igualdade quando existe um vínculo de correlação lógica entre o fator discriminatório e a finalidade pretendida.⁸⁷ Não obstante, a aludida correlação não poderá ser presumida, no sentido de que deve ser demonstrada, através de fundamentos claros, a ligação lógica existente, assim como as razões que motivaram a discriminação. Cabe repisar que “[...] não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão-só aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima”.⁸⁸

Com efeito, denota-se que somente para as hipóteses de discriminação é que se impõe o ônus argumentativo, pois é o tratamento diferenciado que exige a justificação das razões que levaram ao afastamento do tratamento igual. Vale lembrar que a igualdade pode tanto demandar um dever jurídico de tratamento igual para o que é igual, como um dever jurídico de tratamento desigual para o que é desigual.⁸⁹ Conforme abordado no

⁸³ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 151.

⁸⁴ “Convém registrar, que as cláusulas especiais de igualdade justamente foram uma resposta ao modelo da igualdade formal, no sentido de uma mera igualdade perante a lei”. In SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 536.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 536.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 536-537.

⁸⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 17.

⁸⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 43.

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 535.

tópico anterior, a avaliação do que é igual ou desigual deve ser realizada através da observância de determinados critérios,⁹⁰ o que, a depender da conclusão, importará na necessidade de fundamentação densa a fim de atender ao ônus argumentativo decorrente da prevalência axiológica da igualdade,⁹¹ para então justificar o tratamento desigual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com efeito, a correta observância da igualdade depende que os desiguais recebam tratamento diferenciado em proporção que corresponda à medida de suas desigualdades, nivelando sua posição a patamar equânime com os demais, e, assim, livrando-o de um ônus excedente e injustificado que isoladamente suportariam. Todavia, para que isso ocorra de forma legítima, isto é, para que o tratamento diferenciado não ofenda os demais valores presentes no ordenamento jurídico, especialmente a própria igualdade (conceder tratamento diferenciado a indivíduo que se encontre em situação igual), é indispensável a análise de determinados critérios, consistentes na avaliação dos sujeitos ou situações postas em comparação, o fator de discriminação eleito, bem como a correlação lógica- jurídica do fator de discriminação com a finalidade que se pretende atingir, isto é, se é plausível e se destina ao fim almejado. Reforça-se que a análise dos critérios é indispensável para que se garanta a correta aplicação da igualdade, bem como para justificar as razões de eventual tratamento diferenciado e assim enfrentar o ônus argumentativo decorrente da diferenciação. Somente a partir desta análise é que será possível extrair as razões e os fundamentos que tornarão legítima a discriminação.

⁹⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 40; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 21.

⁹¹ Acerca da diferença entre a hierarquia absoluta e relativa, com referência a Robert Alexy, assim esclarece Humberto Ávila: “Alexy afirma haver hierarquia absoluta quando um princípio, independente de qualquer razão adicional, sobrepõe-se a outro com o qual se contraponha, Afirma-se haver hierarquia relativa entre princípios quando a prevalência de um princípio é presumida relativamente a outro, e só modificável se houver razões suficientes para isso”. ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 147.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário**: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e jurisprudência. 16. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**: que é o Terceiro Estado? Tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **O Antigo Regime e a Revolução**. Lisboa: Fragmentos, 1989.

ALBUQUERQUE, Martim de. **Da Igualdade, Introdução à Jurisprudência**. Livraria Almedina: Coimbra, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2012.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2014.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema Jurídico: direito, economia, tributação**. São Paulo: Quartier, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. O Direito à Igualdade Formal e Real. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 651/1990, Jan. 1990. **Doutrinas essenciais de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 2, Ago. 2011. Disponível em: <<http://goo.gl/cSJDvY>> Acesso em: 10 nov. 2015.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Traduzido por Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Método/Forense, 2014.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5 ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

MARTINS, Marcelo Guerra. **Tributação, Propriedade e Igualdade Fiscal: sob elementos de direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SOARES DE MELO, José Eduardo. **Curso de Direito Tributário**. 7 ed. São Paulo: Dialética, 2007.

FERRAZ, Roberto. A igualdade na lei e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, v. 116, Mai. 2005.

gestação por substituição: ausência de regulamentação

Angela Maria Altissimo

Advogada. Bacharel em Direito
pela Universidade Feevale.

E-mail: angela-altissimo@hotmail.com.

Claudine Rodembusch Rocha

Advogada. Doutora em Direito Público
pela Universidade Federal de Burgos -
Espanha. Mestre em Direito pela
Universidade de Santa Cruz do Sul.

E-mail: claudinerodembusch@yahoo.com.br.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento do presente estudo tem por objetivo promover uma abordagem acerca da reprodução assistida, direcionado a compreensão dos institutos jurídicos destinados ao atendimento regulamentar da gestação por substituição.

Num primeiro momento, o trabalho realiza um ensaio acerca da evolução histórica, de forma a elucidar desde as primeiras experiências ao surgimento das mais modernas técnicas de reprodução assistida.

Pela evolução histórica do instituto pretende confrontar os valores humanitários num processo que desencadeia a formação principiológica das normas constitucionais elencadas como direitos fundamentais e norteadoras das técnicas de reprodução assistida, dentre os quais se destacam as garantias fundamentais do ser humano, devendo ser observado, fundamentalmente, a dignidade da pessoa humana, o direito ao planejamento familiar, o direito à vida e a paternidade responsável.

Desenvolveram-se, a partir desses valores fundamentais, às técnicas de reprodução assistida que se dissociam em inseminação artificial, fertilização *in vitro* e gestação por substituição, das quais interessará ao estudo especificamente esta última.

A complexidade da matéria vai da análise dos genes ao registro civil da filiação, o que conduz à desestabilização das relações e à insegurança jurídica quanto ao seu tratamento pelo Direito pátrio. Nesse passo, a possível licitude de um contrato de locação de útero, por ora assim nominado, colide com a indisponibilidade da vida humana.

Permitir-se-á verificar que o Brasil, assim como países que regulamentaram a matéria, possibilita a utilização das técnicas de forma gratuita mediante utilização de resoluções do Conselho Federal de Medicina, reconhecendo valoração jurídica isonômica à filiação natural ou civil. Contudo, a regulamentação apropriada ainda encontra entraves por questões culturais, políticas, sociais e religiosos.

Ante a incapacidade e morosidade do processo legiferante, a matéria tem sido normatizada através de resoluções sob pena de se relegar à clandestinidade. A partir desse cenário, estará sendo promovida a uma avaliação pormenorizada sobre a reprodução assistida, especificamente sobre gestação por substituição com enfoque à regulamentação da matéria.

A legalização da técnica da gestação por substituição é matéria de suma importância diante da real conjuntura mundial em decorrência de lacunas existentes e, por esta razão, terá ênfase neste estudo.

1 INFERTILIDADE, CASO DE SAÚDE PÚBLICA

A história da humanidade revela intensa preocupação com a questão da fecundidade, pois desde os primórdios das civilizações, através de influências religiosas e culturais, transmitiu, por tradição, ao homem a necessidade e o dever de dar sequência à descendência familiar.¹

No século XV, somente as mulheres eram consideradas estéreis, mas com o passar dos tempos, já no século XVII, admitiu-se que o homem também pudesse ser estéril. Entretanto, somente no século XX se chegou a tal conclusão, graças ao avanço significativo do estudo da genética e da evolução de pesquisas da reprodução artificial.²

No caso das mulheres, a infertilidade é ocasionada por diversos fatores. Em alguns casos elas nascem com um número determinado de óvulos, não gerando novos óvulos durante sua vida, apenas eliminando. Quando alcançam 40 anos, apresentam uma diminuição significativa da fertilidade. Os hábitos de uma vida sedentária, com consumo de cigarros, bebidas, drogas, alimentação desregrada, consumo de gorduras, obesidade, carência de vitaminas e minerais constituem fatores determinantes para a redução da fertilidade, obstando a gravidez.³ Fatores psicológicos, tais como ansiedade, angústia pela ausência da gestação, estresse da vida moderna e pressão psicológica também estão associados à dificuldade procriar de forma natural.⁴

¹ BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Tradução pela conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Canção Nova, 2009, p. 26.

² MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. **Reprodução Assistida: Um pouco de história**. In: SBPH, Rio de Janeiro, V. 12, n. 2, dez. 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttex&pid=S1516-085820090002_00004&nrm=iso>. Acesso em: 29 out. 2014.

³ MELAMED, Rose Massaro. **Psicologia e Reprodução humana Assistida: uma Abordagem Multidisciplinar**. Ed. Santos, 2009, p. 5.

⁴ MELAMED, Rose Massaro. **Psicologia e Reprodução humana Assistida: uma Abordagem Multidisciplinar**. Ed. Santos, 2009, p. 5-6.

Diante da impossibilidade de gerar um filho de forma natural, os casais encontram na técnica de reprodução assistida, alternativa para satisfazer o desejo da maternidade

A reprodução assistida (RHA) é basicamente intervenção do homem no processo natural, como objetivo de possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade⁵

A Esterilidade e a Infertilidade são doenças devidamente registradas na classificação internacional de doenças: CID 10 N97 (infertilidade feminina) e CID 10 N 46 (infertilidade masculina). Ou seja, a Organização Mundial de Saúde inclui essas enfermidades em um rol de doenças que devem ser tratadas como caso de saúde pública.⁶

O art 196 da Constituição Federal e art 2º da Lei 8.080/90, a saúde é um direito fundamental do ser humano, tratando-se de dever do Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Nesse cenário, a saúde é o mínimo decoro que uma pessoa deve ter garantido. E é neste vértice que, a seguir, tratar-se-á dos princípios expressos na Carta Magna que devem ser considerados em relação às enfermidades aqui tratadas e suas possíveis soluções.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No direito brasileiro, a dignidade da pessoa humana está expressa nos artigos 1º, inc. III e 5º, III da Constituição Federal, sendo acolhido como garantia fundamental do Estado Democrático de Direito. Significa dizer que é dever do Estado preservar e primar para que haja condições de aplicá-la na prática.⁷ Seguindo esta linha de entendimento, Welter diz que:

⁵ MALUF, Adriana Cadas Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 193.

⁶ Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v3n2/06.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2015.

⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Manipulação Genética e Direito Penal**, 1. ed. Porto Alegre: Zouk, 2007, p. 97.

Haverá dignidade com democracia, com laicização e com o reconhecimento pelos seus modos de ser- no –mundo- genético, e ser- no – mundo (des) afetivo e de ser- no – mundo-ontológico, cuja linguagem é indisponível, intangível, intransferível, imprescritível e inegociável.⁸

Permite-se afirmar que a dignidade da pessoa humana deve ser observada em cada indivíduo como um ser único e jamais pode se imaginar que o que é bom para uma pessoa deve ser bom para a outra. Welter afirma que:

O princípio da dignidade da pessoa humana acolhe, ao mesmo tempo, a igualdade e a diversidade humana tridimensional, uma vez que exige que o humano seja cuidado como humano, e não mais como parcela normatizada pelo mundo genético, onde é transformado em objeto, em coisa, em moeda, em mercadoria.⁹

Falar em dignidade é estabelecer que as pessoas não devem ser coisificadas (tratada como uma res¹⁰), merecendo tratamento digno e isonômico enquanto membros de uma sociedade organizada, livre e democrática.

A autora Maria Celina Bodin de Moraes acrescenta que “será desumano, isto é, contrário à dignidade da pessoa humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto.”¹¹

A dignidade da pessoa deve ser valorizada a partir de cada indivíduo, e em cada caso concreto, sem discriminação, nunca deixando a liberdade de um indivíduo atingir ou prejudicar a coletividade, respeitando a base da democracia.¹²

Portanto, há a necessidade de que, cada vez mais, seja disseminada a ideia de que a consciência de igualdade e de respeito ao ser humano seja uma realidade constante, a fim de garantir a dignidade das pessoas.

⁸ WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 56-57.

⁹ WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 56-57.

¹⁰ SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**, 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1213.

¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.

¹² BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva, **Manipulação Genética e Direito Penal**. Porto Alegre: Editora Zouk, 2007, p. 96.

2.2 DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

A evolução histórica deixa elucidado que a família é a base da sociedade, e esta sofreu ao longo do tempo imensas modificações. Por esta razão, é dever do Estado amparar e dar segurança jurídica para que haja proteção ao princípio do livre planejamento familiar, relacionado a fecundidade ea formação da família de forma responsável.

O princípio do planejamento familiar é de tal relevância que o legislador inseriu no art 226 §7º da Constituição Federal, no art 1565, §2 do Código Civil Brasileiro, e em Lei própria de nº 9263/96, precisamente no art 2º que conceitua o principio como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.” E nesta senda, remete ao Estado o dever de propiciar aos cidadãosos recursos financeiros e educacionais necessários a proporcionar aos casais o direito de planejamento familiar.

O planejamento familiar, como corolário da dignidade da pessoa humana, insere nos direitos e garantias fundamentais, estando calçado como instrumento determinante à constituição da família como núcleo social e estrutural do ser humano.

3 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

O processo de fertilização assistida é considerado um dos maiores avanços técnico-científicos obtidos na área da medicina. No entanto, as normas jurídicas não conseguiram acompanhar este progresso e/ou se adequar aos casos já existentes, dando azo a lacunas para a resolução de conflitos. Por este motivo, a área médica necessita muita cautela diante da reprodução assistida, pois “todo e qualquer procedimento no âmbito da procriação assistida deverá atentar para a inviolabilidade do direito à vida, à dignidade e ao respeito à pessoa humana, priorizando o livre- arbitro do paciente devidamente informado”.¹³

¹³ OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de, BORGES JUNIOR, Edson. **Reprodução assistida: Até onde podemos chegar?** : Compreendendo a ética e a lei. São Paulo: Gaia, 2000.

A reprodução assistida consiste em técnicas usadas por médicos especializados, tendo o escopo de viabilizar a gestação¹⁴ em mulheres com dificuldades de engravidar, podendo ser por meio da inseminação artificial, que ocorre de forma homóloga ou heteróloga, e também com a fertilização *in vitro*. Na primeira utiliza-se o material genético do casal e na segunda não.¹⁵

A autora Ana Paula Guimarães refere em seus estudos um dos benefícios tidos pela reprodução assistida, que é a de “prevenir o risco de transmissão de doenças genéticas tidas pela seleção do embrião na técnica da fertilização *in vitro* permite que se implante apenas os embriões não portadores de genes defeituosos”.¹⁶

Todavia, a reprodução assistida, apesar de muitas controvérsias, tem a função de resolver definitivamente a infertilidade humana e prevenir doenças genéticas, além de atender um anseio social umbilicalmente vinculado à dignidade da pessoa humana.

3.1 A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

A inseminação artificial “consiste em uma injeção de sêmen previamente colhido e selecionado, na cavidade uterina ou no canal cervical, no período em que o óvulo está maduro para a fecundação.”¹⁷

A já citada técnica ocorre quando os espermatozoides já tratados são inseridos no aparelho genital da mulher por meio de uma *Cânula*¹⁸, podendo ser de forma homóloga, quando a mulher é fecundada com o sêmen do próprio marido, e na forma heteróloga quando é utilizado o sêmen de um doador - devido à esterilidade do marido ou se houver alguma incompatibilidade do tipo sanguíneo do casal.¹⁹

¹⁴ SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 102

¹⁵ MALUF, Adriana Caldas Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 198

¹⁶ GUIMARÃES, Ana Paula. Alguns problemas jurídico-criminais da procriação medicamente assistida. Coimbra: ed.Coimbra, 1999, p. 15.

¹⁷ SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 102.

¹⁸ Cânula: pequeno canudo que se mete em uma seringa para não a deixar cerrar.

¹⁹ GARIERI, Daniela Cristina Caspani; SILVA, LuisaAngelo Meneses Caixeta; SALOMÃO, Wendell JonnesFioravante. **Reprodução Humana Assistida: as consequências do surgimento de famílias construídas *In Vitro***. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, n. 3, nov/dez, 2014, p. 62.

Portanto, inseminação artificial é a técnica que menos agride a mulher, pois não necessita de superdosagem de hormônios, que causa diversos efeitos colaterais. Além do mais, a fecundação ocorre no próprio corpo da mulher, sem a necessidade de manipulação anterior a aplicação, sendo por este motivo menos criticada - ao contrário da técnica que vai ser estudada a seguir.

3.2 FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*

A fertilização *in vitro* é realizada em laboratório com a retirada do óvulo e do espermatozoide, que são manipulados artificialmente em tubos de ensaio e, só então, são fecundados, resultando em um embrião que posteriormente é transferido para o útero ou para a trompa, no caso de a mãe conseguir manter a gestação. Se não conseguir gestar será necessária uma terceira pessoa apta para o processo, aí entra a figura da mãe hospedeira, que gera o bebê até o desenvolvimento completo.²⁰

O processo da fertilização tem a necessidade de um grande número de óvulos para que possa ser escolhido o de melhor qualidade para fazer a fecundação. Para alcançar a superprodução, a mulher necessita de estímulos que são provocados através de medicamentos. A captação do óvulo é um procedimento muito invasivo e, por isso, necessita ser feita uma anestesia para a retirada.²¹

O autor Leo Pessini destaca alguns riscos que a fertilização pode causar devido a hiperestimulação hormonal, tais como desconforto ligado ao monitoramento laboratorial, repetidas intervenções médico-cirúrgica, gestação múltipla devido ao implante de embriões excessivos, devido a falta de ética de alguns médicos ocasionando ao bebê “baixo peso, problemas respiratórios de recém-nascidos e outros danos associados às gestações de mais de um feto.” Por este motivo, a mulher a ser submetida à técnica necessita estar bem informada e acompanhada de profissionais éticos para não haver surpresas durante o procedimento.²²

²⁰ GARIERI, Daniela Cristina Caspani; SILVA, LuisaAngelo Meneses Caixeta; SALOMÃO, Wendell JonnesFioravante. **Reprodução Humana Assistida: as consequências do surgimento de famílias construídas *In Vitro***. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, n. 3, nov/dez, 2014, p. 62.

²¹ SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 104.

²² PESSINI, Leo, BARCHIFONTAINE, Cristian de Paul de. **Atuais de Bioética: Técnica de Reprodução assistida-TRA**. 6. ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 190.

Apesar dos riscos que a fertilização pode causar a mulher e ao bebê, ainda assim a vontade de procriar é tão grande que ultrapassa o limite da dor e da possibilidade de alguma enfermidade e de muitas frustrações que possam ocorrer pela esperança de um único resultado: o filho desejado.

3.3 GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

Guilherme Calmon Nogueira da Gama destaca três formas possíveis de gestação por substituição; a primeira é através da utilização do material genético dos futuros pais; a segunda se dá quando o sêmen é coletado somente do marido/companheiro e implantado na mãe substituta que cederá o seu óvulo e seu corpo e a terceira forma é quando existe a necessidade de o material genético ser de terceiros, isso no caso de ser o casal infértil.²³

Adriana Caldas Rego Freitas Maluf contribui definindo como é conhecida a mulher que empresta seu ventre a outra terceira para gerar um filho, esta mulher é popularmente chamada de “barriga de aluguel, mãe de aluguel, mãe hospedeira, maternidade de substituição.” Este empréstimo termina assim que nascer a criança, com a entrega para a mãe intencional.²⁴

A autora citada acima comenta que a barriga de aluguel “representa o último recurso na cura da infertilidade de casais cuja mulher apresenta qualquer anomalia uterina que lhe impeça a gestação normal.” Este método é muito criterioso e burocrático, pois somente poderá ser utilizado se houver o consentimento dos partícipes: “a mulher fornecedora do óvulo, o marido desta, a mulher receptora do material genético, ficando inviabilizado qualquer pedido de impugnação da paternidade em face da lei.”²⁵

²³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O biodireito e as relações parentais**: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 745-747.

²⁴ MALUF, Adriana Caldas Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 216.

²⁵ MALUF, Adriana Caldas Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 216.

Eduardo de Oliveira Leite vai além e afirma que gestação por substituição “consiste em apelar a uma terceira pessoa para assegurar a gestação quando o estado do útero materno não permite o desenvolvimento normal do ovo fecundado ou quando a gravidez apresenta um risco para a mãe.”²⁶

Ademais, a escolha da mãe hospedeira, também conhecida como barriga de aluguel, “deve ser feita com critério de confiança, devendo haver acompanhamento psicológico, para não haver distorções futuras, pois ao final da gestação, a criança será entregue á mãe biológica.” Não ocorrendo a entrega do bebê haverá muito desgaste e sofrimento entre as partes envolvidas devido a falta de legislação específica, assim cabendo ao judiciário resolver o conflito.²⁷

Portanto, apesar de haver muitas indagações sobre matéria esta deve ser tratada como uma fonte de esperança para casais estéreis e ou com problema de gerar em seu útero o próprio filho, por isso, merece a técnica o devido respeito e consideração, especialmente acerca do planejamento familiar.

4 A FILIAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE CONTRATO DA “BARRIGA DE ALUGUEL” NO DIREITO BRASILEIRO ALIADA À IMPORTÂNCIA DA LEGALIZAÇÃO

O contrato de locação do útero de outra mulher para a gestação remete a uma série de conflitos e dificuldades ao longo do processo, pois esse contrato é nulo no Brasil e “sua realização não traria nenhuma segurança aos contratantes”.²⁸

No mesmo sentido, a autora Adriana Caldas Rego Freitas Dabus Maluf destaca, em sua obra, o entendimento da autora Maria Berenice Dias sobre a matéria da gestação por substituição, que afirma que é vedado:

²⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 66.

²⁷ CANEZIN, Claudete Carvalho. **O direito dos pais biológicos em registrar seu filho gerado por mãe hospedeira**. Revista IOB de direito de família. São Paulo, v.9, n.50, 2008, p. 69.

²⁸ SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização assistida**: questão aberta: aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 53.

Negócio jurídico de comportamento, compreendendo para a mãe de aluguel obrigações de fazer e não fazer, culminando com obrigação de dar, consistente na entrega do filho. Como uma criança não pode ser objeto de contrato, o negócio seria nulo por ilicitude do seu objeto.²⁹

O entendimento firmado pelo Direito pátrio, ao vedar que a barriga de aluguel seja objeto de contrato, não detém caráter de exclusividade, pois é acompanhado por outras nações, como se permitirá aferir na sequência desse estudo.

A gestação por substituição é um tema muito complexo, principalmente no tocante a filiação e a possibilidade de contrato de mãe hospedeira, como se verifica no Brasil, mãe é quem dá a luz e, por isso, que o pacto de gestação não tem poder de transformar a mãe genética não gestante em mãe, necessitando assim da voluntariedade da genitora de entregar o filho para a mãe biológica.³⁰

No Brasil, apesar de ser ilegal o contrato de locação do útero, este ocorre de forma clandestina e tem causado diversos problemas em relação a paternidade da criança. Conforme noticiou a Revista Veja em 7 de maio de 2008 e o Jornal Agora em 5 de julho de 2009, várias mulheres anunciam na internet a cessão do útero em troca de valores que vão de 30.000,00 a 450.000,00 reais. As matérias afirmam ainda que as mulheres que foram entrevistadas, por unanimidade, indicaram a cessão de útero como sendo unicamente pelo interesse financeiro. Contudo, durante todo o interstício de tempo para a gestação pode ocorrer o vínculo afetivo com a criança e a gestora e, em decorrência disso, acontecer a não entrega do filho a futura mãe, o que não aconteceria se houvesse regulamentação específica.³¹

O contrato entre a mãe gestacional e os futuros pais é nulo no Brasil e, por este motivo, não há como cobrar judicialmente que haja uma relação obrigacional entre as partes envolvidas, pois o objeto do contrato “é a entrega da criança, prestação vedada pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente”, porque é imoral e ilegal apreciar economicamente uma criança como uma mercadoria pra venda.³²

²⁹ MALUF, Adriana Caldas Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 216.

³⁰ MALUF, Adriana Caldas Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 224.

³¹ SOUZA, Marize de. **As técnicas de reprodução assistida**. A barriga de aluguel. A definição da maternidade e da paternidade. *Bioética*. Revista da EMERJ. V. 13, n. 50, Rio de Janeiro, 2010, p. 361.

³² LORENZON, Patrícia Miranda. **Contrato de gestação de substituição: proibi-lo ou torna-lo obrigatório?** Revista de Direito Privado. n. 42, abr/jun, 2010, Porto Alegre, p. 114.

A autora Ana Cláudia Scalquette aborda a cessão temporária de útero conjuntamente com o art 199, §4º da Constituição Federal, pois apesar de na gravidez não haver a retirada de útero, a cessão do mesmo para procriação de um filho que não é seu deve ser de forma gratuita, ou seja, não pode ser objeto de contrato, nem de comercialização como, por exemplo, com o aluguel do útero, como se verifica na redação do artigo a seguir:³³

Art.199. A assistência a saúde é livre à iniciativa privada (...) § A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo o tipo de comercialização.

Segue a mesma autora referindo o entendimento de Heloisa Helena Barbosa, que, por sua vez, diferencia a cessão do útero da doação de órgãos, e esclarece que “a utilização do útero apresenta, porém, características próprias: não se trata de transplante, nem de pesquisa, sequer, a rigor de tratamento, não implicando mutilação”. Não há separação do corpo, mas indiscutivelmente existe uma forma de disposição do órgão.³⁴

Assim, a cessão do útero deve ser fundada na confiança e no laço afetivo, como bem referencia a resolução do Conselho Federal de Medicina, que permite a doação do útero por pessoas da família da mãe biológica, vedando a contratação de útero por aluguel.

4.1 REGISTRO CIVIL DA CRIANÇA NASCIDA DE MÃE HOSPEDEIRA

A autora Heloísa Helena Gomes Barboza refere que, entre as técnicas de reprodução assistida, a que tem maior incidência de problemas e indagações referente afiliação é a cessão de útero, pois “os exames de DNA, aptos a determinar a paternidade e maternidade biológicas não resolvem o problema quando há doador ou mãe substituta”, problema este que é consequência da falta de legislação específica.³⁵

³³ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 196.

³⁴ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**, São Paulo: Saraiva, 2010, p.196.

³⁵ BARBOSA, Heloisa Helena Gomes. **Reflexões sobre a responsabilidade civil na gestação de substituição**. Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro, 2000. n.19, p. 104.

Neste sentido, a autora Claudete Carvalho Carnezin analisa a dificuldade de registrar as crianças advindas da técnica da gestação por substituição, pois no Brasil, mãe é quem deu a luz, e é por este motivo que há alguns anos atrás a “alternativa” dos futuros pais era conhecida “adoção à brasileira”, forma que era adotada para o registro do filho, apesar de ser um método ilegal, por ferir o princípio da boa-fé e da falsidade ideológica. Todavia, atualmente, essa alternativa é admissível, porque mesmo ocorrendo o parto em casa há a necessidade de a mãe e a criança ir até o hospital, para que um médico ateste o nascimento com vida e, com este documento hábil, possa-se fazer o registro no cartório de registro civil de pessoas naturais, documento este que é obrigatório para registro e cuja ausência demanda recorrer ao Judiciário para que sane esta falha.³⁶

Ademais, a doutrinadora Debora Ciocci Alvarez de Oliveira denota que a ciência derrubou a presunção da maternidade sempre certa, pois há os casos de nascimento de crianças da técnica da gestação por substituição e nestes casos, quanto ao registro do filho, como não há legislação específica, são dadas três soluções que são aplicadas nos casos concretos. A primeira é quando o médico que realiza o parto é o mesmo que acompanhou o procedimento de fertilização no útero alheio, situação em que este médico atestará em declaração o nome da mãe biológica. A segunda solução é quando emitida a declaração em nome da parturiente a mãe biológica requer ao Juiz “autorização para lavratura de assento de nascimento, instruindo-o com o contrato de doação temporária do útero, laudo médico atestando o procedimento de fertilização e a declaração de nascido vivo.” A terceira hipótese é quando a parturiente registra a criança e a mãe biológica ingressa com uma ação de anulação de registro de nascimento cumulada com o pedido de investigação de maternidade, com a finalidade de anular o registro e comprovar que é mãe biológica da criança.³⁷

Na legislação brasileira a filiação se dá conforme o art. 1593 do Código Civil de 2002: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou de outra origem.” Por esta razão, a autora Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas argumenta com a lição de Maria Helena Diniz, que

³⁶ CANEZIN, Claudete Carvalho. **O direito dos pais biológicos em registrar seu filho gerado por mãe hospedeira.** Revista IOB de direito de família. São Paulo, v. 9, n. 50, 2008, p. 68.

³⁷ OLIVEIRA, Debora Ciocci Alvarez de, BORGES JUNIOR, Edson. **Reprodução assistida: Até onde podemos chegar?:** Compreendendo a ética e a lei. São Paulo: Gaia, 2000, p. 1.

nos ensina que filiação é o vínculo existente entre pais e filhos, decorrente de uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga, ou seja, a filiação biológica, atualmente, não detém a supremacia sobre a filiação afetiva.³⁸

O autor Guilherme Calmon Nogueira da Gama defende que na gestação por substituição deve ser avaliada a vontade das partes, mas, acima de tudo, deve prevalecer o melhor para a criança, como analisa nos seguintes termos:

No Brasil, contudo, no estágio atual dos valores culturais, religiosos e morais relativamente à maior parte da sociedade, não se mostra possível conceber a licitude da prática da maternidade-de-substituição, conforme foi analisado, mesmo na modalidade gratuita. Contudo, em havendo a prática - mesmo que de forma ilícita -, logicamente que a criança não poderá ser considerada espúria e, conseqüentemente, deve ter resguardados os seus direitos e interesses, entre eles o de integrar uma família onde terá condições de ser amparada, sustentada, educada e amada, para permitir seu desenvolvimento pleno e integral em todos os sentidos, cumprindo-se, desse modo, os princípios e regras constitucionais a respeito do tema. Quanto à paternidade, maternidade e filiação originárias, no entanto, é oportuno observar o mesmo raciocínio anteriormente desenvolvido a respeito da vontade como principal pressuposto para o estabelecimento dos vínculos, em substituição à relação sexual, já que também na maternidade-de-substituição - como prática associada às técnicas de procriação assistida - não há que se cogitar na conjunção carnal para o fim de permitir a concepção e o início da gravidez da mulher.³⁹

Portanto, o direito à filiação deve ser analisado caso a caso, pois hoje a maternidade deixou de ser certa. Com a evolução das técnicas da reprodução assistida surgiu a gestação por substituição, utilizada no Brasil, que é considerada matéria de inquietações, pois apesar da legislação entender que mãe é quem deu a luz, não se pode esquecer que a mãe intencional deve ser protegida, para que seja garantido o melhor para a criança.

³⁸ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo, POLI, Leonardo Macedo. **A Legalização do Contrato de “Barriga de Aluguel”, sob a ótica do princípio da Autonomia Privada.** Revista síntese direito de família, V.16, n. 89, abr./maio, 2015, p. 91-92.

³⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O Biodireito e as Relações Parentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 862-863.

4.2 A IMPORTÂNCIA DA LEGALIZAÇÃO NA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

A autora Patrícia Miranda Lorenzon descreve algumas circunstâncias e considerações a serem adotadas pelo legislador para reproduzir a real importância sobre a matéria da reprodução assistida, que urge pela legalização específica, tais como:

A importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la; que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários dos casos de infertilidade humana; que as técnicas de reprodução assistida têm possibilitado a procriação em várias circunstâncias em que isto não era possível pelos procedimentos tradicionais; a necessidade de harmonizar o uso das técnicas com os princípios da ética médica.⁴⁰

O autor Silvio de Salvo Venosa refere que a ausência de lei para regulamentar a reprodução assistida fez com que o legislador inserisse os dispositivos III, IV e V no art. 1597 no Código Civil de 2002, para tratar da presunção de filiação. No entanto,

com esses dispositivos na lei passamos a ter, na realidade, mais dúvidas que soluções, porque a problemática ficou absolutamente capenga, sem a ordenação devida, não só quanto às possibilidades de o casal optar pela fertilização assistida, como pelas consequências dessa filiação no direito hereditário. É urgente que tenhamos toda essa matéria regulada por diploma legal específico. Relegar temas tão importantes aos tribunais acarreta desnecessária instabilidade social.⁴¹

Segue o autor afirmando a real importância da regulamentação específica sobre a maternidade por substituição:

o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade". Toda esta matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por um estatuto ou microssistema.⁴²

⁴⁰ LORENZON, Patrícia Miranda. *Revista de Direito Privado*, n. 42, abr/jun, 2010, Porto Alegre. p.114.

⁴¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito de família*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 234-235.

⁴² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito de família*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 234-235.

A autora Deborah Ciocci Alvarez de Oliveira leciona a sobre a legalização da reprodução assistida no Brasil e menciona que:

Mesmo sem lei especial, das normas que já existe em matéria constitucional, é possível extrair que o ponto de equilíbrio na técnica de reprodução assistida é a dignidade da pessoa humana, que, ainda com a legislação específica continuará a ser observada, pois a dignidade da pessoa humana é o princípio básico de um Estado democrático.⁴³

A referida autora ressalta a importância de se ter “leis especiais que só ajudarão a determinar com clareza as definições, os limites e até que ponto se pode chegar com o exame de regras éticas, dos costumes e do Direito Comparado”.⁴⁴

No Brasil não há regramento referente a gestação por substituição. Por isso, usava-se como parâmetro moral e ético, em casos concretos, a Resolução nº 1358/92, que foi revogada no ano de 2010 pela Resolução nº 1957/10, não traz qualquer alteração referente à doação temporária do útero. No entanto, no ano de 2013, urgindo por alteração, foi promulgada a atual Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) de nº 2.013/2013.⁴⁵

A Resolução de nº 2.013/2013⁴⁶ trouxe alterações em relação a anterior resolução nº 1957/10 referente ao capítulo da doação temporária de útero anterior, pois estendeu a doação do útero para parentes até o 4º grau da futura mãe, limitou a doação da barriga de mulher até 50 anos de idade devido ao risco obstétrico e permitiu o auxílio financeiro da mãe biológica nos procedimentos para obtenção de óvulos, o que não significa pagar pelo óvulo e sim custear o tratamento, o que a resolução antiga não permitia.⁴⁷

⁴³ OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JUNIOR, Edson. **Reprodução assistida: Até onde podemos chegar?:** Compreendendo a ética e a lei. São Paulo: Gaia, 2000.

⁴⁴ OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JUNIOR, Edson. **Reprodução assistida: Até onde podemos chegar? :** Compreendendo a ética e a lei. São Paulo: Gaia, 2000.

⁴⁵ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo, POLI, Leonardo Macedo, **A Legalização do Contrato de “Barriga de Aluguel”, sob a ótica do princípio da Autonomia Privada,** Revista síntese direito de família, V.16, n. 89, abr./maio 2015.

⁴⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 2.013/2013. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.

⁴⁷ BRASIL. Projeto de lei 2855/1997. Dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida e dá outras providências. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 02 set. 2015.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina não aplica qualquer sanção em relação aos desrespeitos às regras que são submetidas a quem utiliza a reprodução assistida, mas não se pode criticar, pois o texto não foi escrito por nenhum *expert* jurista e sim é fruto de lacuna encontrada por médicos nos casos concretos de pacientes que desejam “gerar uma vida a qualquer custo.”⁴⁸

No entanto, o autor João Guilherme Monteiro Petroni refere o posicionamento de alguns juristas acerca da utilização de resoluções médico-deontológica do Conselho Federal de Medicina no tratamento de casos concretos:

Vários juristas condenam o conteúdo da mencionada resolução pelo fato de o CFM não ter poderes para “legislar” sobre este assunto, cuja regulamentação demandaria veiculação legal. Alegam, outrossim, que um contrato que previsse a situação de mãe portadora, e todos os corolários e responsabilidades com relação ao feto e aos pais biológicos, será nulo de pleno direito, por ser ilícito seu objeto ao “coisificar” um ser humano.⁴⁹

A autora Deborah Ciocci Alvarez de Oliveira demonstra preocupação em relação às lacunas existentes pela utilização da prática da reprodução assistida e, por isso, conclui que:

é inegável que a reprodução assistida abalou as estruturas de vários institutos jurídicos tanto na esfera civil quanto na criminal, e a divergência das soluções que se apresentam revela dúvidas quanto ao melhor caminho a ser seguido. Ainda que adotado este ou aquele projeto, situações não previstas vão surgir, e caberá aos juristas a orientação, que observará sempre os princípios básicos de direito, norteando-se pelas normas constitucionais.⁵⁰

A revista *Veja* refere que, no ano de 2001, já haviam nascido mais de trinta mil crianças decorrentes da técnica da reprodução assistida e somente no Brasil estes casos chegavam a sete mil.⁵¹ No ano de 2012 a mesma revista anuncia dados retirados do Comitê Internacional de Tecnologias

⁴⁸ ABREU, Laura Dutra de. **A Renúncia da maternidade:** Reflexão Jurídica sobre maternidade de substituição- principais aspectos nos direitos Português e Brasileiro. Revista Brasileira de Direito das Famílias e sucessões. Magister, Porto Alegre, 2009, p. 70.

⁴⁹ PETRONI, João Guilherme Monteiro. **Reprodução assistida:** a chamada “Barriga de Aluguel”. Revista IOB de Direito de Família, v. 11, n. 55. ago/set, Porto Alegre, 2009, p. 27.

⁵⁰ OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JUNIOR, Edson. **Reprodução assistida: Até onde podemos chegar?:** Compreendendo a ética e a lei. São Paulo: Gaia, 2000, P.87.

⁵¹ CARELLI, G. **Tudo por um filho.** Revista *Veja*, editora Abril, maio de 2001, p. 108-115.

de Reprodução Assistida, que passa de 5 milhões as crianças nascidas da procriação medicamente assistida, ou seja, o elevado crescimento do uso da técnica remonta a urgência de leis para regular a prática, e especialmente para impor limites a serem sagrados pelas áreas médicas.⁵²

Nessa discussão, é imprescindível ressaltar a manifestação de Maria Helena Diniz, que leciona a importância de legislação própria para a reprodução humana assistida:

[...] enquanto não advier a legislação regulamentadora da reprodução humana assistida, prevaleceria, segundo alguns autores, o princípio de que tudo aquilo que não está proibido está permitido, deixando os cientistas da área biomédica com grandes possibilidades de ação na área da embriologia e da engenharia genética. Entretanto entendemos que, ante a ausência daquela norma, dever-se-á aplicar o artigo 4º da lei de Introdução ao código civil, freando, assim, a atividade jurisdicional que, então, só poderá utilizar-se dos princípios gerais do direito comparado ante a complexidade desta temática, sempre levando em conta o respeito à dignidade humana.⁵³

Assim, no sentido de que “tudo que não é proibido é permitido no Brasil” é que seanseia pela regulamentação da reprodução assistida e, especialmente, sobre a técnica da gestação por substituição. Como leciona o autor Luciano Dalvi, não havendo regras, a utilização é banalizada e “se isto se tornar popular, no futuro, as mães “ricas”, não querendo se submeter a maternidade, poderão pagar para as “mães” pobres para gestarem seus filhos, só por preguiça, ou para não ter o corpo modificado pela gravidez”.⁵⁴

Existe uma grande preocupação sobre a má utilização da reprodução assistida, tanto que o doutrinador Leo Pessini refere o entendimento da autora Fátima Oliveira como exemplo, assim segue:

As novas técnicas de reprodução conceptivas propiciam a materialização de desejos sexistas, racistas, eugênicos e potencializam a exploração de classe, basta que se possa pagar para eles. O recorte de classes é o sustentáculo de tais desejos, cujas decorrências são:

⁵² BRASIL. Projeto de lei 2855/1997. Dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida e dá outras providências. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/saude/nascidos-por-reproducao-assistida-chegam-a-5-milhoes/>>. Acesso em: 19 set. 2015.

⁵³ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 523.

⁵⁴ DALVI, Luciano. **Curso avançado de Biodireito: doutrina, legislação e jurisprudência**. Florianópolis: Conceito, 2008, p. 199.

a exploração de classe (mulheres/casais ricos custeiam o “tratamento” das pobres e assim se livram de parte da super-hormonização e obtêm óvulos); o tráfico e a comercialização de embriões, sêmen, óvulos (há vários *sites* que comercializam óvulos); a industrialização e a venda de óvulos obtidos do tecido ovárico de mulheres ainda vivas, de cadáveres de mulheres e de fetos abortados. À medida que as tecnologias conceptivas se expandem, sua concepção industrial também cresce: os óvulos tornam-se matéria-prima e são tirados do ovário de uma mulher para serem implantados no útero de outra. Essas são consideradas procriadoras, como animais de procriação, vendidas como tais.⁵⁵

Ademais, a autora Matilde CaroneSlaibi Conti contribui doutrinando que é imprescindível a regulamentação da reprodução assistida, pois

Caso contrário, veremos a manipulação da vida virar especialidade médica como a cirurgia plástica, onde pais com poder aquisitivo maior serão capazes de escolher o filho mais bonito ou o filho mais inteligente. Sem falar na criação de embriões unicamente para a retirada das células-tronco para a pesquisa médica.⁵⁶

Contrária aos demais doutrinadores em alguns aspectos, a autora Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas argumenta que a prática da reprodução assistida, em especial a da “barriga de aluguel”, necessita ser legalizada, e as Resoluções do Conselho de Medicina já existentes até o momento regulam a matéria e permitem que somente mulheres “detentoras de capacidade jurídica, no uso de sua autonomia privada” possam utilizar a técnica. É neste sentido, por se tratar de pessoas adultas e responsáveis, que é justificável o direito da mulher poder contratar com terceira pessoa a cessão temporária do útero de forma remunerada, assim ambos os contratantes sairiam satisfeitos: uma pelo problema financeiro e outra pela possibilidade de ter um filho.⁵⁷

⁵⁵ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Cristian de Paul de. **Atuais de Bioética: Técnica de Reprodução assistida-TRA**, 6. ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 190.

⁵⁶ CONTI, Matilde CaroneSlaibi. **Biodireito: a norma da vida**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 161.

⁵⁷ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. **A Legalização do Contrato de “Barriga de Aluguel”, sob a ótica do princípio da Autonomia Privada**. Revista síntese direito de família. V. 16, n. 89, abr./maio, 2015, p. 94.

Diante do que já foi exposto, passa-se a analisar as tentativas de normatização da reprodução assistida através de projetos que há décadas são apresentados por alguns legisladores que tem interesse na matéria, por serem médico, por isso, terem conhecimento de causa na real importância em legalizar a matéria.

4.3 AS TENTATIVAS DE LEGALIZAÇÃO E A NORMATIZAÇÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL

No Brasil, em relação ao trato jurídico da reprodução assistida, somente pode-se mencionar Projetos de Lei apresentados por Parlamentares a Câmara dos Deputados, com a intenção de regulamentar a utilização da técnica de reprodução assistida.

Tanto o Projeto de Lei nº 2855/1997 quanto o Projeto de Lei nº 1135/2003 permitem a prática da gestação por substituição somente em casos em que a “futura mãe legal, por defeitos congênitos ou adquiridos, não possa desenvolvê-lo.” Limitam a doadora do útero até o 4º grau de parentesco da futura mãe e a doação deve ser gratuita.⁵⁸

Já o Projeto de Lei nº 1184/2003 tem a intenção de regular a utilização de alguns procedimentos da reprodução assistida, como a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, mas põe a salvo a cessão temporária de útero, técnica proibida em seu art. 3º.⁵⁹

Os Projetos de Lei nº 4892/2012 e o nº 115/2015 permitem a técnica da gestação por substituição, trazendo, no bojo, a obrigação aos futuros pais e a doadora do útero de firmar um pacto de cessão temporária do útero, devendo ser homologada pelo Juiz antes do início de qualquer procedimento médico, sem a homologação judicial será considerada mãe quem deu a luz à criança, para todos os efeitos legais. A gestação jamais poderá ter fins lucrativos; a lavratura da certidão de nascimento de criança nascida pela técnica da gestação por substituição deve vir acompanhada do pacto homologado e pela declaração do médico que foi responsável pelo tratamento.⁶⁰

⁵⁸ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=18719>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

⁵⁹ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>>. Acesso em: 01 set. 2015.

⁶⁰ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

Importa referenciar a semelhança no perfil de todos os legisladores que apresentaram projetos de lei sobre a reprodução assistida, pois todos são médicos e conhecem as técnicas e as lacunas existentes pela utilização, conforme biografia aferida do site da Câmara Legislativa. Neste sentido, é fácil aferir que os Projetos não são aprovados, e sequer debatidos, pela pressão popular, pela falta de informação dos demais legisladores e pelo repúdio sobre a matéria por legisladores cujos partidos são adeptos a dogmas religiosos.⁶¹

Em decorrência da escassez de legislação específica, estabelece o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. No mesmo sentido, o art. 126 do Código de Processo Civil decide que “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 de direito.”

Todavia, é imperioso que os legisladores normatizem a técnica da reprodução assistida e, em especial, a maternidade por substituição, pois é matéria com muitas lacunas e carece de urgência na harmonização com a realidade gerada pelo avanço científico e em casos concretos.⁶²

No entanto, a legalização da gestação por substituição se defronta com entendimento de parlamentares como João Campos: “Eu preciso ser convencido porque, em princípio, sou contra. A gestação tem que se dar no útero da genitora. Tem que haver um vínculo de família, você vai cada vez mais descaracterizando a família.” Esta visão sobre a matéria é muito concebida pela ordem religiosa em que este está inserido, pois, como pode se verificar, este parlamentar é o coordenador da bancada evangélica e presidente da Frente Parlamentar Mista Evangélica.⁶³

A ausência de legislação específica da reprodução assistida levou a ocorrência de crimes, como foi caso do médico especialista em fertilização Roger Abdelmassih. Por não haver norma, conseqüentemente, as clínicas atuam sem fiscalização, deliberadamente. Ademais, a falta de legislação permitiu o uso do ser humano como se coisa fosse, sem o mínimo de ética e respeito à dignidade do ser humano, e isso porque o

⁶¹ Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/deputados/pesquisa>>. Acesso em: 17 out. 2015.

⁶² BARBOZA, Heloisa Helena. A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 104.

⁶³ MONTEIRO, Mariana. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/433728-PARLAMENTARES-E-MEDICOS-DIVERGEM-SOBRE-BARRIGA-DE-ALUGUEL-E-DESCARTE-DE-EMBRIOS.html>. Acesso em: 26 out. 2015.

Legislativo se mostra inerte em relação à matéria.⁶⁴O Dr. Roger Abdelmassih fazia uso da técnica de forma deliberada, trocando óvulos, utilizando embriões sem o consentimento das futuras mães. O caso foi de tamanha gravidade que as ex-pacientes se uniram em uma ação coletiva contra o Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, para exigir a criação de legislação específica para coibir que clínicas manipulem o ser humano dessa forma.⁶⁵

Portanto, imprescindível é a legalização da reprodução assistida e especialmente a gestação por substituição, frente à necessidade de se segurança jurídica à relação estabelecida entre as partes envolvidas na relação. A técnica está sendo empregada por médicos livremente, sem controle governamental, contando com a ética e boa fé dos médicos, razão pelo qual cabe aos Legisladores Brasileiros posicionamento, estudo e debate sobre a matéria. Enquanto isso, tem-se como base a Resolução do Conselho Federal de Medicina, que apesar de não ter força de lei é a norma que esta pacificando os conflitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se dispôs a desenvolver uma temática que carece de recursos bibliográficos, devido à escassa exploração da matéria e a dificuldade em enfrentar questão umbilicalmente relacionada a aspectos afetivos, jurídicos, sociais, políticos e morais, objetivando tratá-la de forma desvinculada e intrinsecamente comprometida com a efetiva justiça e à evolutividade do instituto.

No intuito de permitir o estudo da reprodução assistida, na mais ampla diversidade de recursos, especialmente com relação à técnica da gestação por substituição, o ensaio revelou o conflito de ideias que permeiam a discussão.

⁶⁴ MONTEIRO, Mariana. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/433724-FALTA-DE-NORMAS-SOBRE-REPRODUCAO-ASSISTIDA-LEVOU-A-CRIMES-COMO-OS-DE-ROGER-ABDELMASSIH.html>. Acesso em 10 out.2015.

⁶⁵ BRANDALISE, Camila. Disponível em: http://amitafamitaf.jusbrasil.com.br/noticias/232674771/pesadelo-sem-fim?ref=topic_feed. Acesso em: 08 out. 2015.

Restou demonstrada que a reprodução assistida tem o objetivo de proporcionar a casais inférteis e/ou com problemas de saúde o direito à maternidade, além de permitir a prevenção de riscos de doenças hereditárias.

Permitiu-se observar que a inseminação é a técnica que menos agride o corpo humano feminino, pois não necessita de super-dosagem de hormônios, ao contrário da fertilização *in vitro*, que causa diversos efeitos colaterais, além de ocasionar abalos psicológicos, visto que 30% das tentativas obtêm êxito. É utilizada apenas em últimos casos, razão pela qual é a técnica mais criticada.

Pode-se exprimir que a cessão do útero é um apelo de uma mulher para outra decorrente da impossibilidade de gestar e, neste sentido, a técnica foi analisada como sinal de amor por parte da mãe biológica e um ato de solidariedade por parte da hospedeira, que emprestara seu útero em prol da formação de uma nova família.

Importante ressaltar que a gestação por substituição trata-se de matéria altamente complexa, pois fatores ideológicos arraigados à política, à cultura, à ética e à religião interferem e retardam a edição de leis específicas, mantendo inertes os legisladores.

A existência de inúmeros centros de tratamento de reprodução assistida no país tem obrigado o Conselho Federal de Medicina a agir de forma ética e, em sub-rogação do poder legiferante, editar resoluções para nortear a atuação dos profissionais em relação às dúvidas decorrentes da técnica. Essas resoluções têm servido como balizadoras das decisões da prestação jurisdicional do Estado.

Urge a edição de legislação específica acerca da reprodução assistida, em especial o tratamento da técnica da gestação por substituição, no direito pátrio. Os litígios decorrentes da técnica são recorrentes e estão deixando as partes reféns de muitas dúvidas e inquietações, devido à lacuna legislativa ocasionada pela inércia do Poder competente.

Neste contexto depreende-se que as tentativas de alguns legisladores em normatização da técnica reprodução assistida, por meio da apresentação de Projetos de Lei e proposições que há décadas são em vão, são relegadas à margem do interesse público.

O trabalho assevera imperioso que se contemple na legislação específica da gestação por substituição questões como a opção de contrato oneroso ou gratuito, a declaração de filiação adversa da *ius sanguinis* (adotada no Brasil), a previsão de fiscalização de centro de tratamento de

reprodução assistida, pela possibilidade de maternidade sem a origem genética e a declaração dos direitos e deveres da mãe sub-rogada e dos pais para com a gestante.

O direito de planejamento familiar é decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana e, por integrar as garantias fundamentais, é obrigação a todo cidadão o direito de constituir uma família, seja garantindo o atendimento à saúde, seja através de políticas públicas destinadas a informação dos fatores que causam a esterilidade.

Conclusivo, pois, que a gestação por substituição se revela de pouca utilização no Brasil por ser um procedimento caro e gerador de insegurança jurídica em relação às partes. O desenvolvimento tecno-científico acerca da reprodução assistida brada por uma legislação específica apta a regulamentar a prática desenvolvida pelas clínicas de fertilização de modo a assegurar o atendimento das prerrogativas determinantes e garantidoras dos princípios constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana, entendendo o ser humano como sujeito de direito e não como um objeto de deliberação infraconstitucional.

REFERÊNCIAS

ABDEMASSIH, Roger. **Avanços da Reprodução Assistida**. São Paulo: Atheneu, 2007.

ABREU, Laura Dutra de. **A Renúncia da maternidade**: Reflexão Jurídica sobre maternidade de substituição- principais aspectos nos direitos Português e Brasileiro. Revista Brasileira de Direito das Famílias e sucessões. Magister, Porto Alegre, 2009.

AGUIAR JR, Ruy Rosado de. Coord. **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V - Enunciados Aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2015.

BARBOZA, Heloisa Helena. A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARBOSA, Heloisa Helena Gomes. **Reflexões sobre a responsabilidade civil na gestação de substituição**. Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro, 2000. n.19, p. 104.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Manipulação Genética e Direito Penal**, 1. ed. Porto Alegre: Zouk, 2007.

BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. **O mercado humano**: a comercialização de parte do corpo humano. 2. ed. Brasília. Ed. Universidade de Brasília, 2001.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Tradução pela conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Canção Nova, 2009.

BORGES JR. Edson; CORTEZZI, Silvia Sanches e FARAH, Leila Montenegro Silveira. **Reprodução Humana Assistida**. São Paulo: Ed. Atheneu, 2011.

CANEZIN, Claudete Carvalho. **O direito dos pais biológicos em registrar seu filho gerado por mãe hospedeira.** Revista IOB de direito de família. São Paulo, v.9, n.50, 2008.

CARELLI, G. **Tudo por um filho.** Revista Veja, editora Abril, maio de 2001.

CORRÊA, Marilena Villela. **Novas Tecnologias: Limites da Biologia ou Biologia dos Limites?** Editora UERJ, 2001.

CONTI, Matilde CaroneSlaibi. **Biodireito: a norma da vida.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DALVI, Luciano. **Curso avançado de Biodireito: doutrina, legislação e jurisprudência.** Florianópolis: Conceito, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 5; Direito de Família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUIMARÃES, Ana Paula. **Alguns problemas jurídico-criminais da procriação medicamente assistida.** Coimbra: ed.Coimbra, 1999.

GARIERI, Daniela Cristina Caspani; SILVA, LuisaAngelo Meneses Caixeta; SALOMÃO, Wendell JonnesFioravante. **Reprodução Humana Assistida: as consequências do surgimento de famílias construídas *In Vitro*.** Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, n. 3, nov/dez, 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

LORENZON, Patrícia Miranda. **Contrato de gestação de substituição: proibi-lo ou torna-lo obrigatório?** Revista de Direito Privado. n. 42, abr/jun, 2010, Porto Alegre.

MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. **Reprodução Assistida: Um pouco de história.** In SBPH, Rio de Janeiro, V. 12, n. 2, dez. 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttex&pid=S1516-08582009000200004&nrm=iso>. Acesso em: 29 out. 2014.

MELAMED, Rose Massaro. **Psicologia e Reprodução humana Assistida:** uma Abordagem Multidisciplinar. Ed. Santos, 2009.

MALUF, Adriana Cadas Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JUNIOR, Edson. **Reprodução assistida: Até onde podemos chegar? :** Compreendendo a ética e a lei. São Paulo: Gaia, 2000.

PETRONI, João Guilherme Monteiro. **Reprodução assistida:** a chamada “Barriga de Aluguel”. Revista IOB de Direito de Família, v. 11, n. 55. ago/set, Porto Alegre, 2009.

PESSINI, Leo, BARCHIFONTAINE, Cristian de Paul de. **Atuais de Bioética:** Técnica de Reprodução assistida-TRA. 6. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização assistida:** questão aberta: aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SOUZA, Marize de. **As técnicas de reprodução assistida.** A barriga de aluguel. A definição da maternidade e da paternidade. Bioética. Revista da EMERJ. V. 13, n. 50, Rio de Janeiro, 2010.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**, São Paulo: Saraiva, 2010.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo, POLI, Leonardo Macedo. **A Legalização do Contrato de “Barriga de Aluguel”, sob a ótica do princípio da Autonomia Privada**. Revista síntese direito de família, V.16, n. 89, abr./maio, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de família**. São Paulo: Atlas, 2007.

BRASIL. Projeto de lei 2855/1997. **Dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida e dá outras providências**. Disponível em: Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=18719>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

WIDER, Roberto. **Reprodução assistida: aspectos do biodireito e da bioética**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.

a obrigatoriedade da prestação de alimentos gravídicos avoengos

Camila Costa

Bacharel em Direito pela
Universidade Feevale.
E-mail: camilacsta@gmail.com.

Valéria Koch Barbosa

Mestre em Qualidade Ambiental pela
Universidade Feevale. Docente do Curso de
Direito da Universidade Feevale. Advogada.
E-mail: valeriakb@feevale.br.

INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre Direito das Famílias, especificamente sobre a prestação alimentar avoenga nos casos de pedidos de alimentos gravídicos. O estudo apresenta uma reflexão sobre a relação avoenga e a obrigação de fornecer alimentos ainda durante a fase gestacional, momento em que, comumente, existem dúvidas sobre a paternidade biológica. A problemática se dá em razão da inexistência de dispositivo legal que trate especificamente sobre esse tipo de situação, posto que a Lei de Alimentos Gravídicos direciona a obrigação alimentar somente ao suposto genitor. Em um primeiro momento, analisam-se os princípios do Direito das Famílias que visam à proteção do alimentando. Na seção seguinte, realiza-se um breve relato das peculiaridades encontradas nos institutos dos Alimentos Gravídicos e dos Alimentos Avoengos. Por fim, explana-se quando e de que forma os avós serão obrigados ao pagamento dos alimentos gravídicos à luz da legislação vigente e da jurisprudência. Para tanto, utilizou-se como metodologia uma pesquisa explicativa e bibliográfica, tendo como base a Carta Magna, o Código Civil pátrio e a Lei de Alimentos Gravídicos. O método de abordagem utilizado é o dedutivo. Os resultados finais demonstram a existência de duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais: a primeira dispõe que a obrigação alimentar avoenga, nos casos de alimentos gravídicos, deve ser considerada sucessiva e complementar, ou seja, a pensão alimentícia será paga pelos avós à gestante na falta do suposto genitor ou nos casos em que ele não possua condições de arcar integralmente com o valor dos alimentos; já a segunda corrente afirma não ser possível a responsabilização dos avós em razão da inexistência de comprovação do parentesco.

1 OS ALIMENTOS E OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS A ELES INERENTES

Nesta seção, abordam-se, de forma sucinta, os alimentos e os princípios a eles relacionados, trazendo, ainda, o respectivo amparo legal.

1.1 ALIMENTOS, ALIMENTOS GRAVÍDICOS E ALIMENTOS AVOENGOS

No decorrer dos últimos anos, as relações pessoais em muito evoluíram, inclusive aquelas relacionadas às relações familiares. Desde o Código Civil de 1916 até os dias atuais, são constantes as modificações sofridas pelo instituto da família, seja em relação aos filhos, ao casamento, à esposa, ou, até mesmo, à própria estrutura familiar. Não menos importantes, também, estão inseridos nessa categoria os alimentos, os quais constituem o foco deste estudo.¹

O direito à alimentação encontra-se inserido no art. 6º da Constituição Federal de 1988² como Direito Social e, ainda, possui natureza de direito de personalidade, pois assegura a garantia à vida e à integridade física. Além disso, está alicerçado nos princípios da preservação da dignidade da pessoa humana, de acordo com o inciso III do art. 1º da Constituição Federal, e da solidariedade social e familiar, referida no art. 3º, também do texto constitucional, por tratar-se de dever personalíssimo, exigido apenas quando comprovado o vínculo de parentesco, conjugal ou de convivência entre alimentando e alimentante.³ Assim preceitua o art. 1.694 do Código Civil brasileiro: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.⁴

Necessária se faz a conceituação do termo “alimentos” quando inserido nesse contexto. Em suma, os alimentos constituem não só um auxílio para a alimentação, de fato, mas sim um auxílio financeiro que se destinará às principais despesas do alimentando, levando-se em

¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 510-511.

² “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 513.

⁴ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 28 set. 2014.

consideração sua idade, seu estado de saúde e suas necessidades específicas. No âmbito do direito, eles garantem não apenas o sustento do alimentando, como também sua condição social e moral. Nessa senda, é possível transcrever o ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves:

O vocábulo ‘alimentos’ tem, todavia, conotação muito mais ampla do que na linguagem comum, não se limitando ao necessário para o sustento de uma pessoa. Nele se compreende não só a obrigação de prestá-los, como também o conteúdo da obrigação prestada. A aludida expressão tem, no campo do direito, uma acepção técnica de larga abrangência, compreendendo não só o indispensável ao sustento, como também o necessário à manutenção da condição social e moral do alimentando.⁵

A prestação de alimentos visa a garantir as necessidades vitais daquele que não possui condições de, por conta própria, prover o próprio sustento, abrangendo elementos indispensáveis para a vida de uma pessoa, como, por exemplo, alimentação, vestuário, tratamentos e outras despesas relativas à saúde. Ainda, caso o alimentando seja menor de idade, os alimentos também serão destinados às questões de instrução e educação, conforme disposto no art. 1.701⁶ do Código Civil.⁷

O art. 2º do referido diploma legal estatui que “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, dessa forma, a obrigação da prestação de alimentos pode se dar mesmo antes do nascimento do alimentando. Com o intuito de preservar o bom desenvolvimento do feto, a Lei Nº 11.804/2008 introduziu a prestação de alimentos gravídicos, que garantem à gestante a assistência necessária para uma gravidez saudável e bem desenvolvida.⁸ A denominada Lei de Alimentos Gravídicos visa a assegurar o direito à vida do nascituro, aspecto ressaltado por Adriane Medianeira Toaldo e Solange dos Santos Almeida ao tratarem desse aspecto da ordem jurídica:

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 9. ed. São Paulo, Saraiva, 2012. v. 6: direito de família, p. 498.

⁶ “Art. 1.701. A pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor”.

⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 5: direito de família, p. 635.

⁸ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 6: direito de família, p. 700.

[...] não seria razoável em uma ordem jurídica que prima pela dignidade da pessoa humana, pelo direito fundamental à vida, assim como pela efetividade da jurisdição, que se fechassem as portas para uma pretensão de fundamental relevância, como a dos alimentos.⁹

Em que pese à obrigação do Estado de proporcionar assistência à gestante durante e após a gravidez, nada exclui a obrigação do genitor de arcar com os deveres da paternidade.¹⁰ Outrossim, nada exclui a responsabilidade da genitora, que também deverá contribuir para as despesas da gravidez, levando-se em consideração seus recursos.¹¹

Como qualquer outra prestação alimentar, essa de que ora se trata se dará com o intuito de preservar e garantir a vida do nascituro, assegurando à genitora a assistência necessária para uma gravidez saudável e com o devido acompanhamento médico. A Lei de Alimentos Gravídicos, em seu art. 2º, elenca hipóteses em que os alimentos poderão ser destinados:

Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Dessa forma, fica visível que, além das hipóteses elencadas, o legislador deixa aberta a possibilidade de o juiz de Direito analisar e estipular para quais necessidades os alimentos se destinarão. Conforme explanado por Carlos Roberto Gonçalves, “o objetivo da referida lei, em última análise, é proporcionar um nascimento com dignidade ao ser concebido”.¹²

⁹ TOALDO, Adriane Medianeira; ALMEIDA, Solange dos Santos. Da Possibilidade Jurídica de Alimentos Gravídicos Avóengos. *Revista Síntese Direito de Família*. n. 81, dez./jan. 2014, v. 15. p. 13.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 537.

¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 12. ed., São Paulo: Atlas, 2012, v. 6. p. 380.

¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, direito de família, v. 6. p. 574.

A Lei Nº 11.804/2008 atribui a legitimidade passiva exclusivamente ao suposto genitor, contudo, com base em uma análise de alguns julgados, verifica-se que a jurisprudência tem se mostrado favorável à aplicação da responsabilidade avoenga na prestação de alimentos gravídicos quando o pai resta impossibilitado de arcar com o dever alimentício.¹³

Cabe ressaltar que a obrigação da prestação de alimentos é primordialmente dos genitores, não sendo possível, de pronto, impor aos avós que provenham o sustento do/a neto/a, todavia ela se estenderá aos avós, de forma suplementar e transitória, quando da impossibilidade dos genitores em alcançar valor que custeie as necessidades mínimas do alimentante.¹⁴

1.2 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS ATINENTES AOS ALIMENTOS

1.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal de 1988 deixa clara a preocupação do legislador em estabelecer uma proteção integral ao infante-adolescente, como demonstra o artigo 227, que elenca os Direitos Fundamentais do menor, visando a garantir-lhe questões fundamentais para o seu desenvolvimento:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Além da Carta Magna, em 13/07/1990, passou a integrar a legislação brasileira o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Nº 8.069/90), que assegura a todo menor de idade direitos específicos em decorrência de sua condição de vulnerabilidade. Entre os direitos assegurados,

¹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 539.

¹⁴ WELTER, Belmiro Pedro. **Alimentos no código civil**. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 248.

merece especial destaque o texto do art. 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que zela pela dignidade do infante-adolescente¹⁵, e que, assim como o direito à vida e à liberdade, trata-se de garantia individual assegurada no art. 1º, III, do texto constitucional.¹⁶ O art. 18 busca demonstrar à coletividade a necessidade de participação na vida do menor, visto que qualquer um dos tratamentos degradantes elencados em seu texto, além de cruéis, afetam diretamente o desenvolvimento mental da criança ou do adolescente.¹⁷

De acordo com Maria Berenice Dias, o princípio da dignidade humana deve ser tido como o princípio maior, que estrutura o Estado Democrático de Direito. Para a autora, esse princípio é o núcleo da ordem constitucional e possui um alcance geral, sem restrições, sendo, dessa forma, um princípio global, inerente a todo e qualquer ser humano.¹⁸

Ainda segundo Maria Berenice Dias, o princípio da dignidade da pessoa humana “é um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos”. Nesse sentido, ele não somente surge como uma restrição à atividade do Estado, mas também exige que ele promova medidas e ações que garantam o necessário para que cada cidadão viva dignamente.¹⁹

Para Ingo Wolfgang Sarlet, há uma certa dificuldade para doutrinadores estabelecerem uma definição jurídica do que é a dignidade da pessoa humana. Consoante o autor, o indivíduo consegue facilmente identificar situações em que se fere a dignidade da pessoa humana, contudo a conceituação do tema se torna arriscada em razão do constante processo de evolução da sociedade democrática e contemporânea.²⁰

¹⁵ “Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

¹⁶ “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”.

¹⁷ ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41-42.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 62.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 63.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 48-49.

A dignidade deve ser compreendida como um valor moral e espiritual e, com isso, torna-se inadmissível a interferência estatal em seu âmbito, sob pena de se ter violada a liberdade do indivíduo. Isto é, o Estado deve assegurar a proteção da dignidade e, em hipótese alguma, poderá violá-la. Moacir César Pena Junior refere que “a ninguém é lícito violar impunemente os direitos do ser humano. Por intermédio da dignidade busca-se o bem comum, sendo permitida às pessoas livre opção de escolha para a concretização dos seus sonhos”.²¹

Quando inserido no âmbito do Direito das Famílias, o princípio da dignidade da pessoa humana visa a garantir o pleno desenvolvimento de todos aqueles que integram o seio familiar e a proteção da estrutura familiar. Uma das formas de assegurar tais questões é a prestação de alimentos.²²

Maria Berenice Dias refere que “todos têm direito de viver, e viver com dignidade” e, em razão disso, o legislador assegura o direito aos alimentos como forma de preservar a dignidade humana daquele que, por si só, não consegue prover o necessário para a própria sobrevivência. Ademais, os alimentos objetivam coibir qualquer forma de transgressão do direito à vida e à integridade física do alimentando.²³

A Constituição Federal de 1988 contribuiu para transformar a família em um espaço e um instrumento de proteção à dignidade da pessoa humana, de forma que todas as decisões tomadas no âmbito do Direito das Famílias sejam formuladas à luz do Direito Constitucional. Em decorrência disso, o Direito Constitucional torna-se um dos responsáveis por nortear as relações humanas, anteriormente regidas somente pelo Direito Civil, de forma que sejam proporcionadas formas de vida e relacionamentos mais solidários, visando ao respeito e aos interesses individuais.²⁴

²¹ PENA JUNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 10.

²² MORAES, Fernanda Cristina Rodrigues de. **Princípio da dignidade da pessoa humana no direito de família**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 01 Dez. 2009. Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/124220>. Acesso em: 20 mar. 2015

²³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 513.

²⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 46.

1.2.2 Princípio da proteção integral do menor

O Direito da Criança e do Adolescente encontra-se estruturado em diferentes instrumentos jurídicos internacionais relacionados ao ramo dos Direitos Humanos, bem como em documentos que tratam sobre a dignidade humana. Dentre outros princípios, tem-se aí inserida a proteção integral, destinada a impedir toda e qualquer forma de violação dos direitos dos menores.²⁵

Nesse sentido, explana Hélia Barbosa:

A positivação desse direito especial e específico permeia princípios que são as expressões de garantias que, conjugadas, vão formando o núcleo essencial do direito da criança e do adolescente. Os princípios, ademais, expressam a capacidade de interação entre a norma e a realidade social, fática, que sustentam os direitos fundamentais e alicerçam as políticas públicas.²⁶

A necessidade de criação de normas exclusivamente relativas aos Direitos das Crianças e dos Adolescentes está diretamente ligada às novas concepções de Direitos Humanos. Ademais, o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental rompeu antigos modelos de proteção ao menor. Através de uma soma de valores morais, surgiu a doutrina da proteção integral, que, além de

²⁵ BARBOSA, Hélia. A arte de interpretar o princípio do interesse superior da criança e do adolescente à luz do direito internacional dos direitos humanos. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**. vol. 1/2013, jan. 2013, p. 17. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000014c7002bec9b819a756&docguid=lbec79160e5fe11e284d2010000000000&hitguid=lbec79160e5fe11e284d2010000000000&spos=4&epos=4&td=6&context=16&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 1º abr. 2015.

²⁶ BARBOSA, Hélia. A arte de interpretar o princípio do interesse superior da criança e do adolescente à luz do direito internacional dos direitos humanos. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**. vol. 1/2013, jan. 2013, p. 17. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000014c7002bec9b819a756&docguid=lbec79160e5fe11e284d2010000000000&hitguid=lbec79160e5fe11e284d2010000000000&spos=4&epos=4&td=6&context=16&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 1º abr. 2015.

reconhecer a criança e o adolescente como sujeitos de direito, também serviu como inspiração para a elaboração de tratados internacionais e normas constitucionais e infraconstitucionais para os países que integram a Organização das Nações Unidas (ONU).²⁷

A Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990, consagrou o Estatuto da Criança e do Adolescente²⁸, que adota a Doutrina da Proteção Integral, conferindo aos menores a priorização e a valorização de seus direitos. A introdução da doutrina é taxativa logo no art. 1º do ECA, o qual refere que “Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. Assim, o Estatuto garante a todo menor a efetivação de seus direitos com total prioridade, seja por parte da família, da sociedade ou do Estado.²⁹

Andréa Rodrigues Amin refere que o princípio da proteção integral estabelece proteção em todas as esferas de interesses das crianças e dos adolescentes, seja no campo judicial, como também de forma extrajudicial, administrativa, social e familiar. Assim, ao levar em conta a condição de pessoas em desenvolvimento³⁰, que “possuem uma fragilidade peculiar de pessoa em formação, correndo mais riscos que um adulto”, a doutrina da proteção integral busca garantir a efetivação dos direitos fundamentais por parte da família, da comunidade, da sociedade e do Estado.³¹

²⁷ UNESCO. Os marcos históricos da instalação da doutrina da proteção integral no Brasil. **Revista de Iniciação Científica**. América do Norte, 6, abr. 2010. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/index.php/iniciacaocientifica/article/view/178/183>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

²⁸ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: 26 maio 2015.

²⁹ LINHARES, Thiago. A proteção da criança e do adolescente em tempos de globalização e novas tecnologias. In: **Anais do 2º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede**. Universidade Federal de Santa Maria. jun./2013, p. 795-808. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/6-4.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2015, p. 796-798.

³⁰ “Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”.

³¹ AMIM, Andréa Rodrigues. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente Aspectos Teóricos e Práticos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora (IBDFAM), 2010, p. 20.

Assim, o princípio da proteção integral, também chamado de doutrina da prioridade absoluta, pode ser entendido como a prioridade destinada a toda criança e todo adolescente, independentemente de sua condição social ou familiar, para receber proteção e amparo em toda e qualquer situação.³²

Por fim, cabe referir que a implementação do sistema de garantias voltadas exclusivamente ao menor, bem como a efetivação de direitos sob a visão da proteção integral podem ser compreendidas não somente como frutos de concessão estatal, mas também como resultados de um processo histórico.³³

Segundo Maria Regina Fay de Azambuja, a Doutrina da Proteção Integral está fundamentada em três principais características: 1) o menor adquire *status* de sujeito de direitos; 2) a criança e o adolescente passam a ser considerados pessoas em processo de desenvolvimento, fase especial para a sua formação; 3) a prioridade absoluta conferida aos menores passa a ser princípio constitucional, com base no art. 227 da Carta Magna. Com isso, crianças e adolescentes são inseridos no mundo de direitos e deveres, sendo-lhes conferida a condição de pessoas absolutamente protegidas pelo ordenamento jurídico, com efetiva prioridade em relação aos demais integrantes de sua família.³⁴

1.2.3 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 refere que são pessoas em desenvolvimento aqueles que ainda não completaram 18 anos de idade e, em razão disso, possuem seus direitos garantidos com absoluta prioridade. O melhor interesse surge como um princípio capaz

³² SARATY, Jamille. Melhor interesse da criança e do adolescente no processo de guarda. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 17, n. 3388, 10 out. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22786>>. Acesso em: 4 jun. 2015.

³³ UNESCO. Os marcos históricos da instalação da doutrina da proteção integral no Brasil. *Revista de Iniciação Científica*. América do Norte, 6, abr. 2010. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/index.php/iniciacaocientifica/article/view/178/183>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

³⁴ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **A criança, o adolescente: aspectos históricos**. 2013. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id737.htm>>. Acesso em: 04 maio 2015.

de distinguir as necessidades da criança e do adolescente em relação às necessidades do mundo adulto. Para Ana Luiza Veiga Ferreira e Marcelo de Mello Vieira, tal distinção se faz necessária “para impedir que decisões irracionais sejam tomadas, frustrando a possibilidade de exercício futuro de direitos”.³⁵

O princípio do melhor interesse traz ínsita a ideia de que a criança e o adolescente possuem prioridade quanto aos seus interesses, seja perante o Estado, a sociedade ou a família. Dessa forma, por estarem classificados no texto legal como pessoas em desenvolvimento e dotadas de dignidade, são asseguradas a eles a elaboração e a aplicação de direitos com efetiva prioridade.³⁶ Assim, no que tange exclusivamente à Lei de Alimentos Gravídicos, tem-se a doutrina do melhor interesse inserida como forma de preservação da dignidade do nascituro, garantindo-lhe total prioridade durante a instrução processual, de forma que a prestação alimentícia seja exigida mesmo enquanto haja dúvida do requerido quanto à paternidade biológica.³⁷

Emiliane Radael Mattos ressalta que o princípio do melhor interesse da criança está diretamente ligado à proteção do nascituro, pois garante a ele, mesmo antes do nascimento, o direito à vida.³⁸ Nesse sentido, Leanna Cristina Nunes refere que “o nascituro é o ser, a criança que ainda não nasceu, merecendo a aplicação de todas as garantias inerentes ao seu estado, com especial enfoque para o seu estado de fragilidade,

³⁵ FERREIRA, Ana Luiza Veiga; VIEIRA, Marcelo de Mello. O melhor interesse e a autonomia progressiva de crianças e adolescentes. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**. vol. 2/2013, jul. 2013, p. 233. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014c6ffffbba844627c9&docguid=I66bdd1606a0a11e3b6c9010000000000&hitguid=I66bdd1606a0a11e3b6c9010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 1º abr. 2015.

³⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed., de acordo com a Emenda Constitucional 66/2010 (Divórcio). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 373.

³⁷ SILVA, Danúbia Cantieri. Alimentos gravídicos: o titular desse direito e a presunção juris tantum de paternidade. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12990>. Acesso em: 29 maio 2015.

³⁸ MATTOS, Emiliane Radael. **Alimentos prestados em favor do nascituro (os Alimentos Gravídicos)**. 09/02/2013. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/alimentos-prestados-em-favor-do-nascituro-os-alimentos-gravidicos/103686/>>. Acesso em: 11 out. 2015.

buscando garantir o seu melhor interesse”.³⁹ Por sua vez, Clara Fogaça Zimmermann ressalta que é necessário sobrepor o interesse do nascituro a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.⁴⁰

2 A PROTEÇÃO LEGAL DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS AVOENGOS NO DIREITO PÁTRIO

O foco desta seção está centrado nos alimentos gravídicos avoengos e em uma análise da legislação pertinente, apontando alguns de seus aspectos mais relevantes.

2.1 ANÁLISE DA LEI Nº 11.804/2008

A Lei Nº 11.804/2008 traz inovações e reflete grande importância social, por estipular condições que preservem a saúde da gestante, por meio do auxílio financeiro do suposto pai, e que, conseqüentemente, oferecerão a possibilidade de saudável desenvolvimento do nascituro.⁴¹

Em vigor desde 06 de dezembro de 2008, o texto garante à gestante um rito especial para postular alimentos, tendo em vista as peculiaridades do caso. Assim, com base na existência de indícios de paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos, que perdurarão durante toda a gestação.

³⁹ NUNES, Leanna Cristina. Alimentos gravídicos: Reflexões e Perspectivas da Lei 11.804/2008. *Revista Ensaio Jurídico*. Patos de Minas: Unipam, 2010. p. 120-142. Disponível em: <http://ensaiojuridico.unipam.edu.br/documents/45366/46805/alimentos_gravidicos.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2015.

⁴⁰ ZIMMERMANN, Clara Fogaça. *Direito do Nascituro a Alimentos*. Editora Magister, Porto Alegre, 18/12/2009. Disponível em: <www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=620>. Acesso em: 11 nov. 2015.

⁴¹ RODRIGUES, Laira Cristina; GOMES, Werley Campos. Alimentos gravídicos: conceito, teorias e aplicabilidade sob a égide do direito civil brasileiro. *Revista Raízes de Direito*. Anápolis/GO, 2013, ano II, n. 2, jan./dez. p. 52-64. Disponível em: <<http://revistas.unievangelica.edu.br/index.php/raizesnodireito/article/view/660/657>>. Acesso em: 29 ago. 2015.

Com isso, é possível visualizar a aplicação do princípio a dignidade da pessoa humana e dos direitos à vida e à saúde, uma vez que o legislador busca proteger, com total prioridade, os interesses da gestante e do nascituro.⁴²

Para Leanna Cristina Nunes, o texto da Lei de Alimentos Gravídicos assegura à gestante e ao bebê em formação os recursos necessários a uma gravidez digna e saudável, além de permitir que os alimentos sejam fixados “prematuramente”, abarcando despesas compreendidas da concepção ao parto.⁴³

Os alimentos gravídicos são classificados como alimentos civis devidos ao nascituro para fins de que este possa se nutrir e desenvolver-se de forma sadia, garantindo o nascimento com vida. Nessa modalidade de alimentos, incluem-se desde o acompanhamento pré-natal, em sua integralidade, até as despesas provenientes do parto.⁴⁴

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, a gestação acarreta naturalmente despesas relativas à saúde da mãe e também do bebê. Tais despesas podem ser consideradas como gastos adicionais do período de gravidez e compreendem, inclusive, exames médicos periódicos e, em sendo necessário, tratamento especializado. Esses custos devem ser repartidos entre ambos os genitores, na proporção de seus recursos, contudo, não raramente, o genitor busca esquivar-se da obrigação, o que tornou necessária a criação da ação de alimentos gravídicos.⁴⁵

⁴² CALDEIRA, Cesar. Alimentos gravídicos: análise crítica da Lei Nº 11.804. **Revista da SJRJ**. Rio de Janeiro, n. 27, 2010, p. 207-229. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/131/134>. Acesso em: 29 ago. 2015.

⁴³ NUNES, Leanna Cristina. Alimentos gravídicos: Reflexões e Perspectivas da Lei 11.804/2008. **Revista Ensaio Jurídico**. Patos de Minas: Unipam, 2010, p. 120-142. Disponível em: <http://ensaiojuridico.unipam.edu.br/documents/45366/46805/alimentos_gravidicos.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2015.

⁴⁴ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 338.

⁴⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**, família, sucessões, v. 5. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 224-225.

Convém mencionar que, embora a personalidade jurídica tenha início somente a partir do nascimento com vida, o art. 2º do Código Civil⁴⁶ põe a salvo os direitos do nascituro desde a sua concepção. Ademais, o art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁷ refere-se às políticas públicas sociais destinadas a permitir o nascimento com vida, bem como as condições dignas de existência.⁴⁸

O parágrafo único do art. 6º da Lei Nº 11.804/2008 preceitua que, “após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor”. De acordo com Caio Mario da Silva Pereira, o parágrafo único possibilita o entendimento de que tanto a gestante quanto o nascituro são destinatários da prestação alimentícia.⁴⁹

Finda essa sucinta discussão, na parte que segue, trata-se da obrigação alimentar atribuída aos avós.

2.2 A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DOS AVÓS

O direito a alimentos é recíproco entre pais e filhos, contudo a obrigação também se estende a todos os ascendentes e descendentes, conforme disposto no art. 1.696 do Código Civil⁵⁰. Cabe ressaltar que essa extensão se dá em qualquer espécie de filiação, portanto, seja em casos de filiação biológica ou não biológica, tem-se a obrigação de ascendentes e descendentes.⁵¹

⁴⁶ “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

⁴⁷ “Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.”

⁴⁸ MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Curso de direito civil**, 2: direito de família. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 533.

⁴⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v. 5: direito de família. Rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 551. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-6162-6/epubcfi/6/10>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

⁵⁰ “Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

⁵¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**, família, sucessões, 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, v.5. p. 224-225.

Se o parente obrigado aos alimentos não tem meios para arcar com o seu valor integral, os demais serão chamados a complementar a pensão (CC, art. 1.698, primeira parte). Quando o valor pago pelos pais é insuficiente e eles não têm como arcar com todo o sustento do alimentado (RT, 839/322), este pode pleitear alimentos subsidiários dos avós (RT, 839/228), desde que eles tenham como provê-los (RT, 821/333). Pais e avós em condições de pagar alimentos assumem, então, quotas proporcionais à responsabilidade de cada um (RT, 838/326).⁵²

O Código Civil, em seu art. 1.697⁵³, não somente designa os parentes obrigados, como também delimita a ordem sucessiva pela qual serão chamados à responsabilidade. Segundo Yussef Said Cahali, essa ordem de chamamento busca manter uma ligação entre alimentante e alimentado, observando, além da relação familiar em seu sentido amplo, “o núcleo circunscrito de parentes próximos e quais aqueles que estão ligados pelas mesmas íntimas e comuns relações patrimoniais”.⁵⁴

Ao tratar dos alimentos avoengos, Tainara Mendes Cunha assevera que “a obrigação avoenga é caracterizada pela prestação de alimentos fornecida pelos avós aos seus netos frente à impossibilidade laborativa dos pais de fazê-lo, ou quando os mesmos estão ausentes ou já faleceram”.⁵⁵

A obrigação alimentar avoenga é sucessiva e complementar, ou seja, a pensão alimentícia será paga pelos avós na falta dos genitores ou em casos em que os pais não possuam condições de arcar integralmente com o valor dos alimentos. Assim, aplicam-se os alimentos avoengos nos casos em que um ou ambos os genitores sejam mortos, inválidos, não recebam rendimentos ou, ainda, caso não recebam rendimentos suficientes para cumprir integralmente a obrigação alimentar.⁵⁶

⁵² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**, família, sucessões, 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 5. p. 224-225.

⁵³ “Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais”.

⁵⁴ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 451.

⁵⁵ CUNHA, Tainara Mendes. Da obrigação avoenga na prestação de alimentos. **Conteúdo Jurídico**, Brasília/DF: 29 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.34644&seo=1>>. Acesso em: 03 out. 2015.

⁵⁶ WELTER, Belmiro Pedro. **Alimentos no código civil**. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 247.

Maria Berenice Dias ressalta que a obrigação dos avós se dá em razão do parentesco e pode ser classificada como sucessiva, subsidiária e complementar. Ademais, em face do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, deve o alimentando provar a total ou parcial incapacidade do genitor em cumprir com o valor a que restou obrigado a pagar.⁵⁷

Importante destacar que a existência dos genitores, por si só, não exclui os ascendentes da obrigação, tendo em vista a possibilidade de convocação para suplementação. Nesse sentido, o alimentando deverá comprovar que os genitores são incapazes ou não possuem recursos para arcar com a prestação alimentícia.⁵⁸

Além disso, a prestação alimentar obedecerá à regra da proporção. Assim, nos casos em que condenados os avós ao pagamento de pensão alimentícia complementar, cada um contribuirá de acordo com suas condições, e a cota alimentar respeitará o valor dos rendimentos de cada demandado na ação.⁵⁹ Além disso, explicita Fábio Ulhoa Coelho que

Não há, de outro lado, solidariedade entre os coalimentantes, porque a lei não a estipula expressamente. A solidariedade, lembre-se, não se presume [...]. Desse modo, o alimentado não pode cobrar de qualquer um dos alimentantes, a integralidade dos alimentos, para que eles se acertem em regresso. Se o alimentado deixa de receber a quota cabível a um alimentante, só dele pode exigir a prestação.⁶⁰

Assim, é possível concluir que a obrigação alimentar avoenga é sucessiva e complementar, dessa forma, a responsabilidade de pagamento dos alimentos somente será transmitida aos avós na falta dos genitores ou quando comprovadamente estes não possuam condições de cumprir o valor integral do pensionamento.⁶¹

⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 563.

⁵⁸ GONÇALVES, Susély Aparecida Fonseca. Relação avoenga e a obrigação de alimentar. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 106, nov. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12043&revista_caderno=12>. Acesso em: 03 out. 2015.

⁵⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**, família, sucessões, 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 5. p. 219-220.

⁶⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**, família, sucessões, 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 5. p. 220.

⁶¹ Posicionamento da autora.

2.3 O CÓDIGO CIVIL EM COMPLEMENTO À LEI Nº 11.804/2008

Em seu art. 11⁶², a Lei Nº 11.804/2008 estabelece a aplicação supletiva da Lei de Alimentos (Lei Nº 5.478/1968) e do Código de Processo Civil (Lei Nº 5.869/1973).⁶³

Embora o art. 2º da Lei de Alimentos Gravídicos direcione a responsabilidade pelo pagamento dos alimentos ao genitor, a aplicação supletiva do Código Civil, permitida pelo art. 11 da Lei Nº 11.804/2008, garante à gestante a possibilidade de demandar os avós em ação de alimentos gravídicos.⁶⁴

Marina Alice de Souza Santos destaca que, ainda que não haja disposição expressa quanto à subsidiariedade do Código Civil à Lei de Alimentos Gravídicos, posto que seu art. 11 faz referência somente ao Código de Processo Civil, sua aplicação será possível, tendo em vista que o objetivo da Lei Nº 11.804/2008 é a proteção do nascituro, não havendo impedimento para a aplicação do Código Civil.⁶⁵

Por se tratar do período gestacional, momento em que qualquer deficiência alimentícia pode acarretar complicações ao feto, a possibilidade de extensão da obrigação alimentar aos parentes mais próximos torna-se imperativa.⁶⁶ Todavia, assim como na ação de alimentos avoengos, a demanda de alimentos gravídicos contra os avós deverá obedecer à regra da suplementação e à ordem hereditária para o pedido. Com isso, será

⁶² “Art. 11 Aplicam-se supletivamente nos processos regulados por esta Lei as disposições das Leis nos 5.478, de 25 de julho de 1968, e 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil”.

⁶³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 6: Direito de família. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 707.

⁶⁴ LOMEU, Leandro Soares. Alimentos gravídicos avoengos. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XII, n. 64, maio 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6117>. Acesso em: 1º set 2015.

⁶⁵ SANTOS, Marina Alice de Souza. **Da titularidade dos alimentos gravídicos: uma (re)visão das teorias do início da personalidade**. 13/03/2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/da-titularidade-dos-alimentos-grav%C3%ADdicos-uma-re-vis%C3%A3o-das-teorias-do-in%C3%ADcio-da-personalidad>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

⁶⁶ LOMEU, Leandro Soares. Alimentos gravídicos avoengos. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XII, n. 64, maio 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6117>. Acesso em: 1º set 2015.

necessário demonstrar, inicialmente, a ausência ou a impossibilidade do genitor de arcar com os alimentos.⁶⁷ Na mesma linha de pensamento, destaca Leandro Soares Lomeu que os alimentos gravídicos avoengos apresentarão característica subsidiária e complementar, mostrando-se cabíveis quando comprovada a falta ou a incapacidade dos genitores em prestar integral ou parcial auxílio aos dependentes.⁶⁸

Constata-se, por conseguinte, que os alimentos gravídicos avoengos, embora não se encontrem taxativamente previstos no ordenamento jurídico brasileiro, serão aplicados em observância às regras dos alimentos gravídicos e dos alimentos avoengos tradicionais.⁶⁹

Nessa esteira, embora o parágrafo único do art. 2º da Lei de Alimentos Gravídicos⁷⁰ disponha que os alimentos serão arcados pelo genitor, necessária se faz a aplicação supletiva do Código Civil nos casos em que é preciso a complementação dos alimentos. Assim, como referido, em caráter subsidiário, a obrigação se estenderá de forma complementar aos avós. A partir de uma construção jurisprudencial e doutrinária, têm-se os alimentos gravídicos avoengos⁷¹ com base nos artigos 1.696 e 1.698 do Código Civil, que dispõem:

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

⁶⁷ LOMEU, Leandro Soares. Alimentos gravídicos avoengos. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XII, n. 64, maio 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6117>. Acesso em: 1º set 2015.

⁶⁸ LOMEU, Leandro Soares. Alimentos gravídicos avoengos. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XII, n. 64, maio 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6117>. Acesso em: 1º set 2015.

⁶⁹ LOMEU, Leandro Soares. Alimentos gravídicos avoengos. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XII, n. 64, maio 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6117>. Acesso em: 1º set 2015.

⁷⁰ “Art. 2º. Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos”.

⁷¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 562.

Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Nesse sentido, é possível transcrever voto do Relator Piva Rodrigues, em acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

ALIMENTOS GRAVÍDICOS - A inexistência de comprovação ab initio de que os supostos genitores não têm capacidade financeira a suportar os alimentos é circunstância relacionada ao mérito da demanda - Legitimidade passiva dos avós - Recurso provido.

A inexistência de comprovação ab initio de que os supostos genitores não têm capacidade financeira a suportar os alimentos dos filhos é fundamento inapto para afastar a legitimidade passiva dos avós.

Tal circunstância, à evidência, refere-se ao mérito, que não se confunde com as condições da ação, de tal sorte que deve compor o objeto de regular instrução probatória.

Os avós, assim, têm legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda ora em apreço, sendo certo que, na hipótese de restar demonstrada a capacidade ou incapacidade econômica dos pais, outro não é o julgamento adequado quanto àqueles senão o de mérito (artigos 1.696 e 1.698).

Por tais fundamentos, dou provimento ao recurso.⁷²

Douglas Phillips Freitas fala em uma “sobreposição” do Código Civil à Lei de Alimentos Gravídicos, entendendo pela possibilidade de extensão do rol de devedores dos alimentos gravídicos, utilizando-se como base os já mencionados artigos 1.696 e 1.698 do Código Civil. Assim, havendo dificuldade em obrigar o suposto pai, entende cabível o direcionamento da obrigação aos avós.⁷³

⁷² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento: 0332008-45.2009.8.26.0000**. Relator(a): Piva Rodrigues. Comarca: Quatá. Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 26/01/2010. Data de registro: 25/03/2010. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4374499&cdForo=0&vICaptcha=zhbsv>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

⁷³ FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos gravídicos**: comentários à Lei n. 11.804. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 19-38.

Da mesma forma, Airson Jacob Pinheiro e Alberto Ribeiro Neto reconhecem a possibilidade de aplicação subsidiária dos artigos 1.696 e 1.698 do Código Civil à Lei de Alimentos Gravídicos. Em decorrência disso, não apenas os pais possuem a obrigação de sustendo do nascituro, mas também os avós, que serão acionados quando confirmada a impossibilidade total ou parcial do devedor principal.⁷⁴

Em contrapartida, alguns juristas, como Antonio Cezar Lima da Fonseca, adeptos da teoria de que a gestante é a parte legitimada para integrar o polo ativo da ação, entendem pela impossibilidade de os avós figurarem no polo passivo da ação de alimentos gravídicos, visto que o parentesco expresso no art. 1.694 do Código Civil⁷⁵ é condição obrigatória para o pleito dos alimentos e, nesse caso, não há relação de parentesco entre a autora – a genitora – e os avós do nascituro.⁷⁶

A esse respeito, Antonio Cezar Lima da Fonseca discorre:

O réu da ação de alimentos gravídicos será sempre o indigitado pai, não podendo ser movida em face dos avós ou do espólio. Isso porque, não firmada a paternidade do nascituro, não há ligação de parentesco que justifique os alimentos avoengos ou pretensão de transmissibilidade alimentar em sede de direito das sucessões.⁷⁷

⁷⁴ PINHEIRO, Airson Jacob; NETO, Alberto Ribeiro. Responsabilidade Avoenga. **Revista Direito UNIFACS**. n. 128, fev./2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1406/1093>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

⁷⁵ “Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

⁷⁶ SANTOS, Maria Alice de Souza. **Da titularidade dos alimentos gravídicos: uma (re)visão das teorias do início da personalidade**. INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 30/03/2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=599>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

⁷⁷ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Dos Alimentos Gravídicos – Lei nº 11.804/2008. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 51, jan./fev. 2009, p. 16.

Assim, esse entendimento quanto à impossibilidade da prestação de alimentos gravídicos avoengos se baseia na falta de comprovação de parentesco, o que, conseqüentemente, excluiria a pretensão de transmissibilidade alimentar em sede de direito das sucessões.⁷⁸ Nessa senda, é possível colacionar decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Alimentos Gravídicos - Após justificação prévia foram fixados os alimentos provisionais no equivalente a meio salário-mínimo, como obrigação do requerido - Suposto pai ainda não encontrado para citação - Pedido de inclusão no polo passivo da avó paterna - Impossibilidade - Na hipótese, a obrigação avoenga é subsidiária e, diferentemente dos indícios de paternidade exigidos pela lei, quanto aos avós, depende da comprovação da relação de parentesco, além da demonstração da impossibilidade efetiva do pai em arcar com a obrigação. Decisão Mantida - Recurso Improvido.⁷⁹

Para essa corrente doutrinária e jurisprudencial, a titularidade do pedido de alimentos gravídicos seria da gestante, e não do nascituro. Com isso, não haveria como estabelecer um dever alimentar, em razão da inexistência de parentesco entre os avós e a gestante.⁸⁰

Denis Donoso apresenta entendimento divergente e propõe que, ao restar comprovado que o suposto pai não possui condições de arcar com os alimentos, deverão os avós paternos ser chamados a assumirem total ou parcialmente a obrigação.⁸¹ Assim, o autor propõe:

⁷⁸ SANTOS, Marina Alice de Souza. **Da titularidade dos alimentos gravídicos: uma (re)visão das teorias do início da personalidade**. 13/03/2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/da-titularidade-dos-alimentos-grav%C3%ADdicos-uma-re-vis%C3%A3o-das-teorias-do-in%C3%ADcio-da-personalidade>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

⁷⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 480989-79.2010.8.26.0000**. 3ª Câmara de Direito Privado. Relator(a): Egidio Giacoia. Data do julgamento: 22/02/2015. Data de registro: 16/06/2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8539029&cdForo=0&vIcaptcha=pswnn>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

⁸⁰ STROSBERG, Flávia Szuchmacher Neuman. **Os alimentos gravídicos e a tutela do direito à vida do nascituro**. 2012, 42 f. Monografia (Pós-Graduação em Direito) - Programa de Pós Graduação em Direito Civil e Privado, AVM Faculdade Integrada, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/K221797.pdf>. Acesso em: 11 out. 2015.

⁸¹ DONOSO, Denis. **Alimentos Gravídicos. Aspectos materiais e processuais da Lei 11.804/2008**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/12219/alimentos-gravidicos>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

Numa leitura mais constitucional, posso afirmar que todas as regras de extensão e complementação se ajustam ao pedido de alimentos gravídicos, respeitadas apenas as exigências processuais.

É claro que o pai é o primeiro – e preferencialmente o único – a integrar a ‘lista de devedores’. Mas, eventualmente, outras pessoas [...] podem ser chamadas a dar sua contribuição. Assim, por exemplo, se o pai não tem condições de arcar com a obrigação, os avós paternos podem ser chamados a assumir total ou parcialmente o encargo. Não há, pelo que sinto, nada que afaste esta conclusão, justamente porque tais medidas se enquadram perfeitamente no escopo do instituto.⁸²

Rafael Diogo Diógenes Lemos, ao tratar sobre o tema, aponta a existência de um conflito em que, de um lado, se tem a necessidade da gestante e do nascituro de receberem a prestação alimentícia, enquanto, do outro lado, existe a falta de confirmação da paternidade e, conseqüentemente, a inexistência de comprovação do parentesco entre a criança e os avós.⁸³

Cabe ressaltar que a ampliação da obrigação não se refere à execução de alimentos devidos pelo suposto pai, mas diz respeito à constituição do crédito em face dos avós. Douglas Phillips Freitas também menciona que a situação ocorrerá nos casos em que o pai não disponha de condições para alcançar os alimentos gravídicos, ou, ainda, quando se furtar da citação.⁸⁴

Assim, a falta de previsão legal não pode afastar a possibilidade de demanda. Douglas Phillips Freitas fundamenta a afirmação com base no art. 4º da – à época – chamada LICC, atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), a qual dispõe que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.⁸⁵ Nesse sentido, o autor refere:

⁸² DONOSO, Denis. Alimentos Gravídicos. **Aspectos materiais e processuais da Lei 11.804/2008**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/12219/alimentos-gravidicos>. Acesso em: 04 nov. 2015.

⁸³ LEMOS, Rafael Diogo Diógenes. Alimentos gravídicos – Uma análise teórico jurisprudencial da Lei 11.804/08. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 133, fev. 2015. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15728. Acesso em: 04 nov. 2015.

⁸⁴ FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos gravídicos**: comentários à Lei n. 11.804. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 19-38.

⁸⁵ FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos gravídicos**: comentários à Lei n. 11.804. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 19-38.

Fato que precisa de tutela: recebimento de Alimentos Gravídicos de um suposto pai ausente ou sem condições financeiras, entre outras causas;

Analogia: permissão legislativa na matéria de alimentos para buscar a complementação ou mesmo pagamento contra outros parentes com responsabilidade prevista no Código Civil;

Aplicação da analogia no caso concreto por lacuna legislativa: ampliação dos Alimentos Gravídicos em relação aos avós, entre outros parentes.⁸⁶ (Grifos do autor)

Rafael Diogo Diógenes Lemos acredita que a responsabilidade dos avós na ação de alimentos gravídicos deve observar os mesmos requisitos da ação tradicional de alimentos avoengos. Dessa forma, a prova de incapacidade ou impossibilidade do primeiro obrigado, o genitor, possibilitaria a transmissão da obrigação aos avós.⁸⁷

Merece destaque, ainda, o fato de que a ação de alimentos gravídicos avoengos será caracterizada pela baixa cognição, ou seja, pobreza de provas. A ação tradicional de alimentos gravídicos em face do suposto pai já carece de lastro probatório. Em consequência disso, os avós não poderão simplesmente alegar a inexistência de relacionamento entre a grávida e o suposto pai, devendo o magistrado agir com extrema cautela quando da concessão do pedido inicial.⁸⁸

Assim como no pedido de alimentos ao menor de idade, aplica-se à ação de alimentos gravídicos a possibilidade de responsabilização avoenga de forma subsidiária e complementar. Cabe ressaltar que, primeiramente, o encargo será do suposto pai e, somente quando comprovada sua ausência ou impossibilidade, admite-se a convocação dos demais parentes.⁸⁹

⁸⁶ FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos gravídicos**: comentários à Lei n. 11.804. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 19-38.

⁸⁷ LEMOS, Rafael Diogo Diógenes. Alimentos gravídicos – Uma análise teórico jurisprudencial da Lei 11.804/08. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 133, fev. 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15728>. Acesso em: 04 nov. 2015.

⁸⁸ FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos gravídicos**: comentários à Lei n. 11.804. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 19-38.

⁸⁹ PINHEIRO, Airson Jacob; NETO, Alberto Ribeiro. Responsabilidade Avoenga. **Revista Direito UNIFACS**. n. 128, fev./2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1406/1093>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

De acordo com Airson Jacob Pinheiro e Alberto Ribeiro Neto, o encargo alimentar avoengo possui como principal característica o fato de ser excepcional e atender às necessidades básicas de quem não obteve êxito em receber diretamente do devedor principal.⁹⁰

Apesar do pensamento oposto anteriormente apresentado, entende-se plenamente viável a inclusão dos avós no polo passivo da demanda de alimentos gravídicos, não apenas em razão da aplicação subsidiária do Código Civil, mas também pelo escopo da própria Lei de Alimentos Gravídicos, que busca suprir, de forma célere e efetiva, as necessidades do nascituro e garantir-lhe pleno desenvolvimento.⁹¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo teve como objetivo realizar uma análise sobre a possibilidade de responsabilização dos avós ao pagamento de alimentos gravídicos. Para tanto, buscou-se, inicialmente, realizar um estudo dos institutos dos Alimentos, dos Alimentos Gravídicos e dos Alimentos Avoengos, a fim de averiguar suas principais características e peculiaridades.

O direito à alimentação é classificado como Direito Social e possui natureza de Direito de Personalidade, por assegurar a garantia à vida e à integridade física. Importante mencionar que os alimentos não se destinam somente às necessidades relacionadas à alimentação, mas também são considerados um auxílio financeiro destinado às principais despesas do alimentando, levando-se em consideração sua idade, eventuais problemas de saúde e demais necessidades específicas.

⁹⁰ PINHEIRO, Airson Jacob; NETO, Alberto Ribeiro. Responsabilidade Avoenga. **Revista Direito UNIFACS**. n. 128, fev./2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1406/1093>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

⁹¹ GUSMÃO, Priscilla Barreto. **Alimentos gravídicos: ponderação entre os direitos do nascituro à vida e dignidade da pessoa humana versus honra e patrimônio do suposto pai biológico**. 2011. 59 f. Monografia (Especialização em Direito) - Programa de Pós Graduação em Direito de Família, Registros Públicos e Sucessões do Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2011. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/dir.familia/alimentos.gravidicos.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2015.

A Lei Nº 11.804/2008 (Lei de Alimentos Gravídicos), datada de 05 de novembro de 2008, foi criada com a intenção de proteger o nascituro, o qual, embora não possua personalidade jurídica, é detentor de direitos, principalmente, o direito à vida.

Com isso, é possível identificar, no texto da Lei Nº 11.804/2008, a aplicação de três princípios de Direito, que visam, principalmente, a assegurar o direito à vida da criança que está sendo gerada, quais sejam, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o Princípio da Proteção Integral do Menor e o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

Os alimentos gravídicos destinam-se às despesas tidas pela mulher durante o período gestacional, desde os custos referentes ao acompanhamento pré-natal até o parto e demais gastos dele advindos. Em razão da vulnerabilidade trazida pelo período gestacional, o início do pagamento dos alimentos gravídicos não pode se adiar por meses — caso comumente verificado em ações de alimentos tradicionais —, posto que a demora na prestação poderá acarretar complicações e privações à gravidez naqueles casos em que a gestante não dispõe de recursos para custear sozinha os procedimentos relacionados ao seu atual estado. No entanto, a Lei Nº 11.804/2008 imputa a responsabilidade de pagamento dos alimentos exclusivamente ao suposto genitor, não fazendo referência à possibilidade de chamamento de outros parentes ao encargo.

Já os alimentos avoengos serão fixados na falta ou na impossibilidade dos genitores de arcarem com o pagamento da pensão alimentícia. É preciso reiterar que a responsabilidade dos avós é complementar e subsidiária, sendo aplicada somente quando comprovado que um ou ambos os genitores não dispõem de condições de prestar alimentos. Tal responsabilização se dá com base no art. 1.696 do Código Civil, o qual dispõe que o dever de prestação de alimentos se estende aos ascendentes.

Com base no estudo realizado, é possível constatar a existência de duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais no que tange ao instituto dos Alimentos Gravídicos Avoengos. A primeira indica a possibilidade do pleito de alimentos gravídicos avoengos com aplicação da Lei de Alimentos Gravídicos (Lei Nº 11.804/2008) e aplicação suplementar do Código Civil. Essa corrente demonstra preocupação com o nascituro, que, mesmo não possuindo personalidade jurídica, é detentor de direitos, especialmente, o direito à vida. Dessa forma, a obrigação alimentar deverá ser transmitida aos avós nos casos em que o suposto genitor se encontre incapacitado ou não disponha de condições de arcar integralmente com o pensionamento.

Doutrina e jurisprudência pouco falam sobre a responsabilização de todos os avós, sejam eles paternos ou maternos. Pode-se concluir, a partir de entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que a obrigação avoenga, nos alimentos gravídicos, deve, em regra, ser diluída entre todos os avós, devendo, para tanto, ser observadas as condições financeiras de cada um. Assim, a ação de alimentos gravídicos avoengos observaria os mesmos aspectos processuais das ações de alimentos gravídicos e de alimentos avoengos, priorizando as necessidades do nascituro e demandando, com urgência, os pagamentos das prestações alimentícias.

Já a segunda corrente refere a impossibilidade de responsabilização dos avós nos casos de pedido de alimentos gravídicos. Para os autores adeptos a essa corrente, os avós não podem ser demandados na ação de alimentos gravídicos em razão da falta de comprovação do parentesco.

A partir da pesquisa realizada, é possível perceber que a segunda corrente possui um número menor de adeptos em relação à primeira, pois o Direito Brasileiro, atualmente, demonstra grande preocupação em garantir os direitos das crianças e dos adolescentes, incluindo-se os direitos do nascituro.

Apesar das constantes alterações na estrutura das famílias, ainda são escassas as decisões jurisprudenciais sobre o tema Alimentos Gravídicos Avoengos, o que leva a crer que esse tipo de ação ainda não seja comumente buscado no âmbito do Poder Judiciário.

Por todo o exposto e preservando o respeito em relação a opiniões contrárias, mostra-se correta a responsabilização dos avós ao pagamento de alimentos gravídicos. Tal entendimento se dá em observação aos direitos do nascituro que, mesmo não dispendo de personalidade jurídica, necessita de auxílio para ter assegurado o direito à vida, à saúde, à dignidade, dentre outros.

No que tange à falta de comprovação de parentesco, deverá ser observado o critério disposto na Lei de Alimentos Gravídicos, qual seja, indícios de paternidade. Assim, caso restem apresentadas evidências que convençam o magistrado quanto à existência de relacionamento entre a gestante e o suposto pai, tem-se comprovada a legitimidade dos avós para integrarem o polo passivo da demanda. Indubitável é o fato de que não poderá o nascituro ser privado de seus direitos em um momento tão delicado para o seu desenvolvimento, devendo os avós contribuir nas despesas da gestação, garantindo-lhe, assim, o saudável desenvolvimento que possibilite seu nascimento com vida.

REFERÊNCIAS

AMIM, Andréa Rodrigues. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente Aspectos Teóricos e Práticos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora (IBDFAM), 2010.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **A criança, o adolescente: aspectos históricos**. 2013. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id737.htm>>. Acesso em: 04 maio 2015.

BARBOSA, Hélia. A arte de interpretar o princípio do interesse superior da criança e do adolescente à luz do direito internacional dos direitos humanos. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**. vol. 1/2013, jan. 2013, p. 17. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000014c7002bec9b819a756&docguid=lbec79160e5fe11e284d2010000000000&hitguid=lbec79160e5fe11e284d2010000000000&spos=4&epos=4&td=6&context=16&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 1º abr. 2015.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 28 set. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: 26 maio 2015.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CALDEIRA, Cesar. Alimentos gravídicos: análise crítica da Lei Nº 11.804. **Revista da SJRJ**. Rio de Janeiro, n. 27, 2010, p. 207-229. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/131/134>. Acesso em: 29 ago. 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**, família, sucessões, 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 5.

CUNHA, Tainara Mendes. Da obrigação avoenga na prestação de alimentos. **Conteúdo Jurídico**, Brasília/DF: 29 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.34644&seo=1>>. Acesso em: 03 out. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DONOSO, Denis. **Alimentos Gravídicos. Aspectos materiais e processuais da Lei 11.804/2008**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/12219/alimentos-gravidicos>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

FERREIRA, Ana Luiza Veiga; VIEIRA, Marcelo de Mello. O melhor interesse e a autonomia progressiva de crianças e adolescentes. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**. vol. 2/2013, jul. 2013, p. 233. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014c6ffffbba844627c9&docguid=l66bdd1606a0a11e3b6c9010000000000&hitguid=l66bdd1606a0a11e3b6c9010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 1º abr. 2015.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Dos Alimentos Gravídicos – Lei nº 11.804/2008. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 51, jan./fev. 2009.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos gravídicos: comentários à Lei n. 11.804**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 6: Direito de família. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 9. ed. São Paulo, Saraiva, 2012, direito de família, v. 5.

GONÇALVES, Susély Aparecida Fonseca. Relação avoenga e a obrigação de alimentar. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 106, nov. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12043&revista_cademo=12>. Acesso em: 03 out. 2015.

GUSMÃO, Priscilla Barreto. **Alimentos gravídicos: ponderação entre os direitos do nascituro à vida e dignidade da pessoa humana versus honra e patrimônio do suposto pai biológico**. 2011. 59 f. Monografia (Especialização em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito de Família, Registros Públicos e Sucessões do Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2011. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/dir.familia/alimentos.gravidicos.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2015.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LE MOS, Rafael Diogo Diógenes. Alimentos gravídicos – Uma análise teórico jurisprudencial da Lei 11.804/08. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 133, fev. 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15728>. Acesso em: 04 nov. 2015.

LINHARES, Thiago. A proteção da criança e do adolescente em tempos de globalização e novas tecnologias. In: **Anais do 2º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede**. Universidade Federal de Santa Maria. jun./2013, p. 795-808. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/6-4.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed., de acordo com a Emenda Constitucional 66/2010 (Divórcio). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 373.

LOMEU, Leandro Soares. Alimentos gravídicos avoengos. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XII, n. 64, maio 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6117>. Acesso em: 1º set 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MATTOS, Emiliane Radael. **Alimentos prestados em favor do nascituro (os Alimentos Gravídicos)**. 09/02/2013. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/alimentos-prestados-em-favor-do-nascituro-os-alimentos-gravidicos/103686/>>. Acesso em: 11 out. 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Curso de direito civil**, 2: direito de família. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Fernanda Cristina Rodrigues de. **Princípio da dignidade da pessoa humana no direito de família**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 01 Dez. 2009. Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/124220>. Acesso em: 20 mar. 2015.

NUNES, Leanna Cristina. Alimentos gravídicos: Reflexões e Perspectivas da Lei 11.804/2008. **Revista Ensaio Jurídico**. Patos de Minas: Unipam, 2010. p. 120-142. Disponível em: <http://ensaiojuridico.unipam.edu.br/documents/45366/46805/alimentos_gravidicos.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2015.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 6: direito de família.

PENA JUNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, v. 5**: direito de família. Rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-6162-6/epubcfi/6/10>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

PINHEIRO, Airson Jacob; NETO, Alberto Ribeiro. Responsabilidade Avoenga. **Revista Direito UNIFACS**. n. 128, fev./2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1406/1093>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

RODRIGUES, Laira Cristina; GOMES, Werley Campos. Alimentos gravídicos: conceito, teorias e aplicabilidade sob a égide do direito civil brasileiro. **Revista Raízes de Direito**. Anápolis/GO, 2013, ano II, n. 2, jan./dez. p. 52-64. Disponível em: <<http://revistas.unievangelica.edu.br/index.php/raizesnodireito/article/view/660/657>>. Acesso em: 29 ago. 2015.

SANTOS, Maria Alice de Souza. **Da titularidade dos alimentos gravídicos: uma (re)visão das teorias do início da personalidade**. INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 30/03/2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=599>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento: 0332008-45.2009.8.26.0000**. Relator(a): Piva Rodrigues. Comarca: Quatá. Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 26/01/2010. Data de registro: 25/03/2010. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4374499&cdForo=0&vIcAptcha=zhsbv>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 480989-79.2010.8.26.0000**. 3ª Câmara de Direito Privado. Relator(a): Egidio Giacoia. Data do julgamento: 22/02/2015. Data de registro: 16/06/2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8539029&cdForo=0&vIcAptcha=pswnn>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

SARATY, Jammille. Melhor interesse da criança e do adolescente no processo de guarda. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 17, n. 3388, 10 out. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22786>>. Acesso em: 4 jun. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SILVA, Danúbia Cantieri. Alimentos gravídicos: o titular desse direito e a presunção juris tantum de paternidade. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12990>. Acesso em: 29 maio 2015.

STROSBERG, Flávia Szuchmacher Neuman. **Os alimentos gravídicos e a tutela do direito à vida do nascituro**. 2012, 42 f. Monografia (Pós-Graduação em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil e Privado, AVM Faculdade Integrada, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/K221797.pdf>. Acesso em: 11 out. 2015.

TOALDO, Adriane Medianeira; ALMEIDA, Solange dos Santos. Da Possibilidade Jurídica de Alimentos Gravídicos Avoengos. **Revista Síntese Direito de Família**. v. 15. n. 81, dez./jan. 2014, p. 13.

UNESC. Os marcos históricos da instalação da doutrina da proteção integral no Brasil. **Revista de Iniciação Científica**. América do Norte, 6, abr. 2010. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/index.php/iniciacaocientifica/article/view/178/183>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 12. ed., São Paulo: Atlas, 2012, v. 5.

WELTER, Belmiro Pedro. **Alimentos no código civil**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

ZIMMERMANN, Clara Fogaça. **Direito do Nascituro a Alimentos**. Editora Magister, Porto Alegre, 18/12/2009. Disponível em: <www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=620>. Acesso em: 11 nov. 2015.

da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro

Cristine Richter da Silva

Graduada em Direito pela Universidade Feevale. Assistente Jurídica.
E-mail cris_richter@hotmail.com.

Igor Raatz dos Santos

Doutor e mestre em Direito pela UNISINOS. Especialista em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Membro do Instituto Iberoamericano de derecho procesal. Parecerista ad hoc da Revista de la Facultad de Derecho do Uruguay – UDELAR. Editor da Revista Temas Atuais de Processo Civil. Professor em cursos de pós-graduação em direito processual civil na PUCRS, UNOESC-SC, IMED Passo Fundo e Florianópolis, UNIVATES e UNISC. Professor convidado da UNISINOS, do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e da Escola Superior da Advocacia – OAB/RS. Professor da Universidade FEEVALE. Advogado.
E-mail: igor@raatzanchieta.com.br.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo abordará a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do Direito brasileiro. O tema também é de profunda relevância para o Direito Processual Civil Brasileiro, considerando que o Novo Código de Processo Civil traz inovações muito importantes para o instituto. O principal objetivo é analisar a desconsideração da personalidade jurídica, bem como examinar a abordagem que o Novo Código de Processo Civil Brasileiro vai dar ao instituto. Para tanto, também será realizada uma rápida abordagem do instituto no âmbito do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor e do Código Tributário Nacional, também a modalidade inversa do instituto e os falsos casos da desconsideração da personalidade jurídica.

1 DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA DESCONSIDERAÇÃO

O conceito de personalidade jurídica nasce da junção do direito com a da engenhosidade do homem.¹ Trata-se a personalidade jurídica de uma capacidade para ser detentor de direitos e obrigações. Não basta apenas ser sujeito de direito para caracterizar a personalidade jurídica, o que caracteriza é a capacidade para isso, pois as sociedades sem personalidade jurídica também são sujeitos de direito e podem praticar atos jurídicos, porém só podem praticar o que é essencial para manter sua função ou o que estiver expressamente autorizado.² Já a sociedade com personalidade jurídica pode realizar qualquer ato, com exceção do que for proibido.³

Nesse sentido, Pontes de Miranda discorreu acerca da pessoa jurídica que:

¹ SZTAJN, Rachel. Terá a personificação das sociedades função econômica?. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, n.100, 2005, p. 64.

² TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresaria: Teoria Geral e Direito Societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 01, p. 223-224.

³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 02, p. 29.

[...] ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito. Ser sujeito de direito é estar na posição de titular de direito. Não importa se esse direito está subjetivado, se é munido de pretensão e ação, ou de exceção. Mas importa que haja direito. Se alguém não está em relação de direito, não é sujeito de direito: é pessoa; isto é, o que pode ser sujeito de direito, além daqueles direitos que o ser pessoa produz. O ser pessoa é fato jurídico: com nascimento, o ser humano entra no mundo jurídico, como elemento do suporte fático em que o nascer é o núcleo [...] a personalidade é a possibilidade de se encaixar em suportes fáticos, que, pela incidência das regras jurídicas, se tornem fatos jurídicos, portanto, a possibilidade de ser sujeito de direito.[...] Personalidade é o mesmo que (ter) capacidade de direito, poder ser sujeito de direito.⁴

A personalidade jurídica surge quando a sociedade opta por registrar seus atos constitutivos: na Junta Comercial se for uma sociedade empresária, ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, se for uma sociedade não empresária, conforme dispõe o art. 985 do Código Civil.⁵ Nesse diapasão, a pessoa jurídica para existir precisa cumprir algumas formalidades legais, conforme dispõe o art. 45 do Código Civil é preciso a inscrição do ato constitutivo no registro competente e o art. 44, do mesmo diploma legal, nos traz o que são pessoas jurídicas de direito privado.⁶

Acerca da função da pessoa jurídica, José Lamartine Correia Oliveira disserta que:

[...] a necessidade básica a que tal instituto procura dar resposta é a de conciliação entre dois interesses opostos – o dos membros, que desejam uma vinculação tão frouxa quanto possível, de modo a assegurar fácil dissolução de seu vínculo com a entidade, e limitação de seu risco individual, e interesse de manutenção de uma continuidade do grupo, de sua base financeira, e de sua mobilidade econômica, pois tudo isso é necessário à consecução dos fins coletivos do grupo, considerados relevantes pela ordem jurídica. O caminho adequado para essa conciliação de necessidades opostas foi encontrado em uma autonomização (*Verselbständigung*) do grupo em face de seus membros, autonomização que se concretiza tecnicamente pelo caráter autônomo reconhecido à organização e ao patrimônio, que são destinados ao serviço das finalidades do grupo.⁷

⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 1999, TOMO I, p. 207-208.

⁵ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Direito Empresarial**. Curitiba: IESDE Brasil, 2009, p. 33.

⁶ WALD, Arnoldo. **Comentários ao novo Código Civil**. Livro II, Do direito de empresa. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. XIV, p. 83.

⁷ OLIVEIRA, Jose Lamartine Corrêa De. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 259-260.

A partir do momento em que a pessoa jurídica passou a ser sujeito de direito, surgiram diversas teorias a respeito dela e a teoria adotada foi a teoria da realidade técnica.⁸ Essa teoria é a mais aceita pela doutrina, considerando que as pessoas jurídicas são reais e reconhecidas pelo direito, “a pessoa jurídica é tão real quanto a física”⁹.¹⁰ A pessoa jurídica não é uma ficção, tendo em vista que é um atributo dado pelo Estado a certos entes mercedores deste atributo. Trata-se de uma realidade jurídica, meramente técnica, abstrata e completamente diferente dos seres humanos que se tocam.¹¹

Em consequência da personalização surge a separação entre a pessoa jurídica e seus sócios, ratificando de vez o princípio da autonomia patrimonial em nosso ordenamento.¹² A pessoa jurídica e os sócios são figuras distintas. A empresa com personalidade jurídica é detentora de direitos e obrigações, sendo isso uma regra de direito. Conseguimos fazer essa constatação analisando o que dispõem os artigos 985 e 1.024 do Código Civil.¹³ A própria pessoa jurídica é a titular de seus direitos e devedora de suas obrigações, até mesmo nas atividades econômicas exploradas em conjunto, os sócios não são considerados titulares desses direitos e devedores dessas obrigações.¹⁴

Tem-se assim, como benefícios, a redação do art. 1.022 do Código Civil, ou seja, a pessoa jurídica passa a ser um sujeito de direitos e obrigações, bem como passa a ter legitimidade processual e contratual. Outros benefícios são a responsabilidade patrimonial, a separação patrimonial e a possibilidade de modificar sua estrutura societária, como, por exemplo, modificar seu contrato, a fim de alterar seu tipo societário.¹⁵

⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral do Direito Societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 01, p. 228-230.

⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 1999, TOMO I, p. 347.

¹⁰ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral do Direito Societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 01, p. 230-231.

¹¹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral do Direito Societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 01, p. 230-231.

¹² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 02, p. 32.

¹³ ROVAL, Armando Luiz. **Direito de Empresa**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 38.

¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 02, p. 32.

¹⁵ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Direito Empresarial**. Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2009, p. 33.

Vejam os que a primeira parte do artigo 795 do Novo Código de Processo Civil ratifica que os sócios e a sociedade são pessoas distintas e um não é responsável pelas dívidas do outro, ou seja, independência total. Todavia a segunda parte do dispositivo nos traz casos excepcionais. Esses casos estão previstos em lei e neles o sócio poderá responder pelos débitos da sociedade, sendo que também poderá solicitar o benefício de ordem, isto é, exigir que os bens da sociedade sejam executados antes dos dele.¹⁶

Boa parte do sucesso das empresas é referente a essa personalidade jurídica, porém, essa personificação, segundo Marcela Blok, “não existe apenas para satisfazer às vontades e aos caprichos do homem, e sim para atingir os fins sociais do próprio direito”. Ela entende que as empresas são muito importantes para o desenvolvimento econômico do mercado, entretanto, não devem abusar desse benefício.¹⁷

Ocorre que os sócios começaram a abusar desse benefício, bem como começaram a abusar do princípio da autonomia patrimonial utilizando a pessoa jurídica para cometer fraudes e abusos de direito. Considerando que a sociedade é a pessoa de direitos e deveres os sócios abusavam desse benefício celebrando contratos empresariais e operações societárias como a cisão, fusão e a incorporação e dessa forma prejudicavam seus credores e terceiros.¹⁸

Para Marcela Blok, “ocorre que a possibilidade do uso da pessoa jurídica pelo particular por meio da exploração de determinada atividade econômica com limitação de prejuízos pessoais permitiu, infelizmente, uma série de fraudes e de abusos de direito”. Nesse ensejo, ainda para a autora, como a finalidade da personalidade jurídica estava sendo desviada e era necessário protegê-la, não havia mais possibilidade de

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Empresa**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 08, p. 591.

¹⁷ BLOK, Marcella. Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo, v.59, jan. 2013, p. 91. Disponível em: <[http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srg uid=i0ad6007a00000148b82a55617c974584&docguid=I4a0df1508e0311e2bdde010000000000&hitguid=I4a0df1508e0311e2bdde010000000000&spos=4&epos=4&td=736&context=17&startChunk=1&endChunk=1#](http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srg uid=i0ad6007a00000148b82a55617c974584&docguid=I4a0df1508e0311e2bdde010000000000&hitguid=I4a0df1508e0311e2bdde010000000000&spos=4&epos=4&td=736&context=17&startChunk=1&endChunk=1#>)>. Acesso em: 22 out. 2014, p. 2.

¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 02, p. 55-56.

respeitar-se a separação patrimonial entre os sócios e as pessoas jurídicas e foi nesse contexto que surgiu o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.¹⁹

1.1 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO CIVIL, NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, SUA MODALIDADE INVERSA E OS FALSOS CASOS DE DESCONSIDERAÇÃO

A desconsideração da personalidade jurídica constitui o modo de manter o propósito da pessoa jurídica. É a forma de restringir o uso inadequado desse benefício, evitando, dessa forma, o desvio de finalidade. Consequentemente, em havendo o desvio de finalidade deixam de existir motivos para a ocorrência da separação patrimonial. Para a atividade empresarial a pessoa jurídica é um instrumento de suma importância e a lei também a reconhece como tal, todavia não a torna algo inatingível e deve sempre ser utilizada para fins lícitos não devendo ser desviada para outros fins. Caso haja esse desvio não poderá prevalecer à separação patrimonial entre os sócios e a pessoa jurídica.²⁰

O instituto objeto de estudo encontra-se positivado no art. 50 do Código Civil e “a aplicação desse dispositivo legal conduz à desconstituição temporária da personalidade da sociedade, sem, contudo desfazer ou anular seu ato constitutivo, não havendo, portanto, dissolução nem liquidação da sociedade”.²¹ O artigo encontra-se positivado nos seguintes termos:

¹⁹ BLOK, Marcella. Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo, v.59, jan. 2013, p. 91. Disponível em: <[http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000148b82a55617c974584&docguid=l4a0df1508e0311e2bdde010000000000&hitguid=l4a0df1508e0311e2bdde010000000000&spos=4&epos=4&td=736&context=17&startChunk=1&endChunk=1#](http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000148b82a55617c974584&docguid=l4a0df1508e0311e2bdde010000000000&hitguid=l4a0df1508e0311e2bdde010000000000&spos=4&epos=4&td=736&context=17&startChunk=1&endChunk=1#>)>. Acesso em: 22 out. 2014, p. 3.

²⁰ TOMAZETTE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: A teoria, o código de defesa do consumidor e o novo código civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 794, dez. 2001, p. 76. Disponível em: <[http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000148b80a86117c9744a0&docguid=lef146180f25011dfab6f010000000000&hitguid=lef146180f25011dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=736&context=14&startChunk=1&endChunk=1#](http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000148b80a86117c9744a0&docguid=lef146180f25011dfab6f010000000000&hitguid=lef146180f25011dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=736&context=14&startChunk=1&endChunk=1#>)>. Acesso em: 27 set. 2014, p.02.

²¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Empresa**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 08, p. 592.

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Considerando o dispositivo acima citado, é necessário que ocorra o abuso por desvio de finalidade ou confusão patrimonial, todavia, também é necessário que a pessoa jurídica não possua bens ou rendimentos para pagar a obrigação contraída. Somente após essa verificação é que se utiliza a desconsideração da personalidade jurídica e se atingi os bens pessoais dos sócios ou administradores.²²

Cada pessoa jurídica possui uma função social e um objetivo social, que geralmente traduz-se na atividade por ela desempenhada. O desvio de finalidade caracteriza-se quando a empresa não desempenha sua finalidade, nem sua função social, o que acarreta, no final das contas, em danos a terceiros. É importante salientar que é necessário haver o nexa causalidade entre os fatos e os danos. A confusão patrimonial ocorre sempre que houver confusão entre os bens da empresa e os pessoais dos sócios e isso acarretar em danos a credores.²³

Em se tratando de abuso de direito, para Gustavo Filipe Barbosa Garcia, “os direitos devem ser exercidos nos limites da ordem jurídica, ou seja, observando os fins sociais e econômicos, e os preceitos de boa-fé e de bons costumes. Agindo além destes parâmetros, o titular faz uso abusivo do direito”, sendo assim ultrapassa suas funções e causa prejuízos à terceiro. Os artigos 187 e 188, I do CC estabelecem os limites e o que é considerado ato ilícito.²⁴

²² BERALDO, Leonardo de Faria. **Direito Societário na Atualidade: Aspectos Polêmicos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 169.

²³ BERALDO, Leonardo de Faria. **Direito Societário na Atualidade: Aspectos Polêmicos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 169.

²⁴ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 846, abr. 2006, p. 11. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6007a0000014b70a606d9be120264&docguid=l411e1ed0f25111dfab6f010000000000&hitguid=l411e1ed0f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 09 jan. 2015, p.05.

A desconsideração da personalidade jurídica também se encontra positivada no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 28. Este artigo acabou por afastar os pressupostos da desconsideração, uma vez que estabelece outros requisitos para a aplicação do instituto. O dispositivo referido somente pode ser aplicado nas relações de consumo, não há uma aplicação extensiva, a não ser que haja elementos suficientes para uma aplicação analógica.²⁵

O Código de Defesa do Consumidor é regido por muitos princípios e em especial pelo princípio da confiança que garante ao consumidor a qualidade dos produtos dispostos no mercado, bem como a reparação dos danos sofridos (art. 6,VI)²⁶. Esse princípio deve sempre prevalecer, mesmo que para isso seja necessário realizar a desconsideração da personalidade jurídica. O artigo 28 traz a seguinte disposição:²⁷

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. § 1º (Vetado). § 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa. § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

O abuso de direito, referenciado no caput do artigo, não é novidade na aplicação da desconsideração, já o excesso de poder, a infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social são requisitos específicos para aplicação em relação ao consumidor e deixam

²⁵ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral do Direito Societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 01, p. 257.

²⁶ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; [...]”.

²⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 624.

bem claro o alcance da norma. As duas últimas possibilidades tratam da responsabilidade do sócio ou administrador que gera danos a terceiros por causa de ato ilícito praticado por ele mesmo, o que leva a sua responsabilização pessoal, não sendo necessária a desconsideração da personalidade jurídica. Porém “nada impede que a lei explicita os contornos da desconsideração da personalidade jurídica, e de certa forma amplie as hipóteses que autorizam a medida”.²⁸

O excesso de poder caracteriza-se pelo ato ou negócio fora dos limites permitidos. Já a infração à lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social dizem respeito ao não cumprimento das obrigações ali estipuladas.²⁹ No mais, no final do caput do artigo objeto de estudo temos a falência, insolvência, encerramentos das atividades provocados por má administração. Ocorre que em tempos de crise é muito difícil para o empresário arcar com todos os tributos e diferentes medidas econômicas que lhe são estabelecidas. Dessa forma, a parte final do caput não ficou bem esclarecida pelo legislador e caberá ao Juiz ponderar a aplicação do instituo.³⁰

Os §§ 2º a 4º do art. 28 dispõem acerca da extensão da responsabilidade para outras sociedades. O § 5º já nos traz uma redação muito aberta, considerando que a aplicação da desconsideração é exceção à regra. “O legislador não foi muito feliz na formulação de tal dispositivo

²⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 846, abr. 2006, p. 11. Disponível em: <[http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014b70a606d9be120264&docguid=I411e1ed0f25111dfab6f010000000000&hitguid=I411e1ed0f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014b70a606d9be120264&docguid=I411e1ed0f25111dfab6f01000000000&hitguid=I411e1ed0f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 14 maio 2015, p.06.

²⁹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 846, abr. 2006, p. 11. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014b70a606d9be120264&docguid=I411e1ed0f25111dfab6f010000000000&hitguid=I411e1ed0f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 14 maio 2015, p.06.

³⁰ RODRIGUES, Simone Gomes. Desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 11, jul. 1994, p. 07. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000014d53c803a3492b7751&docguid=Ic84f3b40f25211dfab6f010000000000&hitguid=Ic84f3b40f25211dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 14 maio 2015, p. 09-10.

legal. De forma genérica e abrangente determina que a personalidade da pessoa jurídica pode ser desconsiderada tornando, assim, a disposição contida no caput inócua.”³¹

Em relação ao Código Tributário Nacional, o art. 116, parágrafo único, causa muita polêmica na doutrina e foi incluído com o objetivo de combater os “procedimentos de planejamento tributário praticados com abuso de forma ou de direito”.³² O parágrafo único do art. 116 possui a seguinte redação:

Art. 116. [...] Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

Nestes casos, para Flávia Almeida Pita, “a pessoa jurídica serve de meio para dissimular o verdadeiro destinatário do proveito econômico da atividade empresarial”. Ainda para a autora, o parágrafo único do artigo estudado aceita a desconsideração de negócios jurídicos ou atos realizados a fim de dissimular a “ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária”, sempre observando os procedimentos que serão estipulados em lei ordinária. Ela entende que o parágrafo único do art. 116 confere a possibilidade de

³¹ RODRIGUES, Simone Gomes. Desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 11, jul. 1994, p. 07. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000014d53c803a3492b7751&docguid=lc84f3b40f25211dfab6f010000000000&hitguid=lc84f3b40f25211dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=>>> Acesso em: 14 maio 2015, p. 09-10.

³² PITA, Flávia Almeida. A sociedade empresária como instrumento de simulação em detrimento do crédito tributário e o parágrafo único do art. 116 do CTN. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. v. 89, nov. 2009, p. 126. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000014d54f259a6d43c04e9&docguid=l7bffcaa0f25411dfab6f010000000000&hitguid=l7bffcaa0f25411dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>> Acesso em: 14 maio 2015, p. 06.

o Fisco, “já em momento anterior ao lançamento fiscal, ou mesmo posteriormente a ele [...] o acerto da responsabilidade tributária dos terceiros dissimulados por detrás da pessoa jurídica”³³

Nesse ínterim, o único dispositivo do CTN que autoriza a desconsideração da personalidade jurídica é o parágrafo único do art. 116 que ainda não pode ser aplicado, pois não há lei específica regulamentando o procedimento. Alguns autores entendem que não há possibilidade da aplicação do instituto da desconsideração no direito tributário. Todavia, no entendimento de Marlon Tomazette, a desconsideração pode ser aplicada no âmbito tributário da mesma forma que é aplicada no Código Civil, considerando que é extremamente necessário evitar o abuso da personalidade jurídica no direito tributário.³⁴

A desconsideração inversa da personalidade jurídica trata-se de afastar o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, ou seja, afastar a separação existente entre os direitos e obrigações individuais dos sócios, dos direitos e obrigações da sociedade, a fim de responsabilizar a sociedade empresaria pelas obrigações do sócio. É exatamente o oposto do que ocorre na desconsideração da personalidade jurídica.³⁵

Essa desconsideração é utilizada para evitar o desvio de bens, isto é, evitar que o sócio transfira seus bens para a sociedade a qual ele possui poder de comando. Dessa forma, os credores do sócio não conseguiriam executar esses bens e ele continuaria usufruindo e controlando estes através da pessoa jurídica.³⁶

O falso caso de desconsideração da personalidade jurídica clássico se dá quando os sócios ultrapassam o limite de seus poderes e violam a lei ou o contrato social. Quando isso ocorre não se está diante de um caso de desconsideração da personalidade jurídica, mas de um caso de

³³ PITA, Flávia Almeida. A sociedade empresária como instrumento de simulação em detrimento do crédito tributário e o parágrafo único do art. 116 do CTN. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. v. 89, nov. 2009, p. 126. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r&srguid=i0ad818150000014d54f259a6d43c04e9&docguid=l7bffcaa0f25411dfab6f01000000000&hitguid=l7bffcaa0f25411dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 14 maio 2015, p. 09.

³⁴ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 01, p. 270-271.

³⁵ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 01, p. 285-286.

³⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 02, p. 68.

responsabilidade pessoal e direta do sócio.³⁷ Exemplos disso são os artigos 117 e 158 da Lei 6.404/1976, o art. 135, III, do CTN e art. 82 da Lei 11.101/2005.³⁸

Ao tratar deste tema não se pode deixar de observar a teoria do negócio indireto desenvolvida por Tullio Ascareli. Ele conceitua o tema da seguinte forma:

As partes a um determinado negócio jurídico, mas o escopo prático visado não é, afinal, o normalmente realizado através do negócio adotado, mas um escopo diverso, muitas vezes análogo àquele de outro negócio ou sem forma típica própria no sistema jurídico. Há pois, um negócio indireto, quando as partes recorrem, no caso concreto, a um negócio determinado para alcançar, consciente e consensualmente, por seu intermédio, finalidades diversas das que, em princípio, lhe são típicas.³⁹

Dessa forma, o negócio indireto assemelha-se ao desvio de função, todavia o negócio indireto pode ser lícito ou ilícito e a ilicitude não se encontra no desvio de função e sim quando o negócio visa a fraudar a lei. O negócio fraudulento é uma subespécie do negócio indireto e apenas nesses casos é que irá se aplicar a desconsideração.⁴⁰ Importante ressaltar que a fraude precisa ter relação com o uso da pessoa jurídica, ou seja, precisa ter relação com a autonomia patrimonial para que a desconsideração seja aplicada.⁴¹

Nesse diapasão, a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica sempre deve ser realizada com cautela e observando os preceitos legais, a fim de que os direitos da pessoa jurídica e dos sócios sejam respeitados.

³⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 520.

³⁸ BLOK, Marcella. Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo, v.59, jan. 2013, p. 91. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000148b82a55617c974584&docguid=l4a0df1508e0311e2bdde010000000000&hitguid=l4a0df1508e0311e2bdde010000000000&spos=4&epos=4&td=736&context=17&startChunk=1&endChunk=1#>>. Acesso em: 22 out. 2014, p. 17.

³⁹ ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e direito comparado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 94.

⁴⁰ ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e direito comparado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 112.

⁴¹ BLOK, Marcella. Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo, v.59, jan. 2013, p. 91. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000148b82a55617c974584&docguid=l4a0df1508e0311e2bdde010000000000&hitguid=l4a0df1508e0311e2bdde010000000000&spos=4&epos=4&td=736&context=17&startChunk=1&endChunk=1#>>. Acesso em: 22 out. 2014, p. 10.

2 ASPECTOS PROCESSUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O NOVO CPC

Com a ideia atual de Estado Democrático de Direito⁴² é preciso analisar novos aspectos em relação ao processo. Nesse passo, o processo democrático deve sempre seguir a Constituição, bem como seus princípios, que asseguram a legitimidade e a efetividade da tutela jurisdicional permeada pela noção de um devido processo democrático⁴³. Seguindo esses princípios, percebe-se que é imprescindível a participação de todas as partes no processo, ou seja, juiz e partes devem participar, considerando “que um debate bem feito conduz a redução do tempo processual e a formação de decisões melhor construídas, com a decorrente diminuição da utilização de recursos”.⁴⁴

⁴² Trata-se do Estado Democrático de Direito de um “conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, na qual a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência”. Os princípios do Estado Democrático de Direito são: constitucionalidade, organização democrática da sociedade, um sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, justiça social para reduzir a desigualdade, igualdade, divisão de poderes, legalidade e segurança e certeza jurídica. (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 98).

⁴³ Devido processo legal, no sentido processual, possui um significado mais restrito. Significa “as repercussões e incidências, no direito processual, do princípio do devido processo legal”. O devido processo legal garante: “a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis ex post facto; f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra a autoincriminação”. Em relação ao processo civil “já se afirmou ser manifestação do due process of law: a) a igualdade das partes; b) garantia do jus actionis; c) respeito ao direito de defesa; d) contraditório”. (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 98-100).

⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no Direito Brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**. v. 168, fev. 2009, p. 107-141. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srcguid=i0ad81816000014fff93ec5aafac12f1&docguid=lb667d9a0f25711dfab6f010000000000&hitguid=lb667d9a0f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=39&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 24 set. 2015, p. 1-2.

Com efeito, essa nova análise do processo deu um grande destaque ao princípio do contraditório, “que garante uma simetria de posições subjetivas, além de assegurar aos participantes do processo a possibilidade de dialogar e de exercitar um conjunto de controles, de reações e de escolhas dentro desta estrutura”. Esse novo enfoque rechaçou a ideia de que o contraditório era apenas uma garantia formal, uma participação fictícia das partes no processo, uma vez que ele é capaz de influenciar decisões racionais e de evitar possíveis surpresas ao longo do processo.⁴⁵

O contraditório é essencial para a formação do convencimento dos órgãos jurisdicionais, considerando que as partes possuem conhecimento sobre os fatos e das provas, por isso o contraditório também é necessário no momento da instrução. No caso de alguma das partes silenciar em seu momento de contraditório, não poderá alegar que teve seu direito violado. Ademais, não pode ser utilizado para protelar o andamento do processo.⁴⁶

É de suma importância destacar que a ideia de processo civil no NCPC é baseada diretamente no modelo constitucional de processo. Assim os direitos fundamentais como o juiz natural, o contraditório e a ampla defesa, da produção de provas lícita, do duplo grau de jurisdição e a fundamentação das decisões “dentre outros, conformam a base estrutural da processualística e do devido processo legal”. Nesse passo, diferente do Código de Processo Civil em vigor, o Novo Código de Processo Civil traz uma mudança significativa em seus arts. 7, 9 e 10 ao garantir as partes a paridade de tratamento e assegurar o princípio do contraditório. Cabe ao Juiz garantir a isonomia entre as partes e o equilíbrio dos meios de defesa, conforme art. 139, I, do NCPC.⁴⁷

⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no Direito Brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**. v. 168, fev. 2009, p. 107-141. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014fff93ec5aafac12f1&docguid=lb667d9a0f25711dfab6f010000000000&hitguid=lb667d9a0f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=39&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 24 set. 2015, p. 1-2.

⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Revista de Processo**. v. 04, out. 2011, p. 1111-1121. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000014fff4f5934caf65b7e&docguid=l1c7fd360f25711dfab6f010000000000&hitguid=l1c7fd360f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 24 set. 2015, p. 1-2.

⁴⁷ JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. O Princípio do Contraditório no Projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. v. 227, jan. 2014, p. 335-359. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000150a9268eb3e1f70c20&docguid=l396d1060687811e382ba010000000000&hitguid=l396d1060687811e382ba010000000000&spos=2&epos=2&td=2&context=149&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 27 out. 2015, p. 09.

Sempre que houver decisão surpresa, essa deve ser declarada nula, pois ofende o princípio do contraditório. No mais, Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes, dissertam acerca dos direitos conferidos pelo contraditório:

Em relação às partes, o contraditório aglomera um feixe de direitos dele decorrentes, entre eles: (a) direito a uma cientificação regular durante todo o procedimento, ou seja, uma citação adequada do ato introdutivo da demanda e a intimação de cada evento processual posterior que lhe permita o exercício efetivo da defesa no curso do procedimento; (b) o direito à prova, possibilitando-lhe sua obtenção toda vez que esta for relevante; (c) em decorrência do anterior, o direito de assistir pessoalmente a assunção da prova e de se contrapor às alegações de fato ou às atividades probatórias da parte contrária ou, mesmo, oficiosas do julgador; (d) o direito de ser ouvido e julgado por um juiz imune à ciência privada (*private informazioni*), que decida a causa unicamente com base em provas e elementos adquiridos no debate contraditório; e (e) direito a uma decisão fundamentada, em que se aprecie e solucione racionalmente todas as questões e defesas adequadas e tempestivamente propostas pelas partes (fundamentação racional das decisões).⁴⁸

Em relação ao contraditório na desconsideração da personalidade jurídica, havia uma grande carência legislativa, pois não existia um procedimento processual estabelecido, todavia o magistrado jamais poderia aplicar a sanção sem antes propiciar o contraditório, pois se trata de um direito fundamental. No processo de conhecimento a doutrina majoritária entende que o sócio deve figurar como litisconsorte eventual⁴⁹ da

⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no Direito Brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**. v. 168, fev. 2009, p. 107-141. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81816000014fff93ec5aafac12f1&docguid=lb667d9a0f25711dfab6f010000000000&hitguid=lb667d9a0f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=39&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 24 set. 2015, p.07.

⁴⁹ “Por meio desse instituto permite-se que o autor formule pedido principal em face de um réu e, para o caso de não acolhimento desse pedido, formule outro pedido contra réu diverso daquele primeiro, de sorte que a segunda pretensão (subsidiária) só é apreciada na eventualidade de o pedido prioritário não ser acolhido. Está aí a razão de se denominar esse tipo de litisconsórcio de eventual ou subsidiário”. (SANTOS, Sila Silva. Litisconsórcio Eventual: decisão pioneira do STJ. **Revista de Processo**. v. 175, set. 2009, p. 279-285. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000150d32f2fb2bda7102f&docguid=ld0102600f25711dfab6f010000000000&hitguid=ld0102600f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=15&startChunk=1&endChunk=1&fallback-referer=http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/delivery/document>>. Acesso em 04 out. 2015, p. 01).

pessoa jurídica devedora e deverá ser citado já na fase de conhecimento. O art. 326 do NCPC, autoriza pedidos sucessivos, ou seja, não sendo o primeiro pedido acolhido, seja o segundo, dessa forma, o autor poderá cumular duas demandas dirigidas a sujeitos distintos. É totalmente possível que o litisconsorte eventual venha a responder com o seu patrimônio pela dívida, porém é necessário que a pessoa jurídica não tenha como adimplir a obrigação e a desconsideração da personalidade jurídica seja postulada.⁵⁰

No procedimento atual da desconsideração da personalidade jurídica, ela pode ser postulada por uma petição simples, dentro do processo em curso, demonstrando o preenchimento dos requisitos para a aplicação do instituto. Caso seja deferida a desconsideração, o sócio é intimado acerca dos atos expropriatórios e assim terá a chance de apresentar defesa. O CPC que ainda está em vigência não adota nenhum procedimento padrão para a desconsideração, o que por muitas vezes acaba por ferir o princípio do contraditório.⁵¹

Com efeito, conclui-se que o princípio do contraditório deverá sempre ser respeitado e o juiz, de ofício, não pode desconsiderar a personalidade jurídica uma vez que viola o respeito à dignidade da pessoa humana.⁵² Tudo isso se impõe pelo fato de que, quanto maior a participação das partes, maiores serão as possibilidades de se chegar a uma solução mais adequada ao caso concreto⁵³.

⁵⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. Disponível em <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/aspectos-processuais-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica.pdf>>. Acesso em 16/11/2015, p. 11-12.

⁵¹ SCALABRIN, Felipe; COSTA, Miguel do Nascimento; CUNHA, Guilherme Antunes. **Lições de Processo Civil: Execução**: conforme o novo CPC de 2015. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 70.

⁵² ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução dos bens dos sócios**: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 232.

⁵³ CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. In: *Rivista di diritto processuale*. v. 60. Padova, CEDAM, apr.-giugno 2005, p. 458. GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via". *Rivista di diritto processuale*. Anno LXV (Seconda Serie) N. 4. Luglio-Agosto 2010. Padova: CEDAM, 2010, p. 827. Entendendo que o contraditório não serve de baliza para a justiça da decisão e que é intrinsecamente justa a decisão contra a qual não há objeção GENTILI, Aurelio. Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Giugno 2009. Anno LXIII. n. 2. Milano: Giuffrè Editore, 2009, p. 759.

Como no atual Código de Processo Civil não há um procedimento regulamentado, os Juízes acabam por aplicar o instituto como melhor lhes convém, trazendo, em alguns casos, muita injustiça e prejuízo, como por exemplo, penhora online direta, sem citação e em desrespeito aos direitos fundamentais. Por isso, o Livro III, do Título III, Capítulo IV, do Novo Código de Processo Civil, em seus arts. 133 a 137 trazem a regulamentação do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, que é fundamental para a efetividade da tutela jurisdicional.⁵⁴

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

⁵⁴ RASCOVSKI, Luiz. Apontamentos sobre o Novo código de Processo Civil. *Revista dos Tribunais*. v. 958, ago. 2015, p. 363-386. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000150162ac50caaeb33e0&docguid=l8b9ed38034f211e5aa6c010000000000&hitguid=l8b9ed38034f211e5aa6c010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 28 set. 2015, p. 3.

O incidente poderá ser requerido pela parte ou pelo Ministério Público e será cabível em todas as fases do processo de execução de título extrajudicial, do cumprimento de sentença e do processo de conhecimento. No caso de a desconsideração da personalidade jurídica ser postulada na inicial, não será necessário o incidente. Instaurando o incidente, o processo principal será suspenso até o julgamento deste, exceto se a desconsideração for postulada na inicial. Após, o sócio ou a pessoa jurídica será citada, a fim de que o princípio do contraditório seja respeitado. Por fim, o incidente será decidido através de uma decisão interlocutória, e quando instaurado no Tribunal e julgado monocraticamente caberá agravo interno.⁵⁵

O incidente irá tramitar em autos apartados da ação principal, o que o torna muito mais ágil, porém não prejudica as partes e nem diminui a sua qualidade. Igualmente, poderá ser instaurado na 2ª instância, considerando o parágrafo único do art. 136, do NCPC. O Juiz deve sempre assegurar o direito da duração razoável do processo, positivado no art. 5, LXXVIII, da CF/1988.⁵⁶

Outro ponto importante a ser ressaltado é a conjunção “ou” do art. 135, do NCPC, que está presente no texto legal para os casos em que o sócio seja responsabilizado pelas obrigações originárias que eram da pessoa jurídica, bem como para os casos da desconsideração da personalidade jurídica inversa, ou seja, o NCPC admite tanto a desconsideração normal quanto à desconsideração inversa. Nesse passo, o art. 1.062, do NCPC também autoriza o incidente da desconsideração da personalidade jurídica nos juizados especiais, todavia nos casos em que haja necessidade de prova pericial ou instrução que prolongue a duração do processo, não poderá tramitar no juizado especial. No mais, outro

⁵⁵ RASCOVSKI, Luiz. Apontamentos sobre o Novo código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais**. v. 958, ago. 2015, p. 363-386. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6007a00000150162ac50caaeb33e0&docguid=l8b9ed38034f211e5aa6c010000000000&hitguid=l8b9ed38034f211e5aa6c010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 28 set. 2015, p. 3.

⁵⁶ REICHEL, Luis Alberto. A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Projeto de Novo Código de Processo Civil e a efetividade da tutela jurisdicional do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 98, abr. 2015, p. 245-259. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6007a0000014ffb8cf036c91b88cf&docguid=lee252560f55311e48fa1010000000000&hitguid=lee252560f55311e48fa1010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 23 set. 2015, p. 02-03.

entendimento é de que não há “interesse recursal daquele que tenha sua personalidade jurídica desconsiderada nos casos em que deferida a ordem de redirecionamento do feito contra o sócio ou de desconsideração inversa”.⁵⁷

No tocante a fraude à execução, o art. 792, § 3.º, do NCPD traz em sua redação uma regra muito importante, qual seja: “nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar”. O legislador foi muito sábio ao considerar a fraude à execução a partir da citação da pessoa jurídica.⁵⁸ Ademais, o mesmo raciocínio deve ser utilizado para a desconsideração da personalidade jurídica inversa, ou seja, será considerado fraude à execução⁵⁹ a partir da citação do sócio.⁶⁰

No que diz respeito ao contraditório, tanto o incidente, como o pedido na inicial, respeitam esse direito fundamental. O incidente permite a fase instrutória após a defesa do réu, bem como respeita a cooperação entre as partes e proíbe a surpresa nas decisões judiciais, conforme os arts. 6, 9, e 10 do NCPD. Em se tratando do incidente no processo de execução, este permite uma matéria de defesa exclusiva em favor do sócio ou da pessoa jurídica, e esta não se confunde com os embargos à execução e a impugnação ao cumprimento de sentença. Após os debates acerca da

⁵⁷ REICHELT, Luis Alberto. A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Projeto de Novo Código de Processo Civil e a efetividade da tutela jurisdicional do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 98, abr. 2015, p. 245-259. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6007a0000014ffb8cf036c91b88cf&docguid=lee252560f55311e48fa1010000000000&hitguid=lee252560f55311e48fa101000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 23 set. 2015, p. 02-03.

⁵⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. O Novo CPC e a tutela jurisdicional executiva (parte 1). **Revista de Processo**. v. 244, jun. 2015, p. 87-150. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6007a0000015018f3f44faeabb6ed&docguid=lb7af8000222311e5bdc5010000000000&hitguid=lb7af8000222311e5bdc5010000000000&spos=19&epos=19&td=617&context=52&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 29 set. 2015, p. 13.

⁵⁹ Fraude à execução trata-se de alienar bens na pendência de uma relação processual, gerando a insolvência. Com isso o exercício da jurisdição é frustrado e “impossível a imposição do poder sobre o patrimônio do devedor”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 200). Para Araken o negócio jurídico fraudulento é ineficaz em relação ao credor e válido entre as partes do negócio jurídico. O Juiz, incidentalmente, decretará a fraude nos próprios autos, após a decretação poderá ocorrer a penhora. (ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 304-305).

⁶⁰ REICHELT, Luis Alberto. A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Projeto de Novo Código de Processo Civil e a efetividade da tutela jurisdicional do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 98, abr. 2015, p. 245-259. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6007a0000014ffb8cf036c91b88cf&docguid=lee252560f55311e48fa1010000000000&hitguid=lee252560f55311e48fa1010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 23 set. 2015, p.05-06.

desconsideração ocorre o efeito da preclusão e o Juiz não pode mais reconsiderar a decisão. Nos casos em que o sócio tiver seus bens atingidos pela desconsideração sem fazer parte do incidente, deverá propor embargos de terceiros como meio de defesa, conforme o art. 674, § 2º, III, do NCCPC.⁶¹

Em relação a decisão que desconsidera a personalidade jurídica, essa tem como consequência a quebra da autonomia patrimonial para que os bens dos sócios ou administradores passem a ser atingidos pelas responsabilidades sociais da sociedade. Isso não significa que a pessoa jurídica será invalidada, conforme já estudado o que é invalidado é o ato que gerou a desconsideração, o restante continua válido. Ademais, essa decisão alcança os sócios que tenham participado ou se beneficiado do ato ilícito das sociedades limitadas, ou seja, os cotistas da sociedade limitada, os sócios comanditários da sociedade em comandita simples, os acionistas da sociedade em comandita por ações, os acionistas da sociedade anônima do tipo fechada e o sócio de indústria da sociedade de capital indústria, essa última sociedade foi extinta no Código Civil de 2002.⁶²

A fundamentação motivada deve sempre estar presente na decisão que aplicar o instituto objeto de estudo, tendo em vista que a regra geral é a autonomia patrimonial e a divisão entre o patrimônio dos sócios e da sociedade. A desconsideração da personalidade jurídica é uma medida extrema e uma decisão que aplica uma medida dessa proporção deve sempre apresentar razões justificáveis, motivadas e respeitar o contraditório e a ampla defesa. Entende-se por ampla defesa o dever de proporcionar as partes a mais vasta possibilidade de defesa. Com efeito, o Juiz, pelo Código Civil, não poderá desconsiderar a personalidade jurídica de ofício, bem como o instituto só deve ser aplicado quando sociedade não possuir mais fundos para adimplir a obrigação.⁶³

61 REICHELTL, Luis Alberto. A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Projeto de Novo Código de Processo Civil e a efetividade da tutela jurisdicional do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 98, abr. 2015, p. 245-259. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014ffb8cf036c91b88cf&docguid=lee252560f55311e48fa1010000000000&hitguid=lee252560f55311e48fa101000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 23 set. 2015, p.04-05.

62 KOCH, Deonísio. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Florianópolis: Momento atual, 2005, p. 75-76.

63 KOCH, Deonísio. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Florianópolis: Momento atual, 2005, p. 75-76.

A decisão que desconsidera ou não a personalidade jurídica é interlocutória e o recurso cabível para impugnar este ato é o agravo de instrumento, conforme preceitua o art. 1015, IV, do NCPC. Porém, nos casos em que a desconsideração é requerida na petição inicial e decidida através de uma sentença, o recurso cabível será a apelação. No mais, a decisão que julga o instituto “por fazer juízo sobre a existência ou a inexistência ou o modo de ser da relação de direito material objeto da demanda, é considerada de decisão de mérito, sujeita a ação rescisória”, ainda que tenha natureza de decisão interlocutória, uma vez que o Novo Código considera objeto de ação rescisória a decisão de mérito transitada em julgado (art. 966, NCPC), e não mais a sentença de mérito, como ocorre no CPC em vigor.⁶⁴

Nesse contexto, o Novo Código de Processo Civil trouxe muitas melhorias para o instituto da desconsideração da personalidade jurídica e o principal deles é a ênfase conferida ao princípio do contraditório, evitando abusos e insegurança jurídica em relação aos sócios e à pessoa jurídica. Importante destacar que em casos mais extremos o magistrado poderá fazer a constrição dos bens dos sócios se comprovada a dilapidação do patrimônio, porém não é possível realizar os atos de liquidação sem o contraditório.⁶⁵ Por fim, alguns outros artigos do Novo Código de Processo Civil também merecem destaque, como os arts. 790, VII, 795, § 4º e o 932, VI, que também fazem referência a desconsideração da personalidade jurídica e trazem melhorias para o instituto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo objetivou-se o estudo do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do Direito Brasileiro, bem como sua aplicação no Novo Código de Processo Civil. Frisa-se que este artigo atingiu seus objetivos, os quais podem ser resumidos na relevância do instituto para o ordenamento jurídico e para proteção da pessoa jurídica, dos credores e até mesmo dos sócios ou administradores.

⁶⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 228.

⁶⁵ RASCOVSKI, Luiz. Apontamentos sobre o Novo código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais**. v. 958, ago. 2015, p. 363-386. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000150162ac50caeb33e0&docguid=I8b9ed38034f211e5aa6c010000000000&hitguid=I8b9ed38034f211e5aa6c010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 28 set. 2015, p. 3.

Viu-se que a personalidade jurídica trata-se de uma capacidade para ser detentor de direitos e obrigações, que surge quando a sociedade opta por registrar seus atos constitutivos. Em relação aos efeitos da pessoa jurídica, verificou-se que esta trouxe mais segurança para os sócios e administradores, uma vez que separa o patrimônio dos sócios da sociedade, ratificando o princípio da autonomia patrimonial e dando margem a fraudes e abusos de direito.

Com isso, procurou-se estudar a desconsideração da personalidade jurídica e seu conceito em diversas áreas do direito. A desconsideração da personalidade jurídica trata-se de manter o fundamento e a finalidade da personalidade jurídica, considerando que essa passou a ser desvirtuada. Com a aplicação do instituto, deixa-se de aplicar o princípio da autonomia patrimonial e os sócios ou administradores passam a responder com o seu patrimônio pelas obrigações da sociedade. Importante ressaltar que a personalidade jurídica não é anulada, mas o ato ilícito é declarado ineficaz.

Observou-se também o procedimento da desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC, o princípio do contraditório e a decisão que desconsidera a personalidade jurídica. Enfim, a presente pesquisa não esgota o tema, porém demonstra o quanto é relevante e fundamental para o nosso ordenamento jurídico e para garantir os direitos fundamentais da pessoa jurídica, dos sócios e dos credores. Tão grande é a sua importância que o novo CPC trata de regular o tema com muita clareza e eficiência, tendo em vista que o atual CPC não regula o instituto.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução dos bens dos sócios**: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência). São Paulo: Saraiva, 2010.

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e direito comparado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Direito Societário na Atualidade: Aspectos Polêmicos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 624.

BLOK, Marcella. Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo, v.59, jan. 2013, p. 91. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6007a00000148b82a55617c974584&docguid=I4a0df1508e0311e2bdde010000000000&hitguid=I4a0df1508e0311e2bdde0100000000000&spos=4&epos=4&td=736&context=17&startChunk=1&endChunk=1#>>. Acesso em: 22 out. 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. In: **Rivista di diritto processuale**. v. 60. Padova, CEDAM, apr.-giugno 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 02.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. Disponível em <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/aspectos-processuais-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica.pdf>>. Acesso em 16/11/2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Empresa**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 08.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 846, abr. 2006, p. 11. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014b70a606d9be120264&docguid=I411e1ed0f25111dfab6f010000000000&hitguid=I411e1ed0f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 09 jan. 2015.

GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità dela sentenza dela “terza via”. **Rivista di diritto processuale**. Anno LXV (Seconda Serie) N. 4. Luglio-Agosto 2010. Padova: CEDAM, 2010.

GENTILI, Aurelio. Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Giugno 2009. Anno LXIII. n. 2. Milano: Giuffrè Editore, 2009.

JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. O Princípio do Contraditório no Projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. v. 227, jan. 2014, p. 335-359. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000150a9268eb3e1f70c20&docguid=I396d1060687811e382ba010000000000&hitguid=I396d1060687811e382ba010000000000&spos=2&epos=2&td=2&context=149&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 27 out. 2015.

KOCH, Deonísio. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Florianópolis: Momento atual, 2005.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. TOMO I. Campinas: Bookseller, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Revista de Processo**. v. 04, out. 2011, p. 1111-1121. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000014fff4f5934caf65b7e&-docguid=11c7fd360f25711dfab6f010000000000&hitguid=11c7fd360f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 24 set. 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Jose Lamartine Corrêa De. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

PITA, Flávia Almeida. A sociedade empresária como instrumento de simulação em detrimento do crédito tributário e o parágrafo único do art. 116 do CTN. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. v. 89, nov. 2009, p. 126. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000014d54f259a6d43c04e9&docguid=17bffcaa0f25411dfab6f010000000000&hitguid=17bffcaa0f25411dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 14 maio 2015.

RASCOVSKI, Luiz. Apontamentos sobre o Novo código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais**. v. 958, ago. 2015, p. 363-386. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000150162ac50caaeb33e0&docguid=18b9ed38034f211e5aa6c010000000000&hitguid=18b9ed38034f211e5aa6c010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 28 set. 2015.

REICHEL, Luis Alberto. A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Projeto de Novo Código de Processo Civil e a efetividade da tutela jurisdicional do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 98, abr. 2015, p. 245-259. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014ffb8cf036c91b88cf&docguid=lee252560f55311e48fa1010000000000&hitguid=lee252560f55311e48fa1010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 23 set. 2015.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O Novo CPC e a tutela jurisdicional executiva (parte 1). **Revista de Processo**. v. 244, jun. 2015, p. 87-150. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000015018f3f44faaebb6ed&docguid=1b7af8000222311e5bdc5010000000000&hitguid=1b7af8000222311e5bdc5010000000000&spos=19&epos=19&td=617&context=52&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 29 set. 2015.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Direito Empresarial**. Curitiba: IESDE Brasil, 2009.

RODRIGUES, Simone Gomes. Desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 11, jul. 1994, p. 07. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000014d53c803a3492b7751&docguid=lc84f3b40f25211dfab6f010000000000&hitguid=lc84f3b40f25211dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=>>> Acesso em: 14 maio 2015.

ROVAI, Armando Luiz. **Direito de Empresa**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SCALABRIN, Felipe; COSTA, Miguel do Nascimento; CUNHA, Guilherme Antunes. **Lições de Processo Civil: Execução**: conforme o novo CPC de 2015. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 70.

SANTOS, Sila Silva. Litisconsórcio Eventual: decisão pioneira do STJ. **Revista de Processo**. v. 175, set. 2009, p. 279-285. Disponível em: < <http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000150d32f2fb2bda7102f&docguid=ld0102600f25711dfab6f010000000000&hitguid=ld0102600f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=15&startChunk=1&endChunk=1&fallback-referer=http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/delivery/document>>>. Acesso em 04 out. 2015.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SZTAJN, Rachel. Terá a personificação das sociedades função econômica?. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, n.100, 2005.

TAVARES, Marcelo Moraes. **A desconsideração da Personalidade Jurídica no Processo de Execução de Sentença**. 2008. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no Direito Brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**. v. 168, fev. 2009, p. 107-141. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81816000014fff93ec5aafac12f1&docguid=lb667d9a0f25711dfab6f010000000000&hitguid=lb667d9a0f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=39&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 24 set. 2015.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresaria: Teoria Geral e Direito Societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 01.

_____. A desconsideração da personalidade jurídica: A teoria, o código de defesa do consumidor e o novo código civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 794, dez. 2001, p. 76. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000148b80a86117c9744a0&docguid=lef146180f25011dfab6f010000000000&hitguid=lef146180f25011dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=736&context=14&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 27 set. 2014.

WALD, Arnaldo. **Comentários ao novo Código Civil**. Livro II, Do direito de empresa. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. XIV.

o direito à vida e os limites da liberdade científica frente às pesquisas com células-tronco embrionárias na perspectiva do direito brasileiro

Ana Talita Lima de Oliveira

Bacharel em Direito pela Universidade Feevale, Brasil.
E-mail: anatalilima@gmail.com.

Henrique Alexander Grazi Keske

Doutor em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Docente no Curso de Direito da Universidade Feevale.
E-mail: henriquek@feevale.br.

INTRODUÇÃO

O avanço científico na área da genética e biologia engrandece a esperança para a cura de doenças, como também, ao mesmo tempo, gera sérias indagações sobre os limites científicos da manipulação genética. Com o advento da Lei de Biossegurança nº 11.105/2005, especificamente o artigo 5º, o enlace teve tamanha repercussão, pois autorizou o uso de células-tronco embrionárias, inviáveis ou crioarmazenadas há três ou mais, para fins de pesquisa e terapia.

O progresso acelerado coloca em contraposições princípios jurídicos, como o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, em razão do uso de células-tronco embrionárias, extraídas de embriões humanos, que prometem ser a garantia de uma vida digna, rejeitada de qualquer patologia, porém, ao mesmo tempo, demonstra-se um verdadeiro questionamento jurídico e ético, por resultar na eliminação do embrião.

Essas conquistas científicas são contestadas por muitos, em virtude de qual o momento em que o embrião humano possa vir a ser considerado uma pessoa humana. As posições são arbitrarias conforme aspectos éticos, religiosos e biológicos. Os defensores argumentam que a técnica não fere os direitos fundamentais; já os opositores demonstram preocupação, alegando ser prejudicial à saúde e concomitantemente apresentando outros meios, como o emprego de células-tronco adultas.

Ante o imperioso desenvolvimento da terapia celular, o presente trabalho concentra-se em visualizar o tema, sob o prisma jurídico-legal, contextualizando, na Constituição Federativa do Brasil, a legitimidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança nº 11.105/2005, esclarecendo a importância das pesquisas de células-tronco embrionárias, buscando avaliar a sua proteção jurídica constitucional e a liberdade científica perante o bem tutelado, bem como os benefícios dos avanços científicos, assim desenvolvendo o avanço do debate, seja de cunho jurídico e/ou social, em vários de seus aspectos.

Na realização deste trabalho o método de abordagem utilizado foi o hipotético dedutivo e dialético. Neste prisma, entre os temas propostos nessas áreas, está o direito à vida e os limites da liberdade científica frente às pesquisas com células-tronco embrionárias na perspectiva do direito

brasileiro, como sendo um assunto polêmico e muito difundido entre doutrinadores e operadores do direito, bem como de significativas parcelas da sociedade civil organizada.

Ademais, buscando esclarecimentos e posições jurídicas, o presente trabalho apresenta-se como instrumento de busca de conhecimentos sobre acepções dogmáticas e científicas, bem como compatibilizando a proteção constitucional e o desenvolvimento científico no meio jurídico e social. Vislumbra-se necessário e importante a pesquisa, a fim de impulsionar a amplitude do conhecimento terapêutico e tratamento de inúmeras doenças, fundamentadas nas disposições bioéticas e do biodireito, bem como das normas positivadas no direito pátrio e aplicadas a partir da jurisprudência específica.

1 ASPECTOS ÉTICOS, CIENTÍFICOS E JURÍDICOS À MANIPULAÇÃO GENÉTICA

A bioética é um ramo da reflexão sobre o desenvolvimento científico, que foi empregado, pela primeira vez, pelo oncologista e biólogo norte-americano Van Rensselaer Potter, em sua obra *Bioethics: a bridge to the future*, para referir-se como “a ciência da sobrevivência”, ou seja, uma nova disciplina que garantiria a melhoria na qualidade de vida do ser humano.¹

Tem como ponto central um estudo deontológico, com o intuito de nortear matrizes morais para a prática humana acerca de indagações levantadas pela biomedicina, que circulam entre o direito à vida e à morte, liberdade da genitora, do embrião, liberdade do próprio corpo, proteção ao ser humano.²

Por sua vez, Sá e Torquato referem que “O Biodireito, por sua vez, apesar de se constituir como disciplina típica da dogmática jurídica, teve seu nascedouro na preocupação ética dos operadores das Ciências Biológicas”,³.

¹ POTTER, Van Rensselaer. *Bioethics: bridge to the future*. In: CLOTET, Joaquim. **Bioética: uma aproximação**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006. p. 21.

² DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**, 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 37.

³ SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**, 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 07.

Com a inserção da bioética, adentrou-se, então, o surgimento dos princípios e regras jurídicas, os quais transformaram-se no Biodireito, visto que necessitavam ser incorporados no sistema educativo de saúde com seu caráter de coercibilidade.⁴

A Bioética está engajada no exercício dos direitos e deveres dos cidadãos, ao passo que afirma o respeito ao ser humano independentemente de etnia, idade, situação econômica e saúde.⁵ Assim, “o debate ético está aberto e as religiões contribuem bastante para o seu aprofundamento”.⁶

É inevitável ao pesquisador a defrontação com questões éticas, desde o início do projeto, momento em que se planeja a seleção da amostra, até a autenticidade da publicação da pesquisa.⁷ Clotet, argumenta que os limites éticos estão interligados com os direitos humanos e tem a precisão de orientar o uso adequado da ciência. Por sua vez, os direitos humanos fundamentam-se na dignidade humana, que é também unidade cerce do direito e da ética.⁸

Percebe-se que o tema é de suma seriedade, pois há manejo de material genético que ou é humano ou poderá vir a ser. É incontestável que se exija responsabilidade ao tratamento.⁹

O argumento principal em favor da utilização de embriões em pesquisas é a promessa do bem-estar humano e redução do sofrimento acometido por alguma moléstia grave, notadamente ainda incurável. Por outro lado, o principal argumento daqueles que são contra o uso dessas terapias é que, por maior que seja o benefício à humanidade, os embriões possuem o estatuto moral de pessoas e não podem ser aniquilados.¹⁰

⁴ SÉGUIN, Élida. **Biodireito**. 4.ed. Rev. e Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 45.

⁵ CLOTET, Joaquim. **Bioética: uma aproximação**. 2.ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 217.

⁶ NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 338.

⁷ SILVA, José Vitor da (org.). **Bioética: meio ambiente, saúde e pesquisa** 1.ed. São Paulo: Iátria, 2009, p. 162.

⁸ CLOTET, Joaquim. **Bioética: uma aproximação**. 2.ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 223.

⁹ GRACIA, Diego; tradução de Carlos Alberto Bárbaro. **Pensar a bioética, metas e desafios**. 1.ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, Loyola, 2010, p. 422.

¹⁰ HOLLAND, Suzanne; LEBACQZ, Karen, ZOLOTH (Orgs.). **As células-tronco embrionárias humanas em debate**. Loyola, São Paulo, 2006, p. 42.

Nalini aduz que o argumento dos defensores do uso de embriões em pesquisas é insuficiente para desviar o antagonismo jurídico e ético; e ainda salienta que: “Óvulo fecundado - embrião – é gente [...] a vida do enfermo não é mais qualificada do que a vida do embrião. Vida é vida, sem qualificativo”.¹¹

Os limites, decorrentes dos direitos e valores humanos, ou seja, liberdade, autonomia e dignidade, conduzem o desenvolvimento da ciência de modo que orientam, traçam e instigam o seu bom desempenho.¹²

Em um caso tão sério, como a vida, há de se atentar ao princípio *in dubio pro reo*, que em caso de dúvida, se escolha por proteger a parte mais frágil, ou seja, o embrião. É claro que neste assunto, a parte mais fraca é o embrião, sendo que a vida seria o valor mais ameaçado em questão.¹³

Gallian, por sua vez, entende que impedir os avanços científicos, mesmo sem apresentar fatores favoráveis ao desenvolvimento, significa ferir a dignidade científica e posicionar-se contra os seres humanos, ao passo que impede o progresso. A ciência pode exercer sua liberdade, entretanto, deverá promover o respeito à vida.¹⁴

Segre, em sua explanação, argumenta que não serão os avanços que levarão ao “inferno ético”, supostamente baseado no desenvolvimento científico e extermínio dos valores da sociedade. Entretanto, as aplicações das técnicas não devem ser temidas e, sim, monitoradas.¹⁵ A cada avançar das pesquisas, há um novo impedimento. Literalmente religião e ciência caminham em sentidos opostos. A corrente religiosa defende a

¹¹ NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 337.

¹² CLOTET, Joaquim. **Bioética: uma aproximação**. 2.ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 226.

¹³ GRACIA, Diego; tradução de Carlos Alberto Bárbaro. **Pensar a bioética, metas e desafios**. 1. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, Loyola, 2010, p.423.

¹⁴ GALLIAN, Dante Marcello Claramonte. Por detrás do último ato da ciência-espetáculo: as células-tronco embrionárias. **Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo**: 2005, v.19, n.55, p.257. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142005000300018>>. Acesso em 04 mai. 2015.

¹⁵ SEGRE, Marco. A propósito de células-tronco embrionárias. **Instituto de Estudos da Universidade de São Paulo**: 2004, v.18, n.51, p. 260. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200017>>. Acesso em 04 jun. 2015.

ideia de que, ao utilizar um embrião humano, está se descartando uma vida, enquanto, em contraposição, a ciência entende que não se perde uma vida, em razão das células utilizadas serem de embriões fertilizados in vitro e não implantados no útero.¹⁶.

Os argumentos que exigem a interrupção das terapias celulares devem advir de um compromisso mobilizador que esteja altamente ligado à dignidade da pessoa humana; e o questionamento que o instrui é se a dignidade se aplica ao blastocisto que é mutilado para obtenção das células embrionárias (Cte). Essa indagação é norteadada por proponentes e oponentes da pesquisa. Os defensores baseiam-se na opinião de que os embriões devem ser tratados como ser munido de dignidade. Os opositores argumentam que há diferenciações entre células-tronco embrionárias e o blastocisto.¹⁷

Os juristas, médicos, cientistas devem colaborar para a busca pela justiça, liberdade e vida, para formar uma consciência edificada na ética. Se faz, necessário, portanto, a reflexão sobre a responsabilidade científica e “que a racionalidade ética caminhe a passos largos, disputando palmo a palmo, um espaço junto ao progresso científico e tecnológico”¹⁸: “Direito e Ética enfrentam os desafios dos avanços tecnológicos e das ciências biológicas, que deram ao homem o poder de interferir em processos antes privativos da natureza”.¹⁹

O assunto é árduo e precisa de uma meditação precisa e contínua até que se atinja um consenso a respeito das práticas, suas implicações, bem como em relação aos humanos gerados a partir destas. Logo, “nem tudo o que a ciência consegue, precisa ser realizado. Se o direito não pode impor condições ou limites para a ciência, a ética pode e deve fazê-lo”.²⁰

¹⁶ ALBERT EINSTEIN SOCIEDADE BENEFICIENTE ISRAELITA BRASILEIRA. **Células-tronco: a nova esperança de cura**. Disponível em: <<http://www.einstein.br/einstein-saude/tecnologia-e-inovacao/Paginas/celulas-tronco-a-nova-esperanca-de-cura.aspx>>. Acesso em 08 jun. 2015.

¹⁷ HOLLAND, Suzanne, LEBACQZ, Karen, ZOLOTH (orgs.). **As células-tronco embrionárias humanas em debate**. Edições Loyola, São Paulo, 2006, p.135.

¹⁸ PENIDO, Henrique. Células-tronco: Limitações éticas e jurídicas à pesquisa e manipulação. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 26, fev. 2006. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=972>. Acesso em jun. 2015.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição**. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 7, mar. – abr., 2007, p. 19. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/viewFile/174/184>>. Acesso em 08 de jun. 2015.

²⁰ NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 11.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 338-341.

2 OS AVANÇOS CIENTÍFICOS DAS PESQUISAS COM CÉLULAS TRONCO-EMBRIONÁRIAS

A inovação das pesquisas genéticas traz consigo a reflexão sobre a manipulação da vida, ao passo que intervém na vida natural, que não pode ser transformada numa mera patente científica, embora criando estruturas capazes de desenvolver terapias celulares regenerativas humanas. As novas correntes científicas emergentes trazem importantes ponderações frente às doenças, ditas como incuráveis, revelando como sendo importantes ferramentas biotecnológicas inovadoras.²¹

Há uma distinção das CTs em células-tronco adultas (CTas), as quais possuem a responsabilidade da manutenção dos tecidos do organismo; e as células-tronco embrionárias (CTe) que estão presentes no embrião humano. Assim, apresentam diferentes particularidades biológicas, tanto na extração, como na manutenção e no uso das terapias celulares, segundo as implicações éticas.²²

As células-tronco embrionárias são células chamadas de pluripotentes e possuem “a capacidade de se transformar em qualquer tipo de célula adulta. São encontradas no interior do embrião após a fecundação, entre 4 a 5 dias”.²³

²¹ ARAUJO, Ana Laura Vallarelli Gutierrez. Biodireito: O Direito da Vida. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 51, n. 111, agosto 2005. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document&src=rl&srguid=i0ad8181600000149b6471941c6ea2bfe&docguid=l6d2d7ff0f25311dfab6f010000000000&hitguid=l6d2d7ff0f25311dfab6f010000000000&spos=7&epos=7&td=115&context=11&startChunk=1&endChunk=#>> Acesso em 24 abr. 2015.

²² FEIJÓ, Anamaria Gonçalves dos Santos Feijó, BRAGA, Luísa Maria Gomes de Macedo, PITREZ, Paulo Márcio Condessa. *Animais na pesquisa e no ensino: aspectos éticos e técnicos/org*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 369. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=wTHTkgUmqqAC&printsec=frontcover&dq=animais++pesquisa&hl=pt-BR&sa=X&ei=GURbVbRqjPWDBNC8gMgK&ved=0CC8Q6AEwAA#v=onepage&q=animais%20%20pesquisa&f=false>> Acesso em 24 abr. 2015.

²³ REDE NACIONAL DE TERAPIA CELULAR. *O que são as células-tronco embrionárias?* Disponível em: <<http://www.mtc.org.br/ceacutelulas-tronco.html>>. Acesso em: 10 nov. 2014 .

A pesquisadora Pereira afirma:

Nessa fase, o embrião tem cerca de 100 células, que darão origem a todos os órgãos e tecidos do recém-nascido. Tais células, portanto, são capazes de gerar qualquer tipo de célula do nosso corpo, mas ainda não se comprometeram a se transformar em nenhuma – são as chamadas células pluripotentes.²⁴

As células-tronco embrionárias são as ditas células promissoras para o tratamento de doenças, como doenças hematológicas, cardiovasculares, neuropatias, entre outras: “Essas células possuem a capacidade de se moldarem em outros tecidos do corpo, como o muscular e o nervoso, por serem estaminais, isto é, indiferenciadas”.²⁵ Nesse sentido, Maluf sustenta que: “o principal objetivo das pesquisas com células-tronco é usá-las para recuperar tecidos danificados por doenças ou traumas”.²⁶

Em sede de avanços da medicina, o geneticista inglês Martin Evans, ganhador do prêmio de Medicina em 2007, deu entrevista à Revista FAPES. O pesquisador foi o pioneiro da manipulação genética com células-tronco embrionárias em camundongos. Relata que novos tratamentos estão sendo realizados, sob forma experimental, como aplicações de células na retina. Ainda o geneticista defende a ideia de que as pessoas de sua geração talvez não se beneficiem dos tratamentos, mas daqui a 50 anos talvez as pessoas possam gozar dos distintos tratamentos das pluripotentes.²⁷

²⁴ PEREIRA, Lygia V. Terapias com Células-tronco: promessa ou realidade? **Revista Ciência hoje**. São Paulo: 2013. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=QoDejMqt8DsC&pg=PR4&lpg=PR4&dq=Bio%20C3%A9tica,+biodireito+e+o+C3%B3digo+Civil+de+2002.+Belo+Horizonte&source=bl&ots=BdrKk9fuvi&sig=uBlmyQ8bdSfDNFPF6TRmxDDqx5E&hl=pt-BR&sa=X&ei=kjBpVKPGIpfasATLxlCgDw&ved=0CC8Q6AEwAw#v=onepage&q=Bio%20C3%A9tica%20%20biodireito%20e%20o%20C3%B3digo%20Civil%20de%202002.%20Belo%20Horizonte&f=false>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

²⁵ CORRÊA, Natália Maria de Souza. O Momento em que Inicia a Vida Humana para o Direito. **Universo Jurídico**, Juiz de Fora, ano XI, 09 dez. 2009. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/6618/o_momento_em_que_inicia_a_vida_humana_para_o_direito>. Acesso em: 24 abr. de 2015.

²⁶ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**, 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 238.

²⁷ EVANS, Martin. **Riscos e benefícios das células-tronco**. [Agosto de 2014]. Entrevistador: Marcos Pivetta. Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/2014/08/21/riscos-e-beneficios-das-celulas-tronco/>>. Acesso em: 25 abr. 2015. Entrevista concedida a Revista Pesquisa FAPESP.

Maluf incrementa o assunto, argumentando que quanto à neurologia, especificamente ao tratamento da regeneração medular, o estudo encontra-se no estágio inicial, no qual se busca “o tratamento da esclerose múltipla, uma doença anti-inflamatória crônica do sistema nervoso central [...]; doenças cerebrovasculares, buscando-se a redução da morbidade após o acidente vascular cerebral”.²⁸

Quanto à cardiologia, estão sendo realizadas pesquisas para reabilitar os músculos cardíacos debilitados de infarto. No Brasil, uma das instituições que realiza esse procedimento é o Hospital Albert Einstein (HIAE), no qual a intenção é aumentar a produção de novas células para substituir as que morreram no infarto. Desse modo, o cardiologista e coordenador da pesquisa do Instituto Israelita de Ensino e Pesquisa Albert Einstein (IIEP) acredita: “Se os resultados forem os que esperamos, a mortalidade por problemas cardíacos deverá ser reduzida e a qualidade de vida melhorada”.²⁹

O estudo realizado pela Sociedade Internacional para a Pesquisa com Células-Tronco, esclarece que são poucas as doenças para as quais existem tratamentos eficientes, evidenciando-se que doenças no sistema imunológico, sanguíneas e doenças malignas na medula óssea podem ser tratadas por meio da terapia celular, em alguns casos.³⁰

Siqueira acredita que, no campo da oftalmologia, recentes pesquisas voltaram sua atenção para a técnica de aplicação das células-tronco na regeneração de tecidos oculares, danificados por alguma doença. O autor garante que apesar das dificuldades, existe entre o meio científico um otimismo com a utilização das células-tronco para restaurar a visão.³¹

²⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**, 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 246.

²⁹ ALBERT EINSTEIN SOCIEDADE BENEFICIENTE ISRAELITA BRASILEIRA. **Células-tronco: a nova esperança de cura**. Disponível em: <<http://www.einstein.br/einstein-saude/tecnologia-e-inovacao/Paginas/celulas-tronco-a-nova-esperanca-de-cura.aspx>>. Acesso em 23 maio 2015.

³⁰ SOCIEDADE INTERNACIONAL PARA A PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO. Manual do Paciente sobre Terapias com Células. **Apêndice I das Diretrizes para a Aplicação Clínica das Células-Tronco**, dez 2008, p. 04. Disponível em: <<http://www.rntc.org.br/uploads/5/4/0/8/5408654/manualdopaciente.pdf>>. Acesso em 23 maio 2015.

³¹ SIQUEIRA, Rubens C. O uso de células-tronco na oftalmologia. **Revista Brasileira de Oftalmologia**, 2009, v. 88, n. 02, p.71-72. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-72802009000200001>>. Acesso em: 20 mai. 2015.

Na área da otorrinolaringologia, o emprego da terapia celular ainda é limitado, pois visa-se a regeneração de estruturas auditivas, traqueia e do nervo facial,³² o que ainda não se atingiu.

A Odontologia tem apresentado um dos promissores avanços no que se refere às células-tronco, pois foi encontrado na polpa do dente decíduo humano, mais conhecido como “dente de leite”, propriedades semelhantes às de células mesequimais da medula óssea (aquelas que originam as células do sangue, vasos sanguíneos e tecidos musculares). Essas células podem se converter em células gordurosas, nervosas, ósseas e musculares, assim possibilitando futuras terapias no campo científico da odontologia. O professor da Unifesp, Silvio Duailibi enfatiza que em 2008 foi possível desenvolver todos os tecidos dentários da mandíbula. Nesse sentido, acredita-se que a polpa do dente será utilizada, futuramente, na regeneração com células do próprio paciente que substituirá a reconstrução dental convencional.³³

Recentes avanços estão emergindo no meio da genética no Brasil, de forma que no ano de 2008, o Ministério da Saúde criou a Rede Nacional de Terapia Celular, com 52 laboratórios que possibilitam um trabalho colaborativo junto às Instituições.³⁴

O mundo está em constante evolução com a pesquisa celular; e os cientistas preveem que, nos próximos cinco anos, se iniciem pesquisas com seres humanos, usando células derivadas de células-tronco embrionárias, pluripotentes, portanto, para várias doenças, como leucemia, diabetes, infarto, Parkinson e glaucoma.³⁵

³² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**, 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 247.

³³ FRANÇA, Suellyn. Células-tronco aumentam opções terapêuticas. **Revista da Associação Paulista de Cirurgiões Dentistas**, 2011, v.65, n. 02, p. 87-88. Disponível em: < <http://www.fo.usp.br/wp-content/uploads/C%C3%A9lulas-tronco-aumentam-op%C3%A7%C3%B5es-terap%C3%AAuticas.pdf>>

³⁴ CASTRO, Ana Célia; BOSCHI Renato (Coord.) **Desenvolvimento em debate**. Rio de Janeiro: 2011, v. 2, n. 1, p.107. Disponível em: <http://desenvolvimentoemdebate.ie.ufrj.br/pdf/revista_dd_2.pdf#page=97> Acesso em: 24 maio 2015>. Acesso em 24 mai. 2015.

³⁵ PEREIRA, Lygia V. Terapias com Células-tronco: promessa ou realidade? **Revista Ciência hoje**, São Paulo: 2013, vol. 52, n.308, p.38. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=QoDejMqt8DsC&pg=PR4&lpg=PR4&dq=Bio%C3%A9tica,+biodireito+e+o+C%C3%B3digo+Civil+de+2002.+Belo+Horizonte&source=bl&ots=BdrKk9fuvi&sig=uBlmyQ8bdSfDNFPF6TRmxDDqx5E&hl=pt-BR&sa=X&ei=kjBpVKPGIpfasATLxICgDw&ved=0CC8Q6AEwAw#v=onepage&q=Bio%C3%A9tica%2C%20biodireito%20e%20o%20C%C3%B3digo%20Civil%20de%202002.%20Belo%20Horizonte&f=false>>. Acesso em: 30 maio 2015.

Dessa forma, o Brasil está em um patamar avançado nas pesquisas celulares, todavia carece de aperfeiçoamento das instituições que se encontram em estágio de desenvolvimento científico, para assim obter o alto grau tecnológico dos países emergentes. Acero menciona alguns desafios da gestão pública no Brasil, no que tange às pesquisas; sendo que um deles é a implantação de políticas públicas de informação voltadas a diferentes públicos e o outro é o desenvolvimento de ações públicas para a mídia sobre o tema, com embasamento científico. Resta, assim, claro que a dificuldade dos países está em desenvolver um arsenal científico capaz de transformar os estudos em terapias eficientes, ou seja, “transformar o conhecimento que é gerado no laboratório em algo concreto para a sociedade”.³⁶

3 LEI DE BIOSSEGURANÇA Nº 11.105 DE MARÇO DE 2005

A Lei de Biossegurança, “nº 11.105, de 24 de março de 2005, regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal”³⁷ e veio a revogar a Lei 8.974/95, modificando a questão tormentosa envolvida na manipulação genética.³⁸ A lei foi o alvo de críticas em sua promulgação, em razão de envolver dois assuntos polêmicos, quais sejam, a legalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias e os alimentos transgênicos.³⁹

A legislação traz, em seu centro, os conceitos técnicos relativos tanto sobre a engenharia genética, a biotecnologia, a biossegurança, como organismos geneticamente modificados e células-tronco, entre outros. Ainda há disposições sobre fiscalização dos órgãos competentes da Administração Pública, quais sejam o Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS), Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) e a

³⁶ CASTRO, Ana Célia; BOSCHI Renato (Coord.) **Desenvolvimento em debate**. Rio de Janeiro: 2011, v. 2, n. 1, p.107. Disponível em: <http://desenvolvimentoemdebate.ie.ufrj.br/pdf/revista_dd_2.pdf#page=97> Acesso em: 24 maio 2015.> Acesso em 30 mai. 2015>

³⁷ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 143.

³⁸ DALVI, Luciano. **Curso Avançado de Biodireito – Doutrina, Legislação e Jurisprudência**. Conceito Editorial: Florianópolis, 2008, p. 51.

³⁹ SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Del Rey: Belo Horizonte, 2011, p. 167.

Comissão Interna de Biossegurança (CIBIO), com intuito de validar a segurança desses organismos e aclarar os conhecimentos sobre benefícios e riscos para a população.⁴⁰ Tem por fundamento principal entender, estudar e tomar medidas para impedir os efeitos nocivos da modernidade tecnológica, possuindo, como aspecto emergente, a proteção à pessoa humana, animal e meio ambiente para garantir os avanços dos processos tecnológicos no cenário brasileiro.⁴¹

A Lei permite o uso de células-tronco embrionárias derivadas e não utilizadas no procedimento de fertilização in vitro, desde que os embriões utilizados sejam inviáveis ou congelados há três anos ou mais.⁴²

Carvalho e Carvalho fazem uma breve apreciação da lei, os quais salientam que o legislador perdeu a oportunidade de dar avanço em direção a um tratamento mais eficaz, pois preferiu manter-se enraizado aos valores e princípios, camuflados sob os ilusórios preceitos da dignidade da pessoa humana, que, na verdade, são apenas sinais de desconhecimento e procrastinação científica.⁴³

A polêmica das células-tronco embrionárias dá-se em razão da condição jurídica do embrião e sua utilização em pesquisas, face o artigo 5º da Lei de Biossegurança.⁴⁴ Toda a discussão travada sobre o embrião ser considerado ou não uma pessoa humana, deve-se à lacuna que o legislador deixou ao não regular a questão da origem do embrião, por fertilização in vitro. Em razão da larga escala de produção de embriões necessários ao processo de fertilização, os que são infrutíferos, tornam-se descartáveis; e estes não possuem uma tipificação expressa na lei

⁴⁰ LEUZINGER, Márcia. SILVA, Letícia. PELAEZ, Victor. Regulatório dos organismos geneticamente modificados no Brasil. **Revista de Direito Ambiental**, v.49, jan. 2008, p.184. Disponível em: <[http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000014e3077b45bc451d46e&docguid=I5856fc60f25211dfab6f010000000000&hitguid=I5856fc60f25211dfab6f010000000000&spos=4&epos=4&td=7&context=95&startChunk=1&endChunk=1#](http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000014e3077b45bc451d46e&docguid=I5856fc60f25211dfab6f010000000000&hitguid=I5856fc60f25211dfab6f010000000000&spos=4&epos=4&td=7&context=95&startChunk=1&endChunk=1#>)>. Acesso em 14 jun. 2015.

⁴¹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 33.

⁴² NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.337.

⁴³ CARVALHO, Gisele Mendes de. CARVALHO, Érika Mendes de. A Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) e os novos crimes contra o patrimônio genético humano. **Revista dos Tribunais**, v. 7, p.182 jul. 2007. Disponível: <[http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014e307e349efb156032&docguid=I14219730f25211dfab6f010000000000&hitguid=I14219730f25211dfab6f010000000000&spos=76&epos=76&td=211&context=159&startChunk=1&endChunk=1#](http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014e307e349efb156032&docguid=I14219730f25211dfab6f010000000000&hitguid=I14219730f25211dfab6f010000000000&spos=76&epos=76&td=211&context=159&startChunk=1&endChunk=1#>)> Acesso em: 14 jun. 2015.

⁴⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2.ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013, p. 143.

acerca de sua criação, aproveitamento ou até mesmo, descarte. A própria lei enseja muitos questionamentos, visto haver lacuna normativa e ser totalmente estéril na abordagem do assunto.⁴⁵

Dalvi questiona quanto à constitucionalidade da lei, admitindo ser incoerente a ideia de que as pesquisas com células-tronco de embriões seriam a última opção a ser tomada pelos cientistas. Destaca que essas pesquisas são eticamente inadmissíveis, uma vez que desobedecem ao direito mais importante que temos, ou seja, o direito de existir. É notório que as pesquisas obtidas por células-tronco adultas e retiradas do cordão umbilical vêm promovendo importantes avanços; e, com isto se quer dizer que estas pesquisas, com excelentes resultados, é que devem ser aplicadas. Talvez seja difícil retirar da ciência um método científico desumano por se ter alto capital financeiro envolvido, pois abandonar a pesquisa surtiria enorme prejuízo às grandes empresas envolvidas.⁴⁶

O debate legislativo e social cooperou para a construção de uma demanda para a terapia celular embrionária. Apresentou um lado positivo, em razão do incentivo da divulgação específica e social da pesquisa com células-tronco embrionárias para pacientes e familiares. Entretanto, constituiu um risco significativo para o meio científico e apoiadores, cujas consequências são observadas até a atualidade. Dessa forma, a omissão de esclarecimentos sobre o tempo em que tais promessas poderiam realizar-se, dificuldades com resultados positivos encontrados no campo da pesquisa e implantações de terapias, levaram ao aumento das expectativas da sociedade, ocasionando alguns dos contratempos que pressionam os sujeitos que colaboram para o desenvolvimento da ciência.⁴⁷

45 GONÇALVES, Antonio Baptista. Manipulação Genética: Aspectos Morais - Parte III. **Universo Jurídico**, Juiz de Fora, ano XI, 26 de jun. de 2008. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/5455/manipulacao_genetica_aspectos_morais__parte_iii>. Acesso em: 14 jun. 2015.

46 DALVI, Luciano. **Curso Avançado de Biodireito – Doutrina, Legislação e Jurisprudência**. Conceito Editorial: Florianópolis, 2008, p. 52.

47 ACERO, Liliana. Ciência, políticas públicas e inclusão social: debates sobre células-tronco no Brasil e no Reino Unido. **Revista de Ciências Sociais**: Rio de Janeiro, 2010, vol. 53, nº4, p. 859.

4 DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL SUPERIOR NA AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº3.510

O artigo 5º da lei vem sofrendo críticas, dentre as quais, se sobreleva a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 de 2008, interposta pelo procurador Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles, após a promulgação da Lei em análise, em desfavor da íntegra do referido diploma, estritamente no que diz respeito à permissão de utilização de células-tronco extraídas de embriões humanos para fins de pesquisas científicas.⁴⁸.

O preito da lei, em sua redação, autoriza a pesquisa com terapia celular e utilização das CTe's, essas por sua vez, devem ser apanhadas de embriões humanos, produzidos através de processo de fertilização "in vitro", não usados nesta técnica e que sejam inviáveis e congelados no prazo mínimo de três anos ou mais.⁴⁹

O autor da ação defende que os artigos impugnados estão em conflito com o direito à vida, eis que o embrião é vida humana, e afronta ao fundamento maior do Estado Democrático, ou seja, a preservação dos preceitos inerentes à dignidade da pessoa humana.⁵⁰.

O Procurador Geral da República sustentou na peça exordial que:

- a) A vida humana acontece na, e a partir da, fecundação, desenvolvendo-se continuamente;
- b) O zigoto, constituído por uma única célula, é um ser humano embrionário;
- c) É no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e lhe propiciando um ambiente próprio para seu desenvolvimento;

⁴⁸ PEREIRA, Anna Kleine Neves. **A proteção constitucional do embrião**: uma leitura a partir do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Curitiba: Juruá, 2012, p.157.

⁴⁹ SZANIAWSKI, Elimar. **Células-tronco na perspectiva do Direito Brasileiro**. Revista dos Tribunais, Ano 101, vol. 916, 2012, p.157.

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator Min. Ayres Britto. Data do Julgamento: 28 maio 2010. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

d) Pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias.⁵¹

Assim, pela análise da questão, o que se pode perceber é a configuração de duas nítidas correntes de opinião. A primeira corrente deixa “de reconhecer às células-tronco embrionárias, versatilidades, ao menos para fins de terapia humana, superiores às das células-tronco adultas”. Reconhece também uma função progressiva do embrião que o torna protagonista do processo de hominização, se comparado ao útero feminino, vez que este é visto apenas como o “habitat” do desenvolvimento, ou seja, um coadjuvante. Ademais, argumentam que a forma de obtenção das CTe de um embrião “in vitro”, corresponde a uma prática disfarçada, o aborto. Esse bloco defende que a pessoa humana não é somente a individualidade genética, mas já existe desde a fecundação do óvulo com o espermatozoide. Tanto na concepção quanto no momento do nascimento, a pessoa humana já é considerada uma vida e é merecedora de proteção jurídica. Em síntese, o certo é ver o embrião como um ser humano embrionário, “uma pessoa em seu estágio de embrião, portanto e não um embrião a caminho de ser pessoa”.⁵²

A segunda corrente defende com entusiasmo, a ideia das células-tronco embrionárias nos experimentos científicos. Essas células, tidas como portadoras de maior versatilidade são capazes de se transformarem em tecidos humanos, regenerando ou suprimindo sistemas e órgãos. Esse bloco não padece de incômodos morais e de consciência pesada, em razão de que o embrião in vitro só alcança o estágio de características físicas e neurais com a devida colaboração do útero materno e do tempo; em uma engenhosa parceria entre o embrião, o útero e o decorrer dos dias.

O relator frisou que a ação é multidisciplinar, pois é o objeto de estudo de múltiplos setores do saber humano, como a filosofia, o direito, a ética, a religião, a antropologia, as ciências biológicas e médicas, e consideravelmente a embriologia e genética. Registre-se, assim, que essa

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator Min. Ayres Britto. Data do Julgamento: 28 maio 2010. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

⁵² BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator Min. Ayres Britto. Data do Julgamento: 28 maio 2010. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

ação foi uma “arejada atmosfera de urbanidade e unísono reconhecimento da intrínseca dignidade da vida em qualquer dos seus estádios”, finalizou o relator.⁵³

De início, o Ministro Ayres Britto, Relator da Ação, admitiu a legitimidade do Procurador Geral da República para propor a presente Ação, vez que tal procedência era “da melhor fonte de positividade, a Constituição Federal”. Como também atribuiu a competência do Supremo Tribunal Federal para a julgar presente.⁵⁴

Britto pensa que o artigo 5º da Lei de Biossegurança é um conjunto normativo que favorece a estimulação de linhas de pesquisas científicas das pressupostas propriedades das células extraídas dos embriões. À vista disso, todas as linhas de pesquisas vêm a somar outros estudos, objetivando o enfrentamento e cura de doenças e traumatismos que assolam a população.⁵⁵

O artigo referido da Lei de Biossegurança vê-se rotulado por adversar frontalmente o Magno Texto Republicano. Entendimento que combate a própria recepção da lei para a tese da versatilidade das células-tronco embrionárias.⁵⁶

Analisando a Carta Magna, o texto não menciona o momento em que começa a vida humana, também não dispõe sobre as formas de vida humana pré-natal. Quando se aborda a expressão “direitos da pessoa humana”, está se referindo a garantias datadas ao indivíduo-pessoa, no

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator Min. Ayres Britto. Data do Julgamento: 28 maio 2010. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator Min. Ayres Britto. Data do Julgamento: 28 maio 2010. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator Min. Ayres Britto. Data do Julgamento: 28 maio 2010. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator Min. Ayres Britto. Data do Julgamento: 28 maio 2010. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

sentido de gente. O ser humano, que é nascido, se faz receptor dos direitos fundamentais, quais sejam, direito ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros.⁵⁷

O Magno Texto Republicano não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um protegido bem jurídico, “mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa e, nessa condição, dotada de compostura física e natural”. Por tratar-se de uma Constituição que “sobre o início da vida humana é de um silêncio de morte”, a indagação não se atrela ao determinar o momento de início, mas em entender quais aspectos e momentos foram delegados à proteção pelo Direito Infraconstitucional e em que proporção. ⁵⁸

A Lei de Biossegurança deixa claro que os embriões a que alude são aqueles resultantes de fertilização obtidos sem o ato sexual. Importante se faz anotar que um dos requisitos para o emprego das Cte’s, para fins de pesquisas, é a expressa autorização do casal produtor do óvulo e espermatozoide fecundado. ⁵⁹

Não se trata de interromper a trajetória extrauterina do material constituído em tubo de ensaio, tendo em vista que obstruir em laboratório e permanecer retido in vitro, é para o embrião, a mesma interrupção de progressão reprodutiva.⁶⁰

O fato é que, na falta do ambiente propício do corpo feminino, o óvulo fecundado, mas congelado, estacionará em seu estágio de partida de desenvolvimento genético. ⁶¹

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator Min. Ayres Britto. Data do Julgamento: 28 maio 2010. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator Min. Ayres Britto. Data do Julgamento: 28 maio 2010. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator Min. Ayres Britto. Data do Julgamento: 28 maio 2010. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 07 set. 2015.

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator Min. Ayres Britto. Data do Julgamento: 28 maio 2010. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 07 set. 2015.

⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator Min. Ayres Britto. Data do Julgamento: 28 maio 2010. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 10 set. 2015.

O embrião inviável empata nos primeiros níveis da evolução, torna-se incapaz de vivenciar a metamorfose de hominização, devido ao processo de nidação, ou seja, da aceitação, pelo útero, do óvulo fecundando fora do corpo da mulher.. A lei trabalhou o risco gradativo da eficiência reprodutiva do embrião, em virtude do período de congelamento (três a cinco dias após a fecundação). Quanto a isto, Britto, cita dois especialistas, um deles é Ricardo Ribeiro dos Santos, o qual sustenta: “A técnica do congelamento degrada os embriões, diminui a viabilidade desses embriões para o implante; para dar um ser vivo completo [...] A viabilidade de embriões congelados há mais de três anos é muito baixa. Praticamente nula”.⁶²

O embrião, descrito na aludida lei, não é uma vida, pois faltam-lhe possibilidades de desenvolver terminações nervosas, ou melhor, um cérebro humano.⁶³ O cérebro não se constituirá, como também a gravidez não acontecerá, mas nem por isso o material genético, oriundo de dois seres humanos, deixará de existir.⁶⁴ Assim, o caminho escolhido pela Lei de Biossegurança não significou descaso ou desamor pelo embrião in vitro ou um assassinato a sangue frio, mas “a superação do infortúnio alheio”.⁶⁵

Neste laço, preceitua-se que o momento atual é grifado pela “era do conhecimento”, o que tem a ver com o caminhar em benefício da saúde humana e contra qualquer motim que a própria natureza possa causar; com o fim de se chegar à compreensão de que o escalão, alcançado pelo conhecimento científico, é o mais alto nível mental do ser humano. Destarte, longe de qualquer desprezo aos embriões, mas, sim, reverência e estima a essas criaturas humanas.⁶⁶

⁶² BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator Min. Ayres Britto. Data do Julgamento: 28 maio 2010. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 10 set. 2015.

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator Min. Ayres Britto. Data do Julgamento: 28 maio 2010. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 15 set. 2015.

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator Min. Ayres Britto. Data do Julgamento: 28 maio 2010. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 15 set. 2015.

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator Min. Ayres Britto. Data do Julgamento: 28 maio 2010. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 15 set. 2015.

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator Min. Ayres Britto. Data do Julgamento: 28 maio 2010. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 20 set. 2015.

Arremata-se então, que o ordenamento jurídico deixará “de se colocar do lado dos que sofrem para se postar ao lado do sofrimento?”. Isso ressoaria aos geneticistas, médicos e embriologistas como uma desalmada omissão de socorro, frente a vidas que poderiam se beneficiar de tais avanços científicos.⁶⁷ Dessa forma, Britto, ao finalizar seu voto, fundamentou-se no direito à saúde e à livre expressão da atividade científica, julgando totalmente improcedente a referida ADIN.

O Ministro Carlos Ayres Britto e a Ministra Ellen Grace, designados como Presidente para o ato, votaram pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Reaberta a sessão, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, foram obtidos os votos dos outros Ministros, Menezes de Direito e Ricardo Lewandowski, que julgaram parcialmente procedente. Os Ministros Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa julgaram improcedente a Ação e os Ministros Cesar Peluso e Eros Grau julgaram improcedente a pretensão, mas com ressalvas em seus votos. Acompanharam o voto do Relator pela improcedência da Ação, os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Por último, o Ministro Gilmar Mendes votou constitucional o artigo 5º da Lei de Biossegurança, como também deixou a ressalva em sua decisão da necessidade de controle de pesquisas com células-tronco embrionárias por um Comitê de Ética e Pesquisa Central, ligado ao Ministério da Saúde, como também César Peluso manifestou tal ressalva.⁶⁸

Em síntese, verifica-se que os Julgadores do Pretório Excelso, em sua maioria, compreendem que o artigo 5ª da Lei de Biossegurança nº 11.105/2005 é constitucional e não merece reparo algum. Portanto, segundo o Supremo Tribunal Federal, a utilização de embriões humanos não viola o direito à vida, nem à dignidade da pessoa humana, estando permitida para “fins de pesquisa e terapia a utilização de células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento”.⁶⁹

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator Min. Ayres Britto. Data do Julgamento: 28 maio 2010. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 20 set. 2015.

⁶⁸ SZANIAWSKI, Elimar. **Células-tronco na perspectiva do direito brasileiro**. Revista dos Tribunais, Ano 101, vol. 916, 2012, p. 174.

⁶⁹ SZANIAWSKI, Elimar. **Células-tronco na perspectiva do direito brasileiro**. Revista dos Tribunais, Ano 101, vol. 916, 2012, p. 175.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo estudo que se realizou, é evidente que o progresso científico se encontra em estágio de crescente desenvolvimento e construção de implicações jurídicas no meio científico. Os avanços científicos ainda são precoces, pois ainda há muito que desenvolver em termos genéticos; e a sociedade está em constante busca por progresso na terapia celular, procurando-se cura para variadas doenças, como glaucoma, leucemia, parkison, entre outras. O Brasil demonstra-se avançado em termos de legalização, mas necessita de aprimoramento quanto às instituições que exercem a atividade de terapia celular.

Acerca das considerações éticas, científicas e jurídicas sobre o manuseio de embriões humanos, há divergentes aceções e indagações sobre o direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Não se tem um consenso sobre o assunto, pois existe uma considerável corrente de pensadores que se opõe ao uso de células-tronco embrionárias, argumentando que fere o direito à vida, ou seja, há destruição do embrião. Enquanto, outra parcela de pensadores afirmam que neste estágio de desenvolvimento não há vida humana no embrião, logo não poderá haver morte. O assunto é laborioso e necessita de sérios debates, até que se possa entrar em um consenso.

Quanto à promulgação da Lei de Biossegurança nº 11.105/2005, houve inúmeras críticas, em respeito de que apenas foi redigido um artigo para tratar um assunto tão sério, sendo considerado inconstitucional, por algumas linhas de pensamento, por não estar em conformidade com os princípios do direito à vida e à dignidade da pessoa humana contemplados na Carta Magna. Em contrapartida, outros autores destacam que a Lei inovou no sentido de permitir o uso das células-tronco embrionárias, pois serão de extrema importância ao país, em termos favoráveis às futuras gerações.

O Supremo Tribunal Federal convocado a julgar a constitucionalidade do artigo 5º da Lei supracitada, entendeu ser constitucional o diploma impugnado, devido a que as pesquisas com terapias de células-tronco embrionárias não violam o direito à vida e à dignidade da pessoa humana; e, assim, julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510.

O Direito deve limitar as práticas científicas quando valores tão ínfimos estão em predisposição. Surge, assim, a necessidade de atuação do Estado, o qual deve se demonstrar ativo, com respeito aos valores inerentes à pessoa humana, a fim de que possam ser preservados os direitos fundamentais através de mecanismos próprios.

É imprescindível deixar claro que as terapias ainda estão em crescente avanço; e não há tratamento consolidado que possa ser receitado por médicos, pois ainda estão sendo realizados experimentos nas áreas específicas. Conclui-se que, dentro de alguns anos, com a perspectiva confiante, será possível o tratamento de inúmeros casos degenerativos. Malefícios que comprometem a saúde humana poderão passar de mera promessa para uma realidade cheia de convicções.

A propriedade intelectual urge por um olhar crítico às questões diretamente ligadas ao ser humano. É necessária uma visão profunda e reflexiva sobre as consequências da intervenção humana, frente a valores, julgados tão valiosos à espécie. Por fim, a sociedade tem longo processo de desenvolvimento a percorrer, tanto na área cultural, quanto intelectual, científica e jurídica, com o apoio de políticas públicas que permitam o avanço focado na ética e moral, mas olhos no futuro promissor que aspire à inovação e melhoria da vida humana.

REFERÊNCIAS

ACERO, Liliana. Ciência, políticas públicas e inclusão social: debates sobre células-tronco no Brasil e no Reino Unido. **Revista de Ciências Sociais**: Rio de Janeiro, 2010, vol. 53, nº4, p. 859.

ARAUJO, Ana Laura Vallarelli Gutierrez. Biodireito: O Direito da Vida. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 51, n. 111, agosto 2005. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document&src=rl&srguid=i0ad8181600000149b6471941c6ea2bfe&docguid=l6d2d7ff0f25311dfab6f010000000000&hitguid=l6d2d7ff0f25311dfab6f010000000000&spos=7&epos=7&td=115&context=11&startChunk=1&endChunk=#>>.

ALBERT EINSTEIN SOCIEDADE BENEFICIENTE ISRAELITA BRASILEIRA. **Células-tronco: a nova esperança de cura**. Disponível em: <<http://www.einstein.br/einstein-saude/tecnologia-e-inovacao/Paginas/celulas-tronco-a-nova-esperanca-de-cura.aspx>>.

BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 7, mar. – abr., 2007, p. 21. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/viewFile/174/184>>.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator Min. Ayres Britto. Data do Julgamento: 28 maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>.

CARVALHO, Gisele Mendes de. CARVALHO, Érika Mendes de. A Lei de Biosseguranç a (Lei 11.105/2005) e os novos crimes contra o patrimônio genético humano. **Revista dos Tribunais**, vol. 7, p.182, Jul. 2007. Disponível : <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014e307e349efb156032&docguid=l14219730f25211dfab6f010000000000&hitguid=l14219730f25211dfab6f010000000000&spos=76&epos=76&td=211&context=159&startChunk=1&endChunk=1>>.

CASTRO, Ana Célia; BOSCHI Renato (Coord.) **Desenvolvimento em debate**. Rio de Janeiro: 2011, v. 2, n. 1, p.107. Disponível em: <http://desenvolvimentoemdebate.ie.ufrj.br/pdf/revista_dd_2.pdf#page=97>.

CORRÊA, Natália Maria de Souza. O Momento em que Inicia a Vida Humana para o Direito. **Universo Jurídico**, Juiz de Fora, ano XI, 09 dez. 2009. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/6618/o_momento_em_que_inicia_a_vida_humana_para_o_direito>.

CLOTET, Joaquim. **Bioética: uma aproximação**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

CLOTET Joaquim, FEIJÓ Anamaria Gonçalves dos Santos, OLIVEIRA Marília Gerhardt de (Coord.) **Bioética: uma visão panorâmica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

DALVI, Luciano. **Curso Avançado de Biodireito – Doutrina, Legislação e Jurisprudência**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**, 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

EVANS, Martin. **Riscos e benefícios das células-tronco**. [Agosto de 2014]. Entrevistador: Marcos Pivetta. Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/2014/08/21/riscos-e-beneficios-das-celulas-tronco/>>.

FEIJÓ, Anamaria Gonçalves dos Santos Feijó, BRAGA, Luísa Maria Gomes de Macedo, PITREZ, Paulo Márcio Condessa. **Animais na pesquisa e no ensino: aspectos éticos e técnicos/org**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 369. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=wTHTkgUmqqAC&printsec=frontcover&dq=animais++pesquisa&hl=pt-BR&sa=X&ei=GURbVbRqjPWDBNC8gMgK&ved=0CC8Q6AEwAA#v=onepage&q=animais%20%20pesquisa&f=false>>.

FRANÇA, Suellyn. Células-tronco aumentam opções terapêuticas. **Revista da Associação Paulista de Cirurgiões Dentistas**, 2011, v.65, n. 02, p.87-88. Disponível em: <<http://www.fo.usp.br/wp-content/uploads/C%C3%A9lulas-tronco-aumentam-op%C3%A7%C3%B5es-terap%C3%AAuticas.pdf>>.

GALLIAN, Dante Marcello Claramonte. Por detrás do último ato da ciência-espetáculo: as células-tronco embrionárias. **Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo**: 2005, v.19, n.55, p.257. Disponível em : <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142005000300018>>.

GRACIA, Diego; tradução de Carlos Alberto Bárbaro. **Pensar a bioética, metas e desafios**. 1.ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, Loyola, 2010.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Manipulação Genética: Aspectos Morais - Parte III. **Universo Jurídico**, Juiz de Fora, ano XI, 26 jun. 2008. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/5455/manipulacao_genetica_aspectos_morais__parte_iii>.

HOLLAND, Suzanne, LEBACQZ, Karen, ZOLOTH (orgs.). **As células-tronco embrionárias humanas em debate**. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

LEUZINGER, Márcia. SILVA, Letícia. PELAEZ, Victor. Regulatório dos organismos geneticamente modificados no Brasil. **Revista de Direito Ambiental**, v.49, jan. 2008, p.184. Disponível em: <[MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.](http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000014e3077b45bc451d46e&docguid=I5856fc60f25211dfab6f010000000000&hitguid=I5856fc60f25211dfab6f010000000000&spos=4&epos=4&td=7&context=95&startChunk=1&endChunk=1#>>.</p></div><div data-bbox=)

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 11.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Anna Kleine Neves. **A proteção constitucional do embrião**: uma leitura a partir do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Curitiba: Juruá, 2012.

PEREIRA, Lygia V. Terapias com Células-tronco: promessa ou realidade? **Revista Ciência hoje**. São Paulo: 2013. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=QoDejMqt8DsC&pg=PR4&lpg=PR4&dq=Bio%20ética,+biodireito+e+o+C%20B3digo+Civil+de+2002.+Belo+Horizonte&source=bl&ots=BdrKk9fuvi&sig=uBlmyQ8bdSfDNFPF6TRmxDDqx5E&hl=pt-BR&sa=X&ei=kjBpVKPGIpfasATLxICgDw&ved=0CC8Q6AEwAw#v=onepage&q=Bio%20ética%20biodireito%20e%20o%20C%20B3digo%20Civil%20de%202002.%20Belo%20Horizonte&f=false>>.

REDE NACIONAL DE TERAPIA CELULAR. **O que são as células-tronco embrionárias?** Disponível em: <<http://www.rntc.org.br/ceacutelulas-tronco.html>>.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**, 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SÉGUIN, Élide. **Biodireito**, 4.ed. Rev. e Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SEGRE, Marco. A propósito de células-tronco embrionárias. **Instituto de Estudos da Universidade de São Paulo**: 2004, v.18, n.51, p. 260. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200017>>.

SILVA, José Vitor da (org.). **Bioética: meio ambiente, saúde e pesquisa** 1.ed. São Paulo: Iátria, 2009, p. 162.

SIQUEIRA, Rubens C.. O uso de células-tronco na oftalmologia. **Revista Brasileira de Oftalmologia**, 2009, v. 88, n. 02, p.71-72. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-72802009000200001>>.

SOCIEDADE INTERNACIONAL PARA A PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO. Manual do Paciente sobre Terapias com Células. **Apêndice I das Diretrizes para a Aplicação Clínica das Células-Tronco**, dez 2008, p. 04. Disponível em: <<http://www.rntc.org.br/uploads/5/4/0/8/5408654/manualdopaciente.pdf>>.

SZANIAWSKI, Elimar. **Células-tronco na perspectiva do direito brasileiro**. Revista dos Tribunais, Ano 101, vol. 916, 2012.

o instituto da holding familiar enquanto instrumento de proteção patrimonial e planejamento sucessório

Aniel Zimmermann Reichert

Bacharel em Direito pela Universidade Feevale. Bacharel em Comunicação Social – Publicidade e Propaganda pela Universidade Feevale. E-mail: anielzr@hotmail.com.

Marcus Vinicius Madeira

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Graduação Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Pelotas (1999). É assistente da procuradoria do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, membro de grupo de pesquisa da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e professor da Universidade Feevale. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado. E-mail: marcusmadeira@feevale.br.

INTRODUÇÃO

A sociedade aos dias de hoje presencia um dinamismo nunca visto ao longo de sua fugaz brevidade. Rotineiramente, depara-se com novos conceitos, tecnologias, tendências, interações, experiências. As ciências cada, vez mais complexas, superando cotidianamente tradicionais paradigmas. Em uma fração existencial, o mundo passa a contemplar o auge do capitalismo e as gerações atuais são impostas a um ciclo de uma vã filosofia de vida, pautada pela efemeridade.

Sob o mesmo prisma, nota-se que as factuais mudanças alvejam, sobremaneira, os alicerces sociais, impactando-os de sortes inéditas, ao ponto de haver declarada necessidade de readequação e reinvenção dos mais rijos fundamentos sociológicos, gerando reflexos, inclusive, sobre os seus vértices – como o é o Direito.

Via da regra, a ciência jurídica, naturalmente, tende a acompanhar essa dinamicidade proposta pela sociedade contemporânea. Comprova-se isso especialmente pelo Direito Civil, contemplador dos direitos das famílias e empresas.

É de fácil observação que novos institutos familiares, através da jurisprudência, vêm sobrepujando a legislação, como recentemente se vê nas relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo, discutida em sede da Corte Suprema no país.

Igualmente, ocorre o mesmo fenômeno no Direito Empresarial. As demandas oriundas de uma era globalizada, de cerne capitalista, requerem instrumentos apropriados que possam fomentar de maneira salutar o referido contexto, bem como assegurar a própria subsistência e sequente proliferação.

É neste cenário que surgem, também, novas oportunidades aos operadores do Direito. Ora, seria contra a lógica afirmar que, diante do exposto, essas oportunidades estariam reduzindo. A crescente demanda conjunta entre planejamento sucessório, proteção patrimonial e facilitação de gestão são, por si só, essenciais balizadores sociais para análise proposta.

Entre esses balizadores, examinar-se-á um nicho de atuação profissional para quem tenha interesse no planejamento sucessório e societário por via de uma sociedade familiar. Cogita-se serem muitas as possibilidades de organização de uma sociedade com membros de uma mesma família, em especial quando se tratar da prospecção da geração sucessora e da forma que ocorrerá essa transição.

Com o intento de mitigar ou anular os riscos naquele segmento profissional, examina-se o campo jurídico para estruturar e antecipar todas essas incertezas. Nos termos legais, uma série de alternativas e instrumentos poderiam ser utilizados em prol da saúde da sociedade familiar e de todas as gerações que a ela estão atreladas.

Diga-se, assim, que é justamente esse o pleito deste artigo. Sistematizar um estudo que aprecie as searas supra discorridas a favor da identificação das melhores soluções para que seja arquitetado o cenário perfeito – ou o mais próximo disso – para todos os públicos envolvidos em uma sociedade familiar, em especial aos integrantes da família que a constituem.

Nesse sentido, o tópico de nº 1, visto a seguir, prestará justa – mesmo que célere – homenagem histórica acerca da evolução das sociedades ao longo dos últimos séculos, fazendo uma conexão analítica desde o surgimento do Direito dos Comerciantes, perfazendo a Teoria dos Atos de Comércio e a Teoria da Empresa; até as sistemáticas de organização societárias adotadas no direito pátrio com o advento do Código Civil Brasileiro de 2002.

Adiante, no tópico nº 2, experimenta-se averiguar os conceitos de uma sociedade *holding* e as suas características para que dela possam ser compreendidos e extraídos os expedientes que mais propiciam e colaboram para uma organização segura do patrimônio de seus sócios, bem como os que permitem instituir um planejamento sucessório menos burocrático, oneroso e traumático possível.

Em sentido amplo, portanto, objetiva-se analisar a sociedade familiar constituída como *holding* nos termos do Novo Código Civil do país, contextualizando aos dias de hoje a sua evolução histórica, pautada pela alternância entre os Sistemas Subjetivo, Objetivo (Teoria dos Atos de Comércio) e Subjetivo Moderno (Teoria da Empresa), com a intenção de um estudo dela no âmbito do planejamento familiar sucessório e societário propriamente dito.

Passar-se-á, portando, ao que segue: (i) levantar o histórico do Direito Comercial; (ii) conceituar *holdings* e estudar a sua possibilidade como ferramenta de planejamento sucessório; (iii) elaborar uma integração teórica sobre a aplicação dos conceitos acima à prática.

Para a realização do que se propõe, utilizar-se-á da pesquisa descritiva, pois será realizada análise e interpretação de todos os itens recém postados para, ao fim, conjugá-los da maneira mais conveniente à obtenção das melhores e fidedignas conclusões.

A pesquisa exploratória, por outro lado, também estará presente por força de uma reduzida fonte documental preexistente acerca do assunto proposto – em especial aos estudos da *holding*.

No que diz respeito aos métodos de abordagem, entende-se como presente o método dedutivo, uma vez que alguns dos conceitos abordados partem do nível mais amplo – constitucional – seguindo para o nível mais particular – vistos, a saber, no Código Civil e em outras leis extravagantes.

Ainda, por força das hipóteses aqui apontadas, surge a possibilidade de utilização do método hipotético-dedutivo. Aplica-se também o método analítico pela eventualidade de obtenção de conclusão dos prequestionamentos logicamente ordenados e estruturados.

Já acerca das técnicas de pesquisa, serão utilizadas tanto pesquisa bibliográfica, quanto documental.

1 AS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICO-METODOLÓGICOS DA TEORIA DA EMPRESA

O Direito Comercial surge de maneira fragmentada à época da Idade Média por força da necessidade imposta pelo crescimento da praxe mercantil. A expansão econômica conjunta com as ações dos comerciantes levou à criação e absorção de diversas e esparsas regras e institutos locais ao longo do continente da Europa. A inexistência de uma centralização política capaz de impor um padrão com amplo alcance a todos mercantes foi um dos principais motivos para a dispersão. O Direito Canônico, que entre suas premissas afastava a noção de lucro, era incapaz de

atingir a plenitude dos interesses da crescente classe de mercadores. Nesse contexto há um começo da consolidação do Direito Comercial, cuja evolução pode ser esquematizada, conforme sugerem Coelho ¹ e Negrão ², em quatro períodos ou fases.

A partir da segunda metade do século XII é que se dá a primeira etapa de consolidação do Direito do Comércio. Nessa época, os artesãos e comerciantes se reúnem em corporações de artes e ofícios e instituem jurisdições próprias com base essencialmente nos costumes de seus integrantes. Em sua estruturação inicial, as mencionadas jurisdições próprias eram pautadas por manifestações e decisões respaldadas em suas próprias práticas e rotinas. Essa conseqüente independência corporativa aliada a elementos jurisdicionais vem como o marco do surgimento do Direito Comercial. ³

Com o passar dos anos, o Direito Comercial, outrora concebido e constituído pelos costumes da classe dos seus membros para que disciplinasse suas atividades, com regras e institutos que permitiam um processo judicial célere, começava a não mais estar limitado aos seus integrantes face à sua enorme expansão e desenvolvimento. Ocorria, assim, uma transcendência de aplicabilidade. Enquanto precursores do Direito Comercial, os mercadores colaboraram com a sua disseminação por todo continente europeu, propagando-o por onde quer que passassem. A partir da última metade do século XVI, decorrente desse crescimento, inaugura o segundo período do Direito Comercial. ⁴

Essa segunda etapa traz à tona uma enorme mudança da ordem do Estado medievo – deixando de ser em feudos, com a característica de um poder fracionado – para o Estado unitário – regido pelo poder central do monarca. Tem-se, portanto, daí uma das causas da mudança do direito dos mercantes, até então somente à eles e por eles aplicado. Como uma tentativa de diluir o corporativismo, o Estado monárquico desloca

¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1. p.28.

² NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial & de empresa: Teoria Geral da Empresa e Direito Societário**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p.25.

³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1. p.28.

⁴ ASCARELLI, Tullio. Origem do Direito Comercial. Tradução de Fabio Comparato. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 103, p.98, jul-set. 1996.

para si a competência legislativa desse Direito Comercial, o que restou consolidado através da codificação napoleônica que abarcou o Sistema Objetivo através dos chamados Atos de Comércio.⁵

Na mesma esteira, complementa-se que a orientação objetivista, respaldada pela Teoria dos Atos de Comércio, vincula-se diretamente ao Código Comercial Napoleônico de 1807, cuja estruturação inclusive se deu sobre essa teoria. Afinal, como recém visto, a ideia subjetivista predominante no primeiro período histórico do Direito Comercial ia de encontro com o princípio da igualdade das classes, expoente dos ideais da Revolução Francesa.⁶

Ocorre que tal teoria – a dos Atos de Comércio – trazia problemas de cunho prático, visto que até os dias atuais há dificuldades em se defini-los de arte satisfatória. Como se originou de interesses classistas e políticos, não houve uma estruturação em base científica para o Direito Comercial em seus primórdios. Natural, portanto, a dificuldade encontrada pelos franceses em distinguir o ato de comércio do ato civil.⁷

Com o passar dos anos, foi crescente a preocupação dos doutrinadores jurídicos italianos – em especial, no final do século XIX –, razão pela qual o *Codice Civile* italiano de 1942 surge para disciplinar conjuntamente – e de maneira harmônica –, leis civis, comerciais e trabalhistas. Esse contexto demarca o ponto inicial da quarta época histórica do Direito Comercial.⁸

As mudanças vivenciadas nessa época permitem novamente um enquadramento subjetivista, ora chamado de Sistema Subjetivo Moderno. Esse Sistema Subjetivo Moderno é respaldado pela concepção da Teoria da Empresa e tem como elemento centralizador o sujeito empresário, aquele indivíduo que “exerce atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado”.⁹

⁵ NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. O Direito Empresarial superando o arcaico sistema dos Atos de Comércio. *Revista de Direito Privado*, v. 13/2003, jan-mar. 2003. Disponível em <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 13 set.2015.

⁶ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial (e-book)*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v.1, p.14.

⁷ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p.62.

⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1, p.33.

⁹ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário*. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, v.1, p.13.

Quanto ao Direito Comercial no Brasil, acompanhando a tendência do Direito Mercantil europeu, no ano de 1850, promulga-se a Lei 556 – o Código Comercial Brasileiro –, que recepcionou o caráter objetivista e a Teoria dos Atos de Comércio suportados pelo Código Comercial de Napoleão.¹⁰

Por apresentarem um caráter dinâmico, as relações comerciais acabaram encontrando limitações aos Atos de Comércio. Sob essa ótica, inevitável a instituição de novos diplomas legais e esparsos que versassem sobre outras atividades mercantis que surgiam no mercado. Após a iniciativa italiana através do já citado código de 1942, viu-se a concretização da união das correntes do direito privado; sessenta anos após – com o atual Código Civil de Miguel Reale –, finalmente atinge-se o mesmo objetivo ideológico no Brasil, adotando-se a Teoria da Empresa em detrimento da Teoria dos Atos de Comércio.¹¹

Surge, assim, o Direito de Empresa no Brasil com a revogação da primeira parte do Código Comercial de 1850, forte na promulgação da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 – o Novo Código Civil brasileiro. Observa-se, por oportuno, que a segunda parte do Código Comercial, que normatiza o comércio marítimo, vige até os dias atuais. Já a terceira parte, responsável por legislar sobre as quebras, restou revogada há longos anos.¹²

A partir de então, cumpre-se salientar que a expressão Direito de Empresa, remete ao ramo de direito privado voltado a questões entre sujeitos que praticam o exercício de atividades econômicas de produção / circulação de bens ou serviços essenciais à realidade social que se insere.¹³

Assim sendo, contemporaneamente, o Novo Código Civil de 2002 é o diploma legal responsável por caracterizar a figura do empresário, substituto do antigo comerciante. Nos termos do artigo 966, que se baseia no artigo 2.082 do Código Civil Italiano, é possível vislumbrar os elementos determinantes para revelar o sujeito empresário, ressalvadas as exceções dispostas no parágrafo único do mesmo dispositivo.¹⁴

¹⁰ MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Empresa e Atuação Empresarial**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2010, v.1, p. 19.

¹¹ MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Empresa e Atuação Empresarial**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2010, v.1, p. 23.

¹² MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Empresa e Atuação Empresarial**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2010, v.1, p. 30.

¹³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1. p.43.

¹⁴ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial: Teoria Geral do Direito Comercial e das Atividades Empresariais Mercantis – Introdução à Teoria Geral da Concorrência e dos Bens Imateriais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, v.1, p. 126.

1.2 A ORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA

A partir da definição de empresário, abre-se espaço para duas formas de exercício da atividade empresarial quanto ao sujeito que a exerce, podendo ser exercida de forma individual – através da figura do empresário; ou de forma coletiva, mediante sociedade empresarial. Sendo o foco do estudo nas sociedades empresárias, conceitua-se essa modalidade societária como uma manifestação do exercício coletivo da atividade empresarial, notadamente através da personalidade jurídica. Nesse segmento, fundamental a ressalva de que as pessoas jurídicas, por força de lei, possuem personalidade própria e independente dos sujeitos que as compõe. Portanto, também são as pessoas jurídicas detentora de direitos e deveres próprios no ordenamento jurídico.¹⁵

Entende-se, para os fins desta reflexão, como a classificação mais apropriada para a didática das sociedades a que trata da personificação. Segundo essa estruturação, têm-se (III.1) as sociedades personificadas – onde são encontradas as sociedades empresárias – e (III.2) as sociedades não personificadas. As primeiras seriam aquelas com os atos constitutivos devidamente registrados no órgão competente; enquanto as segundas não detém esse registro.

¹⁵ GOMES, Fábio Bellote. **Manual de Direito Comercial**. 2 ed. Barueri: Manole, 2007, p. 53.



Figura 1 - Organograma das Sociedades no Direito Brasileiro

Fonte: sinopse organizada pelo autor com base nas doutrinas jurídicas analisadas

Sendo a sociedade limitada muito importante ao atendimento do objetivo almejado nesta publicação, aponta-se ser essa forma societária (ou tipo societário) predominante no país, sendo regulada pelos artigos 1.052 a 1.087 do Código Civil de Miguel Reale. De imediato, como aduz a sua nomenclatura, incute-se uma limitação à responsabilidade de seu sócio. Em outras palavras, fica determinado o limite de eventual perda patrimonial para os seus participantes. Além do mais, outra característica imprescindível para a disseminação dessa forma de sociedade é a flexibilização da contratualidade, pautada no elemento volitivo e avessa à outras alternativas complexas e burocráticas, como o é o regime das sociedades anônimas.¹⁶

¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa** (e-book). 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.180.

2 O FENÔMENO DA EMPRESA *HOLDING* NO BRASIL E A SUA UTILIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO TÉCNICO PARA A REALIZAÇÃO DE PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

A sociedade *holding* pode ser estudada sob a vista de diversas ciências, como a contábil, a de administração empresarial, e a jurídica. Ainda, é possível uma análise segmentada a partir de algumas delas, caso da ciência jurídica ao permitir um exame dessa sociedade sob a ótica societária, sucessória, tributária, entre outras. É nesse sentido que se passa a focar na análise dos aspectos jurídicos, mormente na perspectiva societária com viés para o planejamento sucessório da sociedade *holding* familiar.

2.1 *HOLDING*: CONCEITO E ESPÉCIES

Etimologicamente, a expressão *holding* advém do verbo *to hold*, do idioma inglês. Seu significado é manter, controlar, ou guardar. Ademais, em sucintos termos, pode ser vista como uma empresa com finalidade básica de ter o controle acionário, seja por ações ou por cotas, de outras empresas. Assim, para tanto, será necessário capacidade para influenciar sobre as decisões de suas controladas.¹⁷

Não há que se falar em sociedade *holding* sem mencionar a Lei nº 6.404/1976 – Lei das Sociedades por Ações. É nesse compêndio legal que se percebe o amparo para a existência de tal instituto. O artigo 2º, em seu parágrafo 3º, propõe o seguinte: “a companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais”. Diga-se, ainda, que, apesar do trato específico da referida lei às sociedades por ações, não há empecilho para

¹⁷ OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. *Holding, Administração Corporativa e Unidade Estratégica de Negócio: Uma Abordagem Prática (e-book)*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.7.

a mesma aplicação conceitual às sociedades por cotas de responsabilidade limitada (sociedade limitada) ou outros tipos societários, tendo em mente não refletirem as empresas *holding* um tipo societário propriamente dito.¹⁸

Ademais, Lodi e Lodi bem asseveram as diversas possibilidades de atuação da empresa instituída como *holding* em sua análise à legislação magna, conforme tempestivamente se transcreve:

A Constituição de 1988 veio enfatizar a necessidade de organização e controle. Os Artigos 1º, 5º e 6º clarificam uma nova ordem social e um novo ambiente a atuar, novas diretrizes para as estratégias dos anos 90 e os caminhos para os anos 2000. O artigo 170 estabelece, inequivocamente, as bases para novos empreendimentos e o artigo 226 veio mostrar o novo relacionamento familiar. Quem leu e entendeu, pôde ver com quase 10 anos antes as novas oportunidades e nelas a *Holding* tinha o seu lugar destacado no planejamento e no estudo de viabilidades e investimentos em novos negócios. Temas como a sucessão, impostos “causa mortis”, imposto fortuna, doação, são também temas mais fáceis de equacionar, abrigados sob a proteção da *Holding*.¹⁹

Traz-se, ainda, a conceituação de *holding* dada por José Henrique Longo, o qual, a saber, conclui ser uma “sociedade que tem por objeto deter bens e direitos, tais como participações em outras sociedades (*holding* de participações), imóveis (*holding* imobiliária)”. Segundo ele, é possível que essa sociedade seja constituída sob as formas de sociedades por ações, sociedade limitada, ou como EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), sem qualquer prejuízo à sua finalidade.²⁰

Cumpre-se ressaltar João Alberto Borges Teixeira, em seu ensaio sobre *holding* familiar, no qual aduz que essas empresas constituídas com o propósito de controle acionário sobre outras a elas vinculadas não ensejam a existência de um tipo societário previsto

¹⁸ TEIXEIRA, João Alberto Borges. Holding Familiar. Tipo societário e seu regime de tributação. **IBRAEMP - Instituto Brasileiro de Direito Empresarial**, Tupã, mai.2007. Disponível em <http://www.ibrademp.org.br/UserFiles/Artigo_Holding_Familiar.pdf>. Acesso em: 24 out.2015.

¹⁹ LODI, Pires Edna; LODI, João Bosco. **Holding (e-book)**. 3 ed. São Paulo: Cengage Learning, 2003, p.9.

²⁰ LONGO, José Henrique. Criação de Holding e Proteção Patrimonial. **IBET - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários**. Jun. 2013. Disponível em <<http://www.ibet.com.br/download/Jos%C3%A9%20Henrique%20Longo.pdf>>. Acesso em: em 24 out. 2015.

em lei. Outrossim, é tão somente uma forma de identificar que determinada entidade terá como objetivo a participação societária em outras sociedades controladas.²¹

Mamede e Mamede dissertam sobre essas espécies de *holdings* existentes na contemporaneidade do Direito Empresarial brasileiro. De acordo com ambos, tem-se (1) a *holding* pura, subdividida em (1.1) *holding* de controle, (1.2) *holding* de participação, (1.3) *holding* de administração, (1.4) *holding* de organização; e a (2) *holding* mista, onde são encontradas a (2.1) *holding* patrimonial e a (2.2) *holding* imobiliária. Oportunamente, abordam a figura da *holding* familiar não como uma categoria específica, mas como uma contextualização dinâmica que pode ser enquadrada dentro das espécies recém catalogadas, seja mista ou pura.²²

Nas ocasiões em que o objeto social de uma empresa *holding* for estritamente a participação societária em outras empresas, verifica-se a *holding* pura. Por outra instância, quando essa participação é complementada com a exploração de atividades de cunho empresarial, contempla-se a *holding* mista.²³

Nesse sentido, a *holding* pura, que terá como objeto social tão somente a titularidade sobre as cotas e/ou ações de outras sociedades, pode ser segmentada em *holding* de controle / sociedade de controle, cujo fim específico seria a detenção do controle societário de outras empresas; ou *holding* de participação / sociedade de participação, constituída para ser titular de quotas e/ou ações de outras empresas, mas sem o controle sobre elas. Aliás, muito comum que a estratégia utilizada não esteja limitada à mera titularização de outras empresas, razão pela qual poderão ser enquadradas à *holding* de administração, estruturadora dos atos gerenciais e decisórios das empresas à ela vinculadas; ou *holding* de organização, que será apenas responsável pela decisão dos atos propostos pelas sociedades à ela atreladas. Tanto *holding* de administração

²¹ TEIXEIRA, João Alberto Borges. Holding Familiar. Tipo societário e seu regime de tributação. **IBRAEMP - Instituto Brasileiro de Direito Empresarial**, Tupã, mai.2007. Disponível em <http://www.ibrademp.org.br/UserFiles/Artigo_Holding_Familiar.pdf>. Acesso em: 24 out.2015.

²² MAMEDE Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding Familiar e Suas Vantagens: Planejamento Jurídico e Econômico do Patrimônio e da Sucessão Familiar** (e-book). 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 22.

²³ TEIXEIRA, João Alberto Borges. Holding Familiar. Tipo societário e seu regime de tributação. **IBRAEMP - Instituto Brasileiro de Direito Empresarial**, Tupã, mai.2007. Disponível em <http://www.ibrademp.org.br/UserFiles/Artigo_Holding_Familiar.pdf>. Acesso em: 24 out.2015.

quanto *holding* de organização estendem sua atuação para centralizar a administração das atividades praticadas pelas sociedades titularizadas, quer haja ou não o controle sobre elas.²⁴

Quanto à *holding* mista, remonta-se outra vez à doutrina de Mamede e Mamede, que tecem a temática. Segundo sua análise, ainda que não haja previsão expressa no artigo 2º, parágrafo único, da Lei 6.404/1976, é possível a criação de uma *holding* com o propósito de ser a titular de determinado patrimônio. Isso posto, é sob essa possibilidade que surgem a *holding* patrimonial / sociedade patrimonial, que terá o escopo de ser a proprietária de determinado patrimônio, e a *holding* imobiliária, cuja finalidade será a propriedade de imóveis com fins locatícios ou não.²⁵

2.2 ASPECTOS SOCIETÁRIOS DA HOLDING FAMILIAR CONSTITUÍDA SOB A FORMA DE SOCIEDADE LIMITADA

Nota-se, pelos fundamentos anteriormente expostos que a sociedade *holding* não exige nenhuma formalidade – além das exigências gerais conforme o tipo social ao qual estiver vinculada – para que seja constituída. Basta, para tanto, que haja a previsão de cláusula em contrato ou estatuto social com redação que traga os seus objetivos.²⁶

Diante do que prevê a legislação, quando ocorrer o óbito de algum sócio, obrigatoriamente deverá ser liquidada sua quota para pagamento aos herdeiros em até 90 dias. Não sendo esse, evidentemente, o objetivo de uma *holding* de sociedade familiar, é imprescindível a anotação ao instrumento social prevendo a admissão de herdeiros e sucessores em detrimento da liquidação societária.²⁷

²⁴ MAMEDE Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding Familiar e Suas Vantagens: Planejamento Jurídico e Econômico do Patrimônio e da Sucessão Familiar** (e-book). 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 22.

²⁵ MAMEDE Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding Familiar e Suas Vantagens: Planejamento Jurídico e Econômico do Patrimônio e da Sucessão Familiar** (e-book). 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 11.

²⁶ PRADO, Fred John Santana. A holding como modalidade de planejamento patrimonial da pessoa física no Brasil. **Jus Navigandi**. Mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18605>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

²⁷ LONGO, José Henrique; KIGNEL, Luiz; PHEBO, Márcia Setti. **Planejamento Sucessório**. São Paulo: Noeses, 2014, p.176.

Parte-se do pressuposto de que a *holding* familiar integralizará o rol de bens pessoais em seu patrimônio, permitindo que seus titulares entreguem aos seus herdeiros cotas (ou ações, no caso das sociedades por ações) na forma que mais lhes convir. Também, usualmente permite-se o usufruto vitalício, sendo possível a administração integral do patrimônio.²⁸

A propósito, uma importante elucidação para os fins do planejamento jurídico orientado pela filosofia da *holding* pode ser obtido na inteligência do dispositivo nº 156, parágrafo 2º, inciso I, da Constituição Federal. No dito artigo, verifica-se a possibilidade da isenção do Imposto de Transmissão Intervivos (ITBI), de competência municipal, para casos em que houver integralização de capital social com bens imóveis.²⁹

Outra nota que merece destaque é a recomendação de que o imóvel utilizado habitualmente como residência dos sócios e seus familiares não seja registrado no patrimônio da sociedade *holding*, já que está amparado pela proteção dada ao imóvel bem de família nos termos da Lei nº 8.009/1990.³⁰

Ademais, nota-se ser quase unânime a opinião dos profissionais e doutrinadores da área sobre o fato de serem as sociedades *holding* responsáveis por consolidarem vantagens importantes no âmbito sucessório. Dentre eles, cita-se Oliveira que elenca dois aspectos: (1) “[...] confinamento dos possíveis conflitos familiares e societários exclusivamente dentro da empresa *holding*”; e (2) “maior facilidade na transmissão de heranças”.³¹

²⁸ OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. **Holding, Administração Corporativa e Unidade Estratégica de Negócio**: Uma Abordagem Prática (e-book). 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.25.

²⁹ JUNIOR, Eloy Pereira Lemos; SILVA, Raul Sebastião Vasconcelos. Reorganização societária e blindagem patrimonial por meio de constituição de holding. **Scientia Iuris**, Londrina, v.18, n. 2, dez. 2014. Disponível em <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/15481/15386>>. Acesso em: 10 out. 2015.

³⁰ MAMEDE Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Blindagem Patrimonial e Planejamento Jurídico (e-book)**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 94.

³¹ OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. **Holding, Administração Corporativa e Unidade Estratégica de Negócio**: Uma Abordagem Prática (e-book). 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.21.

3 PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO E GOVERNANÇA CORPORATIVA NAS *HOLDINGS* PATRIMONIAIS FAMILIARES

Sucintamente, conceitua-se a governança corporativa, conforme o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC, como “o sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre proprietários, conselho de administração, diretoria e órgãos de controle”. As práticas de governança corporativa resultam na conversão de princípios em recomendações objetivamente estruturadas em prol da organização, mantendo e otimizando os valores.³²

Leone elenca, inclusive, alguns desses pontos como elementos chave ao aspecto jurídico do planejamento sucessório na sociedade familiar, os quais merecem devida apreciação: o Direito Patrimonial, inserido dentro dos possíveis regimes de casamento; o Direito das Sucessões, que, entre outras características, permite distintas formas de testamento; e a possibilidade de doação.³³

A estruturação da família se dá através do Direito. No Brasil, a Constituição Cidadã de 1988, em seu artigo 226, estabelece ser a família “base da sociedade”, o que demanda especial proteção do Estado.³⁴

Dessarte, tem-se nos alicerces do Direito Familiar uma base essencial para um entendimento mais completo das possibilidades das sociedades *holding*. Alguns pontos, inclusive, merecem justa atenção – tais quais relações de parentesco, casamento, união estável, e filiação.

Todavia, importante destacar que objetiva-se um redirecionamento das regras do Direito de Família para as regras do Direito Empresarial, em especial do Direito Societário. Em sua essência, o Direito de Família não define um regramento para o relacionamento entre familiares, vez

³² LONGO, José Henrique; KIGNEL, Luiz; PHEBO, Márcia Setti. **Planejamento Sucessório**. São Paulo: Noeses, 2014. p.13.

³³ LEONE, Nilda Maria de Clodoaldo Pinto Guerra. **Sucessão na Empresa Familiar: Preparando as Mudanças para Garantir Sobrevivência no Mercado Globalizado** (e-book). São Paulo: Atlas, 2005, p. 155.

³⁴ STOLZE, Pablo Gagliano; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. As famílias em perspectiva constitucional (e-book). 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.6, p. 39.

que existe uma carga sentimental envolvida. De outra banda, o Direito Societário supera tais limitações, utilizando-se de normas e relacionamentos jurídicos para serem utilizadas no contexto econômico por esses indivíduos. Passa-se, assim, a uma tecnicização desse processo de gestão negocial e patrimonial, que deverá respeitar, além da lei, os aspectos estipulados em contrato ou estatuto social.³⁵

A empresa estruturada em bases familiares requer uma apropriada equalização de Governança, cujos elementos são a relação entre (A) a família, (B) o patrimônio e (C) a empresa. Com esses três elementos, encabeça-se uma variação da Teoria dos Três Círculos, cuja proposta consiste em organizar as relações de agrupamentos dos oito públicos possíveis para uma sociedade familiar (baseando-se no estudo realizado pela consultora europeia Barbara Murray):³⁶

³⁵ MAMEDE Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding Familiar e Suas Vantagens: Planejamento Jurídico e Econômico do Patrimônio e da Sucessão Familiar (e-book)**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 64.

³⁶ BERNHOEFT, Renato; GALLO, Miguel. **Governança na Empresa Familiar (e-book)**. 7 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p.16



Figura 2 – Representação dos Públicos da Sociedade Familiar

Fonte: adaptado de Bernhoeft e Gallo (2003, p.16), e Coelho e Féres (2014, p.76)

Na seara da esfera da família, o foco tem, por bem, a área da Psicologia. Tratam-se, ali, das dinâmicas familiares e de seu planejamento. No círculo da empresa, encontram-se os aspectos de gestão pertinentes à área de Administração; vê-se neste item, o planejamento estratégico e

a própria Governança Corporativa. Por fim, o núcleo do patrimônio, diretamente vinculado ao Direito de Família e Sucessões, Societário, Tributário, etc. É neste último que ocorrerá o planejamento sucessório sustentado na ideologia de Governança aplicada ao mundo jurídico – chamada, assim, de Governança Jurídica.³⁷

Na Governança Jurídica, são três as áreas de direito fundamentais: (1) Direito de Família, (2) Direito Societário, e (3) Direito Tributário. O Direito de Família será o responsável por articular pactos antenupciais; testamentos; doações com gravame de incomunicabilidade, inalienabilidade, com reserva de usufruto; entre outros institutos que consolidarão uma estratégia de mitigação ou anulação dos riscos à propriedade e a gestão das sociedades familiares em eventuais casos de divórcio, falecimento, incapacidade, etc. O Direito Societário direcionará seus esforços à elaboração dos atos constitutivos e suas alterações, acordos de sócios, almejando a melhor solução para organização e proteção dos ativos, preparando-os para a vindoura sucessão de geração; utilizar-se-á, principalmente, de *holdings*, fundos de investimentos, fundos imobiliários, VGBL, e outros. Por derradeiro, o Direito Tributário, responsável por racionalizar e reduzir lícitamente a carga tributária da sociedade.³⁸

Nota-se que, apesar de gerarem uma análise de públicos distintos dentro do âmbito empresarial familiar, a Teoria dos Três Círculos da sociedade familiar não pode ser vista como separada entre si. Ao contrário, os três círculos devem ser vistos de forma indissociável. A adequada administração através dos distintos públicos acarreta em uma concentração apropriada e equilibrada de direitos e obrigações. Por outro lado, deve ser respeitada a justa delimitação de cada esfera, vez que cada qual terá seus desafios. Objetiva-se, portanto, a correta harmonização destes três pilares para que a empresa tenda ao sucesso.³⁹

Diante de todo esse complexo estratagema, riscos são inevitáveis, podendo haver comprometida toda a estrutura de uma sociedade familiar. Mamede e Mamede advertem, por exemplo, que “um dos graves desafios das empresas familiares está na capacidade que os membros

³⁷ COELHO, Fabio Ulhoa (Coordenador); FERES, Marcelo Andrade (Coordenador). **Empresa Familiar: Estudos Jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.76.

³⁸ LONGO, José Henrique; KIGNEL, Luiz; PHEBO, Márcia Setti. **Planejamento Sucessório**. São Paulo: Noeses, 2014, p.15.

³⁹ LONGO, José Henrique; KIGNEL, Luiz; PHEBO, Márcia Setti. **Planejamento Sucessório**. São Paulo: Noeses, 2014, p.8.

das novas gerações revelam, ou não, para a atividade negocial ou atividades negociais desenvolvidas”, caso em que a consolidação de uma estrutura societária pautada na *holding* poderá dirimir o risco, mediante simples separação entre sociedade familiar e sociedade operacional.⁴⁰

Cabível o registro, portanto, de que os membros de uma sociedade familiar devem deter o conhecimento de questões de conjuntura legal e os respectivos possíveis impactos na sociedade, tais quais o são os regimes de casamento, a herança, o concubinato, entre outros.⁴¹

Há que se perceber o potencial de serem utilizados alguns institutos jurídicos como instrumentos de planejamento sucessório. Um desses instrumentos é, precisamente, a empresa *holding*, em especial às empresas familiares. Esse recurso se mostra com enorme potencial no que diz respeito à manutenção de um conglomerado empresarial pelos sucessores dos executivos, bem como à neutralização de eventuais interferências de problemas familiares entre os sócios. Tem-se, na constituição de uma sociedade *holding* para fins de instrumento de planejamento sucessório, uma metodologia capaz de promover o agrupamento dos “bens pessoais no patrimônio dessa sociedade, oferecendo a seu titular a possibilidade de entregar aos seus herdeiros as cotas ou ações na forma que entenda mais adequada e proveitosa para cada um”, mantendo para si, ainda, o direito ao usufruto vitalício sobre esse acervo. Além do que, tal estruturação evita que anos de esforços sejam ameaçados pelos sucessores casados no regime de comunhão de bens.⁴²

Outros instrumentos jurídicos utilizados no mesmo contexto para fins de transmissão de bens são a doação e o testamento. O primeiro nada mais é do que o exercício da liberalidade de transmissão graciosa em vida de um patrimônio da pessoa doadora à pessoa donatária.

⁴⁰ MAMEDE Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding Familiar e Suas Vantagens: Planejamento Jurídico e Econômico do Patrimônio e da Sucessão Familiar** (e-book). 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 69.

⁴¹ BERNHOEFT, Renato; GALLO, Miguel. **Governança na Empresa Familiar** (e-book). 7 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p.43.

⁴² OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. **Holding, Administração Corporativa e Unidade Estratégica de Negócio: Uma Abordagem Prática** (e-book). 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.24.

O segundo, por outro lado, afigura-se tão somente com o falecimento do titular do patrimônio a ser transmitido – razão pela qual também é chamado de última manifestação de vontade.⁴³

Admitindo-se uma família que, hipoteticamente, possua 51% das quotas ou ações – portanto, detentores do controle, pergunta-se: qual seria a consequência da sucessão dessas cotas para a geração seguinte, composta por três descendentes? Simplesmente, haveria uma descentralização do poder de controle – que restará descaracterizado –, pois não mais haverá os 51%, mas apenas 17% para cada um dos sucessores. Esse também é um problema mitigado pela constituição de uma sociedade *holding*. Através dela, o controle continuará existindo, já que a totalidade dos 51% ainda estará vigente na empresa controlada; apenas as lides familiares serão diferentes no âmbito interno da *holding*.⁴⁴

A mesma lógica se aplica no sentido de proteção aos relacionamentos amorosos. A saber, a figura do cônjuge está presente em todo o processo da ordem sucessória nos termos do artigo 1.829 do Código Civil Brasileiro. Igualmente, a possibilidade de um casamento findar por força de um divórcio é algo muito comum nos dias atuais.

Não bastasse todo o intento acima, o companheiro do extinto também possui respaldo legal no que diz respeito a recebimento de herança. O artigo 1.790 do Novo Código Civil disciplina o referido direito, citando que o companheiro participará na sucessão do outro no que couber quanto aos bens adquiridos a título oneroso durante a vigência do relacionamento enquadrado como união estável.⁴⁵

Afora o desenrolar de cunho de direito material acerca das relações sucessórias, pertinente observar a existência do aspecto processual, em especial pelos trâmites do inventário. Em uma administração sem planejamento sucessório cuja sucessão se dá pelo Direito das Sucessões,

⁴³ PRADO, Roberta (Coordenadora); PEIXOTO, Daniel Monteiro (Coordenador); SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Corrdenador). **Direito Societário: Estratégias Societárias, Planejamento Tributário e Sucessório** (e-book). 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 264.

⁴⁴ MAMEDE Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding Familiar e Suas Vantagens: Planejamento Jurídico e Econômico do Patrimônio e da Sucessão Familiar** (e-book). 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 131.

⁴⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coordenadora); PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenador). **Direito das Sucessões**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, v.7, p. 35.

quando do falecimento do administrador, ocorre a abertura do inventário e o ato de gestão caberá ao inventariante. Numa etapa seguinte, define-se a distribuição dos bens, o que geralmente resulta em uma disputa litigiosa cujos efeitos refletem na própria administração. Identificam-se, nesse trâmite, dois principais desafios: (1) a administração da empresa durante o processo de inventário, e (2) a disputa pelos quinhões entre os herdeiros, incluindo aí a divisão da participação societária. Tudo bem que há a possibilidade de mitigar essa falta de planejamento através do instrumento do testamento. No entanto, essa não se mostra como a melhor opção.⁴⁶

Ora, nessa singela análise, vê-se uma pequena fração do enorme leque de imprevisões que podem comprometer toda uma estrutura societária. E, novamente, encontra-se uma sustentação argumentativa sólida para um planejamento organizacional consolidado mediante o emprego da ideologia da *holding*.

Com a constituição de uma *holding*, os sócios / acionistas, enquanto pessoas naturais, serão detentores tão somente das cotas / ações da sociedade *holding*, ao passo que o acervo patrimonial – composto pelos bens móveis, imóveis, cotas e ações de controladas – passa a ser de propriedade da *holding*.⁴⁷

Ou seja, cria-se um cenário em que os pais serão proprietários da participação na sociedade *holding*. Havendo seu falecimento, transmitem-se, mediante sucessão, as cotas ou ações dessa sociedade. Assim, manter-se-á o controle das controladas na mesma proporção anterior ao falecimento, centralizando no âmbito interno da *holding* qualquer conflito familiar eventualmente existente. Como já dito, nesse momento a relação entre os herdeiros passará a obedecer à legislação societária.⁴⁸

⁴⁶ MAMEDE Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding Familiar e Suas Vantagens: Planejamento Jurídico e Econômico do Patrimônio e da Sucessão Familiar** (e-book). 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 83.

⁴⁷ PRADO, Roberta (Coordenadora); PEIXOTO, Daniel Monteiro (Coordenador); SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Corredor). **Direito Societário: Estratégias Societárias, Planejamento Tributário e Sucessório** (e-book). 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 264.

⁴⁸ MAMEDE Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Blindagem Patrimonial e Planejamento Jurídico** (e-book). 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 114.

Em contrapartida ao tradicional processo de sucessão mediante inventário, a combinação entre o Direito Sucessório e o Direito Societário se mostra uma sólida forma de estruturar o planejamento familiar e empresarial. Nesse caso, a sucessão patrimonial das pessoas jurídicas será definida em vida pelo empresário através da constituição, portanto, de uma sociedade que possibilite esse fim – a sociedade *holding*. Com o falecimento, não haverá surpresa, visto que a administração já estará resolvida. Haverá, dessa forma, a continuidade da *holding* com os herdeiros sócios que seguirão a gestão do patrimônio nas condições previamente estruturadas em vida pela geração anterior.⁴⁹

Diga-se que esse processo sucessório com subsídio do Direito Societário permite planejar se a cessão das cotas e ações da sociedade *holding* se concretizará após o falecimento ou antes dele. Sendo o primeiro caso, poderá ser utilizado o instituto do testamento; sendo o segundo, caberá a antecipação através da doação. Ressalva-se ser comum no planejamento sucessório com doação a utilização de cláusula de usufruto vitalício; ou seja, far-se-á a doação da nua propriedade das cotas/ações em vida, mas manter-se-á o poder de controle sobre elas enquanto não acontecer o falecimento do doador usufrutuário.⁵⁰

Mamede e Mamede ainda apresentam como formas de proteção ao patrimônio que será transferido aos filhos a utilização das chamadas cláusulas de proteção ou cláusulas restritivas. Esses recursos, que visam impedir dilemas com os cônjuges, permitem a doação dos títulos societários com (1) cláusula de incomunicabilidade (excluindo-os da comunhão); ou com (2) cláusula de inalienabilidade, cujo teor implica também na impenhorabilidade e na própria incomunicabilidade. Dessa forma, a doação vista acima pode ser associada à cláusula de incomunicabilidade ou impenhorabilidade para dar vasão a um robusto escudo para o patrimônio.⁵¹

⁴⁹ MAMEDE Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding Familiar e Suas Vantagens: Planejamento Jurídico e Econômico do Patrimônio e da Sucessão Familiar** (e-book). 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 83.

⁵⁰ PRADO, Roberta (Coordenadora); PEIXOTO, Daniel Monteiro (Coordenador); SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Corredador). **Direito Societário: Estratégias Societárias, Planejamento Tributário e Sucessório** (e-book). 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 264.

⁵¹ MAMEDE Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding Familiar e Suas Vantagens: Planejamento Jurídico e Econômico do Patrimônio e da Sucessão Familiar** (e-book). 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 88.

Portanto, a cláusula de incomunicabilidade pode ser vista como um gravame que impedirá que o herdeiro de um testador ou doador integre o patrimônio transmitido ao acervo comum do beneficiário casado sob o regime de comunhão universal de bens. Por conseguinte, em caso de divórcio, não farão parte da partilha os bens gravados com esse ônus.⁵²

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Notoriamente, o estudo em voga apresentou como três os segmentos de Direito aplicáveis às melhores práticas da Governança Jurídica no contexto da Governança Corporativa: Direito de Família, Direito Societário, e Direito Tributário. Os dois primeiros foram objetos deste estudo.

Ao ter sido delimitado este ensaio às sociedades limitadas constituídas na forma de *holding* familiar, identifica-se quase como fundamental ao sucesso à médio e longo prazo da sociedade que realize um planejamento sucessório bem estruturado sob os fundamentados princípios da Governança aliados ao Direito civilista.

Uma vez constituída e com o patrimônio já integralizado ao seu capital social, é possível que seja iniciado o planejamento sucessório por parte da geração que detém o poder da sociedade familiar. Evita-se, nesse caso, o inexorável moroso e tradicional inventário para partilha de bens arrolados na ocasião da sucessão. O procedimento simplesmente poderá se resumir à transferência das cotas que representam o patrimônio do *de cuius* aos seus sucessores de direito. A engenharia por traz disso permite maior objetividade e agilidade.

Alternativamente, se for a vontade do extinto, nada impede que sejam repassadas aos herdeiros apenas as quotas referentes à sociedade familiar, deixando a sociedade operacional para quem julgar ter capacidade, seja ou não integrante da família.

Outra vantagem importante diz respeito à manutenção do controle societário sobre as controladas. Não fosse pela *holding* como espécie de intermediadora, em caso de sucessão direta das cotas do falecido à sua sucessão, ocorreria a mera dilapidação, dividindo o percentual de

⁵² COELHO, Fabio Ulhoa (Coordenador); FERES, Marcelo Andrade (Coordenador). Empresa Familiar: Estudos Jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2014, p.357-362.

participação na proporção da quantidade de herdeiros. Sendo o caso da sucessão, outrossim, das cotas através da *holding*, o quadro social se manteria o mesmo. Haveria, apenas, o fracionamento entre os sucessores dentro da sociedade *holding*.

Especificamente ao planejamento sucessório, verificou-se ser possível a utilização dos institutos de doação e de testamento como forma de antecipar o trâmite da partilha no contexto da sociedade, antecipando-se o ajuste patrimonial de até 50% dos bens por respeito à legítima. Mais, em se tratando de doação de bens para descendente, considera-se adiantamento de legítima.

Nesse sentido, constatou-se que uma forma legal de ajustar essa conduta enquanto se protege o patrimônio é unificar a aplicação dos institutos da *holding* e da doação ajustando, ainda, uma cláusula de incomunicabilidade ou de inalienabilidade mantendo-se o usufruto para o doador enquanto vivo estiver. Assim, em uma primeira etapa o patrimônio passa a ser visto como forma de quotas de uma sociedade *holding*; em uma segunda etapa, antecipa-se a transferência – em vida – desses bens, através de doação de cotas à geração sucessora; por fim, visando a proteção do patrimônio diante de eventuais fraquezas dos herdeiros – em especial, em relacionamentos amorosos que poderiam resultar na dilapidação patrimonial dependendo do regime de bens adotado por eles –, seria recomendada a doação com cláusula de inalienabilidade com usufruto vitalício a favor do transmitente. Esse cenário estratégico fará com que, além de antecipar em vida, a transferência patrimonial, seja garantido a quem for o doador o poder de conduzir o negócio enquanto for vivo, assegurando o patrimônio dos riscos oriundos de partilhas de bens em relacionamentos afetivos frustrados por parte dos donatários através da impossibilidade de comunicação ou de alienação, conforme o caso.

Por outro lado, não há muito a ser feito no sentido de proteger o patrimônio quando se tratar de caso de concubinato por parte da geração vigente de algum sócio da sociedade familiar. Obviamente que o direito não poderá escusar a falta de índole dos indivíduos. Em se tratando desse caso, poderá arcar o concubino de má-fé com uma dupla punição para as desavenças amorosas que possui, estando sujeito, sim, a um duplo esgotamento patrimonial a favor da concubina de boa-fé e do próprio cônjuge que tenham contribuído para a construção do acervo de bens.

Registra-se, oportunamente, que à ocasião da constituição da *holding*, sugere-se que sejam previstas as consequências da ocorrência de divórcio por componentes do quadro social no que diz respeito tanto a sua identificação de que o cônjuge consorte passará a ter direitos sobre a

sociedade por expressa previsão legal, bem como do que acontecerá com as suas cotas para o caso deste optar pela não manutenção da *affectio societatis*.

Sob uma perspectiva da sociedade moderna, das relações cada vez mais dinâmicas e movidas pelo impulso, essencial é o resguardo do patrimônio. Mais fundamental ainda, é a organização sucessória fundada nos princípios aplicados da Governança Corporativa. Tem-se, aqui, acessível e eficaz solução para diluição de inúmeros riscos de seguimento às sociedades familiares. Até porque, diante do exposto, verificou-se que a proteção do acervo patrimonial e a continuidade da sociedade aproximam-se da satisfatória inevitabilidade se seguidas as orientações aqui obtidas.

REFERÊNCIAS

ASCARELLI, Tullio. Origem do Direito Comercial. Tradução de Fabio Comparato. **Revista de Direito Mercantil** Industrial, Econômico e Financeiro, n. 103, p.87-100, jul-set. 1996.

BERNHOEFT, Renato; GALLO, Miguel. **Governança na Empresa Familiar (e-book)**. 7 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

COELHO, Fabio Ulhoa (Coordenador); FERES, Marcelo Andrade (Coordenador). **Empresa Familiar: Estudos Jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa (e-book)**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Fábio Bellote. **Manual de Direito Comercial**. 2 ed. Barueri: Manole, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coordenadora); PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenador). **Direito das Sucessões**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, v.7.

JUNIOR, Eloy Pereira Lemos; SILVA, Raul Sebastião Vasconcelos. Reorganização societária e blindagem patrimonial por meio de constituição de holding. **Scientia Iuris**, Londrina, v.18, n. 2, dez. 2014. Disponível em <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/15481/15386>>. Acesso em: 10 out. 2015.

LEONE, Nilda Maria de Clodoaldo Pinto Guerra. **Sucessão na Empresa Familiar: Preparando as Mudanças para Garantir Sobrevivência no Mercado Globalizado (e-book)**. São Paulo: Atlas, 2005.

LODI, Pires Edna; LODI, João Bosco. **Holding (e-book)**. 3 ed. São Paulo: Cengage Learning, 2003.

LONGO, José Henrique. Criação de Holding e Proteção Patrimonial. **IBET - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários**, jun. 2013. Disponível em <<http://www.ibet.com.br/download/Jos%C3%A9%20Henrique%20Longo.pdf>>. Acesso em: em 24 out.2015.

LONGO, José Henrique; KIGNEL, Luiz; PHEBO, Márcia Setti. **Planejamento Sucessório**. São Paulo: Noeses, 2014.

MAMEDE Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Blindagem Patrimonial e Planejamento Jurídico (e-book)**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAMEDE Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding Familiar e Suas Vantagens: Planejamento Jurídico e Econômico do Patrimônio e da Sucessão Familiar (e-book)**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2010, v.1.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial & de empresa: Teoria Geral da Empresa e Direito Societário**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1.

NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. O Direito Empresarial superando o arcaico sistema dos Atos de Comércio. **Revista de Direito Privado**, v. 13/2003, jan-mar. 2003. Disponível em <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 13 set. 2015.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. **Holding, Administração Corporativa e Unidade Estratégica de Negócio: Uma Abordagem Prática (e-book)**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PRADO, Fred John Santana. A holding como modalidade de planejamento patrimonial da pessoa física no Brasil. **Jus Navigandi**, mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18605>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

PRADO, Roberta (Coordenadora); PEIXOTO, Daniel Monteiro (Coordenador); SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coordenador). **Direito Societário: Estratégias Societárias, Planejamento Tributário e Sucessório (e-book)**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1

STOLZE, Pablo Gagliano; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. As famílias em perspectiva constitucional (e-book). 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.6.

TEIXEIRA, João Alberto Borges. Holding Familiar. Tipo societário e seu regime de tributação. **IBRAEMP - Instituto Brasileiro de Direito Empresarial**, Tupã, mai.2007. Disponível em <http://www.ibrademp.org.br/UserFiles/Artigo_Holding_Familiar.pdf>. Acesso em: 24 out.2015.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário**. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, v.1.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial: Teoria Geral do Direito Comercial e das Atividades Empresariais Mercantis – Introdução à Teoria Geral da Concorrência e dos Bens Imateriais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, v.1.

a (in)constitucionalidade da lei n 13.022, de 2014 e a municipalização da segurança pública

Carlos Felipe Eninger

Graduado em Direito pela Universidade Feevale.

E-mail: eninger@feevale.br.

Igor Raatz dos Santos

Doutor e mestre em Direito pela UNISINOS. Especialista em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Membro do Instituto Iberoamericano de derecho procesal. Parecerista ad hoc da Revista de la Facultad de Derecho do Uruguay – UDELAR. Editor da Revista Temas Atuais de Processo Civil. Professor em cursos de pós-graduação em direito processual civil na PUCRS, UNOESC-SC, IMED Passo Fundo e Florianópolis, UNIVATES e UNISC. Professor convidado da UNISINOS, do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e da Escola Superior da Advocacia – OAB/RS. Professor da Universidade FEEVALE. Advogado.

E-mail: igorraatz@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O estudo do presente tema foi desenvolvido após surgirem muitas controvérsias acerca do papel das guardas municipais, e dos limites de sua competência. O intento inicial da pesquisa consistia em desenvolver uma análise do assunto, principalmente depois do ano de 2014, quando, após um longo debate político no Senado Federal, ocorreu a aprovação da Lei n.º 13.022/2014, denominada como Estatuto Geral das Guardas Municipais. Ligeiramente, a notícia difundiu-se no Brasil, criando-se a ideia de que as guardas municipais estariam, a partir de então, autorizadas a patrulhar e a atender ocorrências emergenciais dentre outras funções referendadas pela nova lei, o que gerou uma insatisfação por parte de integrantes das polícias militares do Brasil, os quais passaram se manifestar em sentido contrário ao entendimento de que as guardas municipais deveriam ter suas atribuições alargadas.

Logo, verifica-se que as opiniões dividiam-se, e embora não tenha no âmbito doutrinário vasto material que fale especificamente sobre o assunto, a saída foi trabalhar com uma pesquisa variada, para no final debater os aspectos de uma possível (in)constitucionalidade da Lei 13.022/2014, bem como o futuro das guardas municipais.

Assim, desenvolveu-se um estudo acerca das guardas municipais a partir de um viés constitucional verificando o conteúdo e os aspectos da Lei 13.022 de 2014, questionando-se a competência da União para incluir o Estatuto Geral das Guardas Municipais no ordenamento jurídico pátrio. Com isso, procurou-se sanar possíveis dúvidas, para, enfim, discutir a probabilidade da (in)constitucionalidade do Estatuto Geral das Guardas Municipais e quais as soluções para a sua continuidade. São essas as perspectivas que irão ser desenvolvidas no presente ensaio.

1 ASPECTOS CONCEITUAIS ACERCA DA SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL

A estrutura da segurança pública brasileira é construída pelo artigo 144 da Constituição Federal de 1988, o qual a descreve como “dever do Estado, direito e responsabilidade de todos”, devendo ser, “exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.¹ Nessa perspectiva, afirma-se que a segurança pública é a presteza que incumbe aos agentes estatais e a população em conjunto, de acolher a cidadania por meios preventivos e repressivos de controle à violência e da criminalidade, tudo em garantia ao exercício pleno da cidadania nos termos da lei.² Trata-se, portanto, de um aparato que é dividido, competindo às três esferas de governo e aos três poderes, bem como à sociedade, a responsabilidade e o dever de contribuir com a segurança dos cidadãos.³

Assim, à segurança pública incumbe-se, basicamente, assegurar a segurança interna de maneira coercitiva, legitimando o poder do Estado em desenvolver um conjunto de atividades para que as pessoas possam conviver em equilíbrio e ordeiramente, nunca excluindo o dever da sociedade em apoiar pessoalmente ou coletivamente.⁴

¹ FERNANDES, Fernanda. BERSAN, Ricardo Resende. Segurança Cidadã: A aplicação da ideologia da nova defesa social nas políticas públicas de proteção social. *Revista Ciências Penais*. v. 16, Jan. 2012, p. 03-04. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000149d24d530ce6f52a7d&docguid=I90ee2c00db9a11e1b6a100008517971a&hitguid=I90ee2c00db9a11e1b6a100008517971a&spos=2&epos=2&td=4000&context=12&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 01 nov. 2014.

² LEAL, Ana Beatriz; FILHO, Oswaldo Munteal; ZAMPA, Vivian (Org.). *Perspectivas da administração em Segurança Pública no Brasil*. Curitiba: CRV, 2011, p. 15.

³ FERNANDES, Fernanda. BERSAN, Ricardo Resende. Segurança Cidadã: A aplicação da ideologia da nova defesa social nas políticas públicas de proteção social. *Revista Ciências Penais*. v. 16, Jan. 2012, p. 03-04. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000149d24d530ce6f52a7d&docguid=I90ee2c00db9a11e1b6a100008517971a&hitguid=I90ee2c00db9a11e1b6a100008517971a&spos=2&epos=2&td=4000&context=12&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 01 nov. 2014.

⁴ FIGUEIREDO NETO, Diogo de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 414.

Partindo-se de termos jurídicos, a palavra “segurança” assume um sentido genérico de garantia, amparo ou situação de estabilidade perante vários campos, dependendo de sua qualificação, tendo como exemplo, à “segurança social”, que significa os meios que o indivíduo, ou sua família, tem condições de viver dignamente.⁵

Quanto à ordem pública, é necessário defini-la para depois aventar o tema segurança pública e ver que em nome dela muitas arbitrariedades já foram cometidas, esmagando-se os direitos fundamentais da pessoa humana, quando em regra somente estava autorizado o exercício regular do poder de polícia. Nesse sentido a ordem pública obsta a convivência pacífica e ordeira da sociedade.⁶

A palavra ordem deriva do latim *ordo – inis*, significa segundo o dicionário Priberam, “o ato de indicar com autoridade de que modo se devem fazer ou dispor as coisas, modo conveniente de se portar ou proceder, significa paz, tranquilidade, um grupo sujeito a um conjunto de normas”.⁷ Segundo entendimento de Claudio Pereira de Souza Neto, a Constituição, ao especificar a segurança pública no artigo 144, não quis usar um, nem outro modelo, a não ser aquele cuja finalidade seria as políticas de segurança e a “preservação da incolumidade das pessoas e do patrimônio”, mantendo a polícia militarizada, com subordinação aos governos estaduais e como reserva do Exército Brasileiro.⁸ Para ele, “ordem pública” pode ser usada para justificar outro tipo de intervenção policial, como fazer parte de um discurso democrático voltado aos princípios constitucionais

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 777.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 777–778.

⁷ ORDEM. In: DICIONÁRIO da Língua Portuguesa. Lisboa: Priberam Informática, 2008-2015. Disponível em: <<https://www.priberam.pt/DLPO/ordem>>. Acesso em: 13 Out. 2015.

⁸ NETO, Claudio Pereira de Souza. A segurança pública na Constituição Federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas. **Revista de Direito de Estado**. v. 8, n. 2, 2007, p. 8. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205505974174218181901.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

existentes.⁹ Por sua vez, Ives Granda Martins entende que a ordem pública faz parte da segurança pública, uma vez integrá-la para não se admitir a quebra da tranquilidade e da paz, sendo essencial para não colocar em risco a estabilidade política e das instituições existentes no Brasil.¹⁰

Nessa senda, verifica-se que o artigo 144 da Constituição Federal dá sentido adequado à segurança pública, quando prescreve tratar-se de uma ação voltada a preservação da ordem pública, desenvolvendo em seguida “os valores nela protegidos” destacando “a incolumidade das pessoas e do patrimônio” como reforço do conceito constitucional de ordem pública, em que se imagina a situação social dos bens e das pessoas, e que estejam em segurança.¹¹

Para José Cretella Júnior, a ordem pública justifica-se uma vez que a segurança é o seu mecanismo para ordem. Ela é necessária para garantir o mínimo existencial para que os indivíduos possam viver em sociedade pacificamente, sendo uma garantia praticada através de um conjunto de medidas, que protegem as pessoas, estados e nações, sem oferecer perigo em sua vivência e evolução.¹² Nesse sentido, José Afonso da Silva discorre que *a segurança pública não pode basear-se apenas ao combate da criminalidade, ou seja, somente à repressão, pois não é um problema somente da polícia*, já que a própria Constituição designou o dever ao Estado e a responsabilidade a todos os cidadãos, partindo da premissa de uma *nova concepção de ordem pública, na qual é fundamental a integração comunitária, o aperfeiçoamento e estudos, para compor as exigências de uma sociedade democrática que respeite os direitos dos cidadãos*.¹³

⁹ NETO, Claudio Pereira de Souza. A segurança pública na Constituição Federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas. **Revista de Direito de Estado**. v. 8, n. 2, 2007, p. 03. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205505974174218181901.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

¹⁰ MARTINS, Ives Gandra; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, v. 5, 1998, p.196.

¹¹ FIGUEIREDO NETO, Diogo de. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 384.

¹² JÚNIOR, José Cretella. Polícia e poder de Polícia. **Revista dos Tribunais**. v. 608, jul. 1986, p. 01. Disponível em: <[http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000150c9a960de08617995&docguid=I24265520f25811dfab6f010000000000&hitguid=I24265520f25811dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=8&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000150c9a960de08617995&docguid=I24265520f25811dfab6f01000000000&hitguid=I24265520f25811dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=8&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 01 nov. 2015.

¹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 779.

Verifica-se, assim, um aspecto importante da ordem pública, qual seja, o de que ela não pode ser somente repressiva. O sentido que a ela se atribuir deve estar em consonância com os princípios constitucionais, sendo usados para harmonizar meios dignos de vivência coletiva. Em suma, os governantes devem considerá-la como ponto de vista positivo e não negativo.¹⁴

Porém, Luiz Eduardo Soares afirma que, no Brasil, o que acontece é um longo e inestimável processo predatório político, em que a segurança pública não é levada a sério, pois é orientado a planos lógicos, porém passageiros, que asseguram a recompensa imediatista. O que falta segundo o autor, é um grande pacto pela paz por parte dos políticos brasileiros para que se possa diminuir a insegurança, garantido à nação brasileira a harmonia e homogeneidade social, deixando de lado aquela velha perspectiva, onde por trás se esconde o viés oportunista de cunho eleitoral.¹⁵

Nesse sentido, verificou-se várias tentativas políticas de reformas e reações populacionais para mudar o cenário ineficiente que se encontrava frente à realidade criminal existente no Brasil, instituindo condições estruturais e técnicas em cooperação a realidade policial.¹⁶ Entre as múltiplas reformas que ocorreram, o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania representou o fim do modelo padrão, aproximando a comunidade das ações de segurança pública, pondo fim ao velho entendimento de que para questões acerca da violência e do crime, só o aparato policial podia resolver, pois os problemas enfrentados, somente poderiam(ão) ser sanados com o trabalho conjunto entre a sociedade e o Estado.¹⁷

Basta uma pesquisa doutrinária para comprovar que o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania deu sentido àquilo que poucos acredita(va)m que seria possível: mudar o conceito de segurança do Estado para segurança cidadã, envolvendo bases da educação,

¹⁴ FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Segurança Pública**: Fundamentos Jurídicos para uma abordagem constitucional. São Paulo: Atlas, 2014, p. 103.

¹⁵ SOARES, Luiz Eduardo. Novas Políticas de Segurança Pública: alguns exemplos recentes. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 mai. 2003, p. 88-89. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4096>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

¹⁶ MAITRE, Rachel. BLANCO, Antônio Carlos Carballo. **Segurança Pública**. n. 4, Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, Jan. 2009, p. 97.

¹⁷ MAGALHÃES, 2008, *apud* FORTE, Francisco Alexandre de Paiva. Análise sobre o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRONASCI – Instituído pela Lei 11. 530/07 e MP 416/08. **Revista Estudos**, Goiânia, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, v. 35, n. 04, jul./ago. 2008, p. 584. Disponível em: <<http://educativa.ucg.br/index.php/estudos/article/view/683/522>>. Acesso em: 19 jul. 2015

saúde, enfim, mobilizando políticas de defesa a juventude e seu povo, solidificando ações sociais de inserção dos excluídos, dando igualdade de oportunidades a todos, e contribuindo com a prevenção da violência.¹⁸

Para Theodomiro Dias Neto, novas formas de interpretação sobre o tema segurança pública vêm se solidificando desde a década de oitenta, tais como “Nova Prevenção”, “Policciamento Comunitário” e “Policciamento Orientado ao Problema”, mas, contudo, o discurso ambíguo, principalmente por parte dos políticos tem levado a dar um novo rótulo, precisando, portanto ser discutido novos princípios com base em experiências sólidas.¹⁹

Muitas vezes, os governos prometem e implantam filosofias ditas como solução de todos os problemas, as quais somente após um longo e estimável período poderiam trazer resultados positivos, porém, as reformas estruturais necessárias para modernizar as organizações policiais dos Estados não acontecem e o processo político muitas vezes exige respostas imediatas, mas que ao passar do tempo, acabam sendo esquecidas ou abandonadas.²⁰

Partindo-se desse tema, Luiz Eduardo Soares é enfático ao afirmar que “os municípios no Brasil, não têm polícias”, portanto as guardas municipais legitimadas a guarda do patrimônio público, “só poderiam enfrentar a violência criminal com políticas preventivas de natureza não policial”, partindo da premissa que com inteligência, poderiam ser preparadas a concorrer com os criminosos no recrutamento dos jovens, para

¹⁸ MADEIRA, Lúcia Mori; RODRIGUES, Alexandre Bem. Novas bases para as políticas públicas de segurança no Brasil a partir das práticas do governo federal no período 2003-2011. **Revista Administração Pública**, Rio de Janeiro, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. 17, jan./fev. 2015, p. 14. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v49n1/0034-7612-rap-49-01-00003.pdf>>. Acesso em 01 jun. 2015.

¹⁹ DIAS NETO, Theodomiro. Em busca de um conceito de “NOVA PREVENÇÃO”. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídica**. v. 3, n. 6, 2011, p. 01-02. Disponível em: <[http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/artigos2006/Baratta-Espanha%20artigo%20theodomiromi\[1\].pdf](http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/artigos2006/Baratta-Espanha%20artigo%20theodomiromi[1].pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2015.

²⁰ MAITRE, Rachel. BLANCO, Antônio Carlos Carballo. **Segurança Pública**. n. 4, Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, Jan. 2009, p. 97-98.

não serem soldados do tráfico, precisando para tanto, oferecer as mesmas vantagens aos jovens, que “exigiria uma espécie de “customização” das políticas públicas”.²¹

Constata-se, então, que, vítima de uma ineficácia da segurança pública, a sociedade acaba perdendo economicamente e uma profunda reforma dos modelos policiais é necessária para instauração de um ambiente propício ao desenvolvimento humano, pois percebe-se como ponto crucial do problema, que a reformulação do modelo policial é pensada somente no âmbito interno das instituições. Nesse sentido, as reorganizações não são pensadas de maneira efetiva, e as instituições precisam reagir buscando conjuntamente soluções que alcancem a credibilidade da sociedade.²²

2 A SEGURANÇA PÚBLICA E O ESTATUTO GERAL DAS GUARDAS MUNICIPAIS

Com uma breve conceituação panorâmica da segurança pública brasileira, se pesquisará o papel das guardas municipais junto a Constituição Federal, a Competência da União, Estados e Municípios para legislar e o advento do Estatuto Geral das Guardas Municipais conforme depreende-se nos parágrafos seguintes.

No que concerne à segurança pública brasileira na Constituição Federal de 1988, constata-se que ela recebeu um capítulo específico e, atualmente, conta com um único dispositivo, o artigo 144, o qual arrola os órgãos integrantes que lhe integram:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

²¹ SOARES, Luiz Eduardo. Novas políticas de segurança pública. *Revista Estudos Avançados*. v.17, n. 47, São Paulo, Jan./abr. 2003, p. 05. Disponível em:<<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142003000100005>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

²² MAITRE, Rachel. BLANCO, Antônio Carlos Carballo. *Segurança Pública*. n. 4, Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, Jan. 2009, p. 98-99.

- II - polícia rodoviária federal;
 - III - polícia ferroviária federal;
 - IV - polícias civis;
 - V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.
- [...].²³

Rafael Faria Domingos afirma que a primeira parte do artigo deixa o Estado na posição de devedor com a segurança pública e responsabiliza todos, incluindo os órgãos estatais e sociedade civil, *não sendo possível falar em rol taxativo*, uma vez que a própria redação constitucional permite outros entes federativos – guardas municipais – venham a desempenhar funções acerca da segurança pública.²⁴ Com parecido entendimento, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, define como organizações policiais com base Constitucional a polícia federal, a polícia rodoviária federal, a polícia ferroviária federal, as polícias civis estaduais, as polícias militares estaduais e as guardas municipais.²⁵

No entanto, para Alexandre de Moraes, a Constituição Federal de 1988, ao arrolar em seus incisos o rol de órgãos em defesa da segurança pública, *acabou por prever taxativamente a multiplicidade de órgãos policiais*, nos quais tem duplo intento, atender os reclamos sociais e reduzir a possibilidade de intervenção por parte das Forças Armadas.²⁶

Nessa perspectiva, o pleno do Supremo Tribunal federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 236-8/RJ, de relatoria do Ministro Octávio Gallotti, decidiu que a enumeração constitucional dos órgãos policiais é taxativa, não acolhendo a interpretação extensiva do

23 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 jun. 2015.

24 DOMINGOS, Rafael Faria. Estatuto das Guardas Municipais: análise dos dispositivos da Lei 13.022/2014. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4066, 19 ago. 2014, p. 02-03. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31004>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

25 FIGUEIREDO NETO, Diogo de. **Curso de direito administrativo**, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 417.

26 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 835.

artigo 144 da Constituição Federal de 1988.²⁷ Assim, aos municípios foi concebida a capacidade de constituir por meio de suas competências em legislar, guardas municipais destinadas a proteger os bens, serviços e instalações, sendo-lhes negada a possibilidade de exercer atividades de polícia ostensiva ou judiciária.²⁸

Importante referir que, atualmente no Brasil, os municípios podem constituir guardas municipais para exercerem a guarda dos bens, serviços e instalações. Mas o contexto estabelecido pela Constituição em seu §8º, do artigo 144, foi modificado por meio de lei ordinária, a partir da qual interpreta-se as guardas municipais como sendo um novo ente de segurança pública com mesmas atribuições, já competidas a outros órgãos descritos no mesmo artigo.²⁹

É notório que o poder constituinte lapidou os poderes da União no artigo 21 e 22, os poderes dos Estados no artigo 25 e aos municípios no artigo 30, e propôs nos artigos 22, 23 e 24, respectivamente, possibilidades de delegação, áreas de atuação administrativa paralela e a atuação legislativa concorrentes, todos no mesmo texto constitucional.³⁰ Voltado ao tema, verifica-se que, pela repartição constitucional das competências, conferiu-se à União, por meio do artigo 22, o poder privativo de legislar sobre a polícia federal, polícia rodoviária e ferroviária federal (inc. XXII), bem como sobre as normativas de organização, efetivos, materiais, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares (inc. XXI), além de requisição de civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra (inc. III).³¹

²⁷ Diário de Justiça, seção I, 1 jun. 2001, pg. 75. Assemelhando-se a primeira a ADI 2827/RS - Rel. Min. Gilmar Mendes, entende que “a criação do Instituto Geral de Perícia entre os órgãos policiais estaduais autônomos, portanto desvinculado da polícia civil, viola o artigo 144 da Constituição Federal. Esse artigo prevê que a segurança pública deve ser exercida exclusivamente pela Polícia Federal, Rodoviária Federal, Ferroviária Federal, Polícias Civis, e Militares e Corpos de Bombeiros Militares. decisão em: 16 ago. 2010. Igualmente na ADI 3469/SC – Rel. Min. Gilmar Mendes, Decidido em: 16 ago. 2010.

²⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 835.

²⁹ VELASQUEZ, Douglas Pohlmann. Estatuto das Guardas Municipais é inconstitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4118, 10 out. 14, p. 01. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/34441>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

³⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 315.

³¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 320-321.

Igualmente, atribui-se à União, conforme o §7º do artigo 144 da Constituição Federal de 1988, o poder de legislar sobre o funcionamento e organização dos órgãos o qual incumbe responsabilidade pela segurança pública.³² Nessa perspectiva, Marcelo Novelino afirma que, aos Estados, cabe legislar matérias que a Constituição não vedou, cabe-lhes a competência residual ou remanescente conforme disposto no artigo 25, §1º, da Constituição Federal de 1988. Em regra os Estados devem observar as competências da União e dos municípios, além das vedações impostas pela Constituição, podendo legislar perante as demais matérias.³³

Nessa senda, Diogo de Figueiredo Moreira Neto ressalta que:

[...] nenhum dispositivo a Constituição Federal atribuiu à União competência genérica para legislar sobre a segurança pública no âmbito do Estados; ao contrário, do cometimento das quatro competências específicas sobre segurança pública, discriminados nos artigos 22, e 144, decorre, inequivocamente, que a competência genérica remanesceu com os Estados federados (art. 25, §1º).³⁴

O referido autor ainda defende que os municípios tem o dever Constitucional com a segurança pública (artigo 144, caput), mas cabe a União e ao Estado legislarem tal tema, tanto que permitiu aos municípios por meio de lei constituírem suas guardas municipais para proteção de seus bens, logo não poderá estrapolar os seus limites, pois se o legislador manifesta vontade de atribuir outras competências, elevaria como um sexto inciso do artigo 144 da Constituição Federal de 1988.³⁵

³² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 jun. 2015.

³³ NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 898-899.

³⁴ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Competência do Estado para Legislar sobre segurança pública. **Revista de Direito Processual Geral**. n. 46, p. 255-230. Rio de Janeiro, 1993. p. 227. Disponível em:<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/842868/DLFE-48875.pdf/Revista46Pareceres_pg_224_a_230.pdf> Acesso em: 17 set. 2015.

³⁵ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Competência do Estado para Legislar sobre segurança pública. **Revista de Direito Processual Geral**. n. 46, p. 255-230. Rio de Janeiro, 1993. p.227. Disponível em:< http://download.rj.gov.br/documentos/10112/842868/DLFE-48875.pdf/Revista46Pareceres_pg_224_a_230.pdf> Acesso em: 17 set. 2015.

Debruçando-se sobre o artigo 144, caput, CF, percebe-se que os municípios tem o dever comum ao povo em participar na segurança pública, competindo a União e aos Estados legislar o tema.³⁶ Seguindo a lógica de repartição da competência em legislar, portanto, incumbe ao Estado na forma residual regular a matéria de polícia judiciária e definir as atribuições da polícia civil na investigação das infrações penais. Compete também, pelo interesse regional, legislar a organização e funcionamento das instituições estaduais ou a tema relacionados com a segurança pública(art. 144, §7º da CF) e a condução jurídica dos policiais militares e bombeiros militares, conforme emenda constitucional nº 18 de 1998.³⁷

Paulo Gustavo Gonet Branco entende que “parte das competências reservadas dos municípios foi explicitamente enumerada pela Constituição Federal” e toma como exemplo, a criação de guardas municipais proposta pelo artigo 144, §8º, da mesma lei, ainda menciona, que “a outra parcela dessas competências é Implícita.”³⁸ Em mesmo compasso, Diogo de Figueiredo Moreira Neto também entende ser competência dos municípios organizar suas guardas municipais para defesa dos bens e serviços municipais.³⁹

José Afonso da Silva entende que o poder constituinte negou várias propostas de, em dado momento, constituir polícias municipais e que, com isso, aos municípios não foi especificado nenhuma responsabilidade pela segurança pública, exceto a de constituir guardas municipais destinadas a guarda dos bens, seja os de uso comum do povo, os bens de uso especial, ou ainda, bens patrimoniais, deixando de lado a de polícia ostensiva que é de competência das polícias militares.⁴⁰

³⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 144.

³⁷BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 42.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 854.

³⁹ FIGUEIREDO NETO, Diogo de. **Curso de direito administrativo**, 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 414.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 781–782.

Percebe-se a direção que o constituinte quis dar ao facultar a implantação das guardas municipais para guarda do patrimônio, impondo verdadeira fórmula genérica do interesse local, pautando-se que o princípio da predominância do interesse local, não pode ser avocado pela União para alargar às atribuições das guardas municipais.⁴¹

Há exceções, como por exemplo a emenda constitucional nº 53 de 2006, a qual incluiu o inciso VI, do artigo 30, porém elegendo a Constituição um “serviço de interesse local em dever expresso do município”, fugindo a matéria do poder privativo, tornando-se um dever do município, mas integrado a Constituição.⁴²

Alexandre de Moraes, nesse sentido, refere a presunção constitucional das competências e lá entende que sobre o interesse local, os municípios têm competência para legislar por meio próprio e instituir guardas municipais para proteção das instalações e serviços públicos, mas destaca que “salvo as tradicionais e conhecidas hipóteses de interesse local, as demais deverão ser analisadas caso a caso, vislumbrando qual o interesse predominante”.⁴³

Alerta Hely Lopes Meirelles, que a “ingerência estranha na competência municipal será inconstitucional e afastável por via judicial”, sendo o interesse local, de competência proclamada e exclusiva do município, descartando-se qualquer outra competência em cima do tema, tanto federal, como estadual.⁴⁴ Portanto, para os municípios, o regramento do interesse local, facultou a eles constituírem, por meio de legislação própria, guardas municipais para proteger o seu patrimônio e instalações, além dos serviços prestados pelo município.⁴⁵

Existe outro relevante ponto de análise destacado por Hely Lopes Meirelles, o qual afirma que “a guarda municipal destina-se ao policiamento administrativo da cidade, especialmente dos parques e jardins, dos edifícios públicos e museus, [...] tal serviço se enquadra perfeitamente na

⁴¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 315-316.

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, Jan 2013. p. 392-393.

⁴³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 330-332.

⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 121.

⁴⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 331-332.

competência municipal”.⁴⁶ Em análise ao artigo 144, §8º, identifica-se, então, que aos municípios foi facultado a instituição de guardas municipais destinadas a “proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei”, dando-lhes a escolha em implementar o serviço público para guarda dos seus bens.⁴⁷

Sendo a competência privativa do município para organizar e manter os serviços públicos locais, e reconhecidos constitucionalmente como princípio norteador da autonomia administrativa (artigo 30, CF), dito interesse local predomina em relação ao interesse estadual ou federal.⁴⁸ Assim, Ives Gandra Martins, ao comentar o art. 144, §8º, CF, corretamente descreve que para as guardas municipais foi estipulada a proteção dos bens, serviços e instalações municipais, tendo o constituinte elencado que a organização se dará nos termos da lei, que por sua vez deve ser essencialmente criada pelo município, e não poderá exceder os limites constitucionais.⁴⁹

Finalizando, verifica-se que as hipóteses de intervenção da União frente aos Estados e municípios são excepcionais, e que a autonomia do entes federativos(União/Estados/Municípios) é a característica principal de um Estado Federal, diferenciada pela tríplice capacidade de auto-organização. Portanto as únicas oportunidades da União ou um Estado em intervir nos municípios encontra-se elencada no artigo 35, da Constituição Federal de 1988.⁵⁰

Importante registrar que, antes de ser aprovada, a Lei 13.022 tramitava como Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 39, de 2014, que surgiu após o III Congresso Nacional de Guardas Municipais, realizado em 17 de setembro de 1992, no qual se assentou a importância de estabelecer

⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 323.

⁴⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 jun. 2015.

⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, Jan 2013. p. 392-393.

⁴⁹ MARTINS, Ives Gandra; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 5, p. 272.

⁵⁰ NOVELINO, Marcelo. Manual de direito constitucional. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 876-879.

normas gerais, frente a inúmeros municípios com guardas municipais, e sua importância na “segurança pública urbana e na proteção municipal preventiva”.⁵¹

Ao ser submetido a parecer na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, a Senadora Gleisi Hoffmann entendeu em seu relatório que:

[...] não foi encontrada nenhuma inconstitucionalidade formal ou material no projeto. A Constituição Federal prevê que a União estabelecerá normas gerais sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (art. 24, VII e § 1º, da CF) e que a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades (art. 144, § 7º, da CF). Ademais, o §8º do mesmo art. 144 da CF determina que os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei. O projeto observa a juridicidade, por atender aos requisitos de adequação da via eleita, generalidade, abstração, coercitividade, inovação e concordância com os princípios gerais do Direito, e obedece ao Regimento Interno do Senado Federal.⁵²

No entanto, sem objeção, em 12 de agosto de 2014, transforma-se em norma jurídica o Estatuto Geral das Guardas Municipais, argumentando-se ser necessária a normatização de alguns procedimentos comum a todas as guardas municipais do Brasil, dando condições mínimas de colaborar com a segurança pública sem atuar as corporações na clandestinidade ou ilegalidade.⁵³

Não se pretende recusar o papel importante que as guardas municipais desempenham por fazerem parte do organismo da segurança pública brasileira. Pretende-se, porém, analisar o que a União pode disciplinar em relação às guardas municipais dentro de suas competências legislativas previstas nos artigos 21 a 24 da Constituição Federal de 1988. E, nessa senda, não é possível encontrar um único dispositivo que

⁵¹ DE SÁ. Arnaldo Faria. **Projeto de Lei da Câmara nº 39, de 2014**. Dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais (Parecer da Senadora Gleisi Hoffmann). p. 1. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/117124>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

⁵² Parecer da Senadora Gleisi Hoffmann. In: DE SÁ. Arnaldo Faria. **Projeto de Lei da Câmara nº 39, de 2014**. Dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais. p. 4. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/117124>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

⁵³ Texto lido à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. In: DE SÁ. Arnaldo Faria. **Projeto de Lei da Câmara nº 39, de 2014**. Dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais. p. 18. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/117124>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

dê à União poderes para legislar sobre as guardas municipais. O artigo 30 da Constituição Federal de 1988 é explícito ao dizer que cabe aos municípios, “organizar e prestar diretamente [...] os serviços públicos de interesse local [...]”.

Não haveria nada mais municipal do que uma guarda municipal cuja competência é criada para proteção dos seus bens, serviços e instalações, não podendo a União se permitir disciplinar a criação, competência, estruturação, organização e carreira das guardas municipais, com o risco de invadir a competência legislativa municipal e ferir um dos princípios mais importantes, o princípio federativo brasileiro.

3 DOS DISPOSITIVOS CONTROVERSOS NA LEI 13.022

Assim, conforme verificou-se no item anterior, a Constituição Federal de 1988 tratou de limitar a atribuição das guardas municipais, reservando ao município legislar sobre a proteção de seus bens, serviços e instalações municipais. Nessa linha, Hely Lopes Meirelles define que a guarda municipal é:

apenas um corpo de vigilantes adestrados e armados para a proteção do patrimônio público e maior segurança dos munícipes, sem qualquer incumbência de manutenção de ordem pública (atribuição da polícia militar) ou de polícia judiciária (atribuição da polícia civil).⁵⁴

Logo, pretende-se verificar os dispositivos controversos da Lei 13.022 de 2014, começando pelo inciso III, do artigo 3º, a qual descreve serem “princípios mínimos de atuação das guardas municipais” o “patrulhamento preventivo”.⁵⁵ A propósito, percebe-se que, na mesma perspectiva, o §5º do artigo 144 da Constituição Federal prescreve que:

⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 121.

⁵⁵ BRASIL. **Lei nº 13.022, de 08 de agosto de 2014**. Dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13022.htm>. Acesso em: 19 mai. 2015.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

[...]

§ 5º Às polícias militares cabem a **polícia ostensiva** e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

[...].⁵⁶

Embora um artigo denomine patrulhamento preventivo e outro patrulhamento ostensivo, as lições de Carlos Anselmo da Fonseca explicam e esclarecem o termo, “polícia ostensiva”, e destaca o autor a supremacia do aspecto preventivo diante da ostensividade, uma vez fração da tropa se identificar pelo uniforme e caracterização da viatura. Finaliza o autor que polícia ostensiva é motivada pelo uniforme, viaturas e equipamentos padronizados.⁵⁷

Para Douglas Pohlmann Velasquez, a Constituição brasileira já havia atribuído a responsabilidade do patrulhamento ostensivo à polícia militar, entendendo estar taxativamente esposto pela carta maior, entendimento esse já decidido pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, como visto no item anterior.⁵⁸

Contrariamente a tal entendimento, Rafael Faria Domingos aduz que o legislador estabeleceu princípios mínimos, que se respeitados os limites, o patrulhamento preventivo torna-se essencial à adequada guarda do patrimônio municipal, não podendo ser usado o argumento de

⁵⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, grifo nosso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 jun. 2015.

⁵⁷ Fonseca, 1992, *apud* MARTINS, Ives Gandra; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1998. V. 5, p.258, grifo nosso.

⁵⁸ VELASQUEZ, Douglas Pohlmann. Estatuto das Guardas Municipais é inconstitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4118, 10 out. 14, p. 01-02. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/34441>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

que o legislador inseriu no ordenamento jurídico uma “nova polícia”, já que a própria Constituição tratou de incluir a possibilidade dos municípios constituírem a sua guarda municipal, com atribuições específicas.⁵⁹

Mas Diogenes Gasparini, faz um registro em cima da doutrina majoritária e define que:

[...] as guardas municipais só podem existir se destinadas à proteção de bens, serviços e instalações do Município. Não lhe cabem, portanto, os serviços de polícia ostensiva, de preservação da ordem pública, de polícia judiciária e de apuração das infrações penais. Aliás, essas competências foram essencialmente atribuídas à Polícia Militar e à Polícia Civil, consoante prescrevem os §§ 4º e 5º, do suso transcrito art. 144 da Carta Federal.⁶⁰

Outra discussão acerca do tema é relativa à interpretação dada ao disposto no artigo 4º, parágrafo único, e ao artigo 5º, inciso III, do mesmo Estatuto, que revela o intento do legislador em ampliar o limite proposto pela lei Constituição.⁶¹ Com efeito, dispõe o artigo 4º, § único da Lei 13.022:⁶²

Art. 4º É competência geral das guardas municipais a proteção de bens, serviços, logradouros públicos municipais e instalações do Município.

Parágrafo único. Os bens mencionados no caput abrangem os de uso comum, os de uso especial e os dominiais.⁶³

⁵⁹ DOMINGOS, Rafael Faria. Estatuto das Guardas Municipais: análise dos dispositivos da Lei 13.022/2014. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4066, 19 ago. 2014, p. 03-04. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31004>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

⁶⁰ GASPARINI, 1992, *apud* VIEIRA, Gustavo Cabral. Limites de atuação da Guarda Municipal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2630, 13 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17395>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

⁶¹ VELASQUEZ, Douglas Pohlmann. Estatuto das Guardas Municipais é inconstitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4118, 10 out. 14, p. 02. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/34441>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

⁶² BRASIL. **Lei nº 13.022, de 08 de agosto de 2014**. Dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13022.htm>. Acesso em: 19 mai. 2015.

⁶³ BRASIL. **Lei nº 13.022, de 08 de agosto de 2014**. Dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13022.htm>. Acesso em: 19 mai. 2015.

Percebe-se que, para ter um completo e efetivo entendimento, precisa-se conceituar os bens e suas respectivas classificações, para assim, entender a intenção do constituinte e compararmos com a do estatuto em voga.⁶⁴

Pode-se dizer que bens são todos os objetos que propiciam ao homem um aspecto útil, na qual não pode ser confundida com as coisas, mas sim, àqueles que correspondem aos desejos do homem. Em síntese, bens são as coisas palpáveis da natureza em que o homem possa se apropriar, que pode ser imóvel, tanto quanto móveis, tais como a casa, área de terra, carro, celular.⁶⁵ Sobre o aspecto jurídico o bem alcança todas as coisas materiais e imateriais em que pode ser elemento de uma relação jurídica e atribuído um fim econômico, resguardados por lei.⁶⁶

O Código Civil dispõe em seu livro II, cujo título, Dos Bens, diferentes classes de bens, onde primeiramente trabalha os bens considerados em si mesmos, que são os imóveis, móveis, fungíveis e consumíveis, divisíveis e indivisíveis, singulares e coletivos.⁶⁷

Em seguida fala dos bens considerados mútuos, quais sejam, os principais e os acessórios, além dos bens públicos que é de suma importância para que se possa interpretar a competência das guardas municipais.⁶⁸

Os bens públicos são segundo o artigo 98 do código civil, de domínio nacional atinente às pessoas jurídicas de direito público interno, sendo assim por exclusão, todos os outros particulares, em regra independente de quem são ou pertencerem. Tem-se os de uso comum do povo, e o próprio inciso primeiro do mesmo artigo exemplifica como sendo os mares, rios, estradas, ruas ou praças, assim como os de uso especial, nos quais destinam-se ao uso a administração pública federal da união, dos estados, dos municípios, incluindo as autarquias, e os municipais, constituídos pelo patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, mas com estrutura de privado.⁶⁹

⁶⁴ VELASQUEZ, Douglas Pohlmann. Estatuto das Guardas Municipais é inconstitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4118, 10 out. 14, p. 02-03. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/34441>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

⁶⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 311-312.

⁶⁶ WALD, Arnoldo. **Direito Civil**: Introdução e parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 223.

⁶⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 312-313.

⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 308-309.

⁶⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 314.

Nessa senda, verifica-se que as guardas municipais têm sua competência limitada a exercer a guarda dos bens, serviços e instalações municipais, cuja descrição encontra-se estampada no §8º, do artigo 144 da Constituição Federal de 1988.⁷⁰

Verifica-se que ficou clareada a vontade do legislador em ampliar as competências das guardas municipais no inciso XIV, do artigo 5º, estendendo a interpretação para uma atuação preventiva-criminal, como no exemplo de condução a autoridade no caso de flagrante delito, não só os infratores que atentem contra os bens municipais, mas a todos os casos de infração penal.⁷¹ Nesse mesmo sentido, no relatório Arquitetura institucional do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP), João Trajano Sento-Sé declara que:

constitucionalmente as guardas municipais têm como atribuição proteger os prédios públicos, as praças, parques e monumentos. Esse papel claramente secundário tem se ampliado bastante sem que se viole o preceito constitucional. Há um grande debate em torno do papel que as guardas municipais podem vir a ter. Há aqueles, por exemplo, que advogam um perfil mais militarizado, bem próximo, portanto, do formato atual das polícias militares. Os defensores dessa perspectiva estão normalmente entre aqueles que defendem que os guardas municipais sejam autorizados a portar arma em serviço e que funcionem como uma força predominantemente de repressão. Tal abordagem acrescenta pouco no que diz respeito a avanços na política de prevenção local, já que concebe a Guarda Municipal quase como uma duplicação da Polícia Militar. Abordagens que defendem maiores responsabilidades às guardas municipais, sem ferir o previsto na Constituição e sem encará-las como uma espécie de duplicação das polícias militares, atribuem a seus profissionais um lugar central na interação com membros das comunidades e na ligação entre essas e os órgãos do poder público, dentre eles as próprias polícias estaduais.⁷²

⁷⁰ VELASQUEZ, Douglas Pohlmann. Estatuto das Guardas Municipais é inconstitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4118, 10 out. 14, p. 01-02. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/34441>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

⁷¹ CARVALHO, Otávio Luiz de. A nova lei das guardas municipais: surge o embrião de uma nova polícia?. **Jus Navigandi**, Teresina, mar. 2015, p. 08. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/36889>>. Acesso em: 14 out. 2015.

⁷² SENTO-SÉ, João Trajano. Gestão da segurança municipal e guardas civis: experiências nacionais e internacionais, abr. 2004. In: Relatório Arquitetura institucional do Sistema Único de Segurança Pública. p. 373. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/redebrasil/executivo/nacional/anexos/arquiteturainstitucionaldosistemaunicodeseguranca publ.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2015.

Não se objetiva efetuar uma análise política partidária ou construir embasamento para ir contra as guardas municipais brasileiras, mas, sim, analisar o constante na lei ordinária referida, para que as instituições possam desfrutar de uma interpretação de maneira correta, conforme se faz necessário, frente a atual situação em que a sociedade Brasileira se encontra. Constata-se que vários doutrinadores entendem que a guarda municipal se restringe a vigilância patrimonial municipal. Diogo de Figueiredo Neto, resumidamente explica que “no plano municipal, as funções de segurança pública se restringem à atividade de vigilância, voltada à segurança patrimonial de bens, serviços e instalações”.⁷³

Para Velasquez, a inteligência do Estatuto amplia e inclui a municipalização da segurança pública, mas fica alhures do ordenamento jurídico pátrio permitindo as guardas municipais patrulhamento preventivo e a proteção da população, bem como, incluindo-as como um novo ente de segurança pública, ficando evidente e notória a usurpação de função pública, prevista pela lei maior.⁷⁴ Nesse viés, identifica-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5156, de 2014, proposta pela Federação Nacional de Entidades de Oficiais Estaduais (FENEME), na qual se questiona alguns dispositivos do Estatuto Geral das Guardas Municipais, com o argumento de que a lei transformou-as em polícia e bombeiros, com funções que variam da repressão a prevenção, atendimento emergencial, podendo gerar sérios riscos jurídicos, além de se manterem fora do mandamento constitucional pátrio.⁷⁵

Em que pese o argumento sobre a inconstitucionalidade de alguns dispositivos, Rafael Faria Domingos afirma que, embora o Estatuto atribua competências sobre o campo jurisdicional, questões discutidas como a do artigo 4º, relacionam-se, diretamente, ao §8.º do artigo 144, da

⁷³ FIGUEIREDO NETO, Diogo de. **Curso de direito administrativo**, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 417.

⁷⁴ VELASQUEZ, Douglas Pohlmann. Estatuto das Guardas Municipais é inconstitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4118, 10 out 14, p. 02-03. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/34441>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5156. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5156**. Relator Min. Gilmar Mendes. Aguardando julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4618655>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

Constituição Federal de 1988, ao passo que a previsão contida no artigo 5.º do Estatuto, não poderá ser aduzida como conflitante, uma vez que o caput do artigo 144, prevê a incumbência a outros órgãos sobre a segurança pública.⁷⁶

O Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, em seu parecer sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5156, de 2014, se inclina a pedir censura judicial do Supremo Tribunal Federal para os incisos VI, XIII e XVII do artigo 5º da Lei 13.022/14, por conceder a guarda municipal ofício de organismos policiais, violando desta forma o artigo 144, I a V e §§5º e 8º, da Constituição Federal de 1988.⁷⁷

Nesse íterim, enquanto é discutida no Supremo Tribunal Federal a questão da inconstitucionalidade da Lei 13.022, de 2014, verifica-se uma divisão tanto na doutrina, quanto nas instituições policiais brasileiras, quanto à competência e às atribuições que as guardas municipais podem ter. Portanto, paralelamente, está surgindo um novo debate em ascensão sobre uma nova reforma da Constituição Federal de 1988, a qual trará um novo desenho nas instituições policiais, incluindo-se as próprias guardas municipais, como passará a ser visto a seguir.

4 TRAÇOS DE UM NOVO RUMO PARA A GUARDA MUNICIPAL

Linhas de um novo rumo para as guardas municipais destacam-se na Proposta a Emenda Constitucional (PEC) nº 430, de 2009, a qual pretende conferir novo contexto às guardas municipais, que poderão, além da proteção dos bens, serviços e instalações municipais, efetuar vigilância ostensiva com a coordenação de um Delegado de Polícia, quebrando a controvérsia existente na atual Constituição.⁷⁸ De certa forma, é

⁷⁶ DOMINGOS, Rafael Faria. Estatuto das Guardas Municipais: análise dos dispositivos da Lei 13.022/2014. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4066, 19 ago. 2014. p. 04-05. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31004>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

⁷⁷ Manifestação da Procuradoria-Geral da República. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5156. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5156**. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4618655>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

⁷⁸ RUSSOMANNO, Celso. **Projeto de Emenda à Constituição nº 430, de 2009**. Altera a Constituição Federal para dispor sobre a Polícia e Corpos de Bombeiros dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, confere atribuições às Guardas Municipais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=458500>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

importante referir que a justificativa principal para esta mudança, é que os crimes de menor potencial ofensivo, são comuns e afetam as pessoas em geral, onde as guardas municipais competentes, poderiam atuar na prevenção ao delito elevando a segurança preventiva das pessoas, desmotivando os pequenos infratores e contribuindo para com a segurança pública. No mesmo sentido, identifica-se a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 423 de 2014, apensada a proposta nº 430 de 2009, e similarmente confere as guardas municipais o poder de patrulhamento ostensivo, sem prejuízo dos demais órgãos incumbidos.⁷⁹

Verificou-se nos resultados da análise da proposta, que sua origem partiu da 1ª Conferência de Segurança Pública (CONSEG), realizada em 2009, na qual tinha como principal diretriz:

Fomentar, garantir e consolidar uma nova concepção de segurança pública como direito fundamental e promover reformas estruturais no modelo organizacional de suas instituições, nos três níveis de governo, democratizando, priorizando o fortalecimento e a execução do SUSP - Sistema Único de Segurança Pública -, do PRONASCI - Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania - e do CONASP - Conselho Nacional de Segurança Pública com Cidadania.⁸⁰

Todavia, verificou-se uma necessidade fundamental para implementação da nova concepção, qual seja, a ruptura do velho padrão exposto na Constituição Federal de 1988, porém para reconfigurar o modelo avaliado, não há nada melhor do que invocar o poder constituinte derivado para efetuar as modificações do texto constitucional necessárias ao novo modelo proposto.⁸¹

⁷⁹ MELLO, Jorginho. **Projeto de Emenda à Constituição nº 423, de 2009**. Altera dispositivos da Constituição Federal para permitir à União e aos Estados a criação de polícia única e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=621521>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

⁸⁰ MELLO, Jorginho. **Projeto de Emenda à Constituição nº 423, de 2009**. Altera dispositivos da Constituição Federal para permitir à União e aos Estados a criação de polícia única e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=621521>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

⁸¹ MELLO, Jorginho. **Projeto de Emenda à Constituição nº 423, de 2009**. Altera dispositivos da Constituição Federal para permitir à União e aos Estados a criação de polícia única e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=621521>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

Independente de reforma constitucional, Diogo de Figueiredo Moreira Neto defende que as guardas municipais devem ser incluídas no sistema nacional de segurança pública, podendo vinculá-las com a própria polícia do Estado, definindo-as como “funções policiais suplementares”, as quais podem ser inseridas por meio de legislação Estadual nos termos do artigo 25, caput, da Constituição Federal de 1988.⁸²

Para Fernando Baqueiro Batista, pertinente seria uma divisão entre as instituições, por tipos penais, deixando as polícias civis:

[...] tratar de crimes contra a vida (homicídios, sequestros, crimes sexuais, tráfico de drogas), enquanto as Polícias Militares poderiam cuidar dos delitos patrimoniais (furtos e roubos). Em um sistema do tipo, as Guardas Municipais poderiam responder aos conflitos de “baixa densidade” como arruaça, vandalismo, disputas entre vizinhos, importunação ao sossego, violência doméstica etc. Uma divisão do tipo tornaria possível que tivéssemos um sistema de segurança pública no Brasil, encerrando a pré-história das polícias brasileiras.⁸³

Notadamente, compreende-se que as discussões sobre o regramento da segurança pública, as quais envolvem direito político, são sensíveis quando envolvem matéria do pacto federativo, que, por consequência, independente do processo que pretendem reformar o modelo atual, deverá atentar ao instituído no artigo 60, §4º, I, da Constituição Federal de 1988.⁸⁴

Contudo, cabe reconhecer que embora exacerbando os limites e atribuindo às guardas municipais novas funções por meio de lei federal, deve-se deixar claro o intento do legislador em corroborar com o combate aos infratores penais, atendendo a busca pela ordem e paz na sociedade. Todavia, deve-se discernir o intento do legislador diante da possível (in)constitucionalidade da lei ordinária, a qual estendeu a competência das guardas municipais, sem antes mudar a Constituição por meio de emenda constitucional.⁸⁵

⁸² FIGUEIREDO NETO, Diogo de. **Mutações do direito administrativo**, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 400.

⁸³ BATISTA, Fernando Baqueiro. **Polícia de Ciclo completo**: um estudo sobre sua implementação no Brasil. Rio de Janeiro: ESG, 2012. p. 56. Disponível em: <<http://www.esg.br/images/Monografias/2012/BATISTA.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2015.

⁸⁴ FIGUEIREDO NETO, Diogo de. **Mutações do direito administrativo**, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 403.

⁸⁵ CARVALHO, Otávio Luiz de. A nova lei das guardas municipais: surge o embrião de uma nova polícia?. **Jus Navigandi**, Teresina, mar. 2015, p. 09. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/36889>>. Acesso em: 14 out. 2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente cumpre destacar que mesmo concluindo a pesquisa, o assunto ainda não foi amplamente esgotado, porém, com o que foi descrito, entende-se que a segurança pública no Brasil é exercida pelo Estado com ações preventivas e repressivas, às quais incumbe assegurar o patrimônio e a segurança das pessoas, garantindo-lhes a vivência com dignidade.

Restou evidente que a ordem pública integra o conceito de segurança pública não se admitindo mais as velhas práticas, uma vez que, após o advento da Constituição Federal de 1988, somente ficou evidenciada que a sua conveniência serve para estabilidade política e para a garantia de convívio pacífico entre os cidadãos, conjunto de medidas que devem proteger as pessoas, sem oferecer ameaça à vivência humana, pautando-se sempre nas diretrizes dos direitos fundamentais.

Pelo exemplo de Luiz Eduardo Soares verificou-se que o processo político brasileiro muitas vezes aproveita-se de planos para uma resposta imediatista, faltando aquele pacto pela paz com homogeneidade social, excluindo as velhas práticas oportunistas implantadas pelo processo político, com o fim de reduzir a insegurança existente na atualidade.

Apontou-se que a doutrina inclinou a trazer novas concepções, passando a contar com modelos que envolvem o contexto social por meios de prevenção, porém com a tentativa de reforma no velho padrão policial não se obteve êxito, passando novamente a se discutir a melhor saída dentro do contexto político.

O advento do Estatuto Geral das Guardas Municipais acabou despertando novas discussões acerca do que seriam as competências das guardas municipais brasileiras. Nesse sentido, identificou-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 5156, de 2014, proposta pela Federação Nacional de Entidades de Oficiais Estaduais (FENEME), a qual coloca em xeque a constitucionalidade da Lei 13.022, de 2014. Entrando na temática principal da (in)constitucionalidade, trabalhou-se sobre dois aspectos: o primeiro, diz respeito à competência da União em legislar sobre os interesses locais do município, já que o seu artigo 144, §8.º, facultou a eles constituírem guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações,

no que se verificou que, à luz do artigo 22 da Constituição Federal, não há nada que autorizasse a União em legislar sobre as guardas municipais. Igualmente, o artigo 30 do mesmo diploma reconhece aos municípios o poder de legislar quanto aos serviços públicos de interesse local. Ademais, em sua maioria, a doutrina se inclina no sentido de que compete aos municípios legislar sobre atribuições das guardas municipais, pois não haveria nada mais municipal que a própria guarda municipal, e dito interesse local predominaria em relação ao interesse estadual e federal. O segundo aspecto, que é alvo principal da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), diz respeito ao entendimento de que as guarda municipais poderão efetuar o patrulhamento preventivo, porém, alguns doutrinadores completam que essa atribuição invade a competência taxativa disposta à polícia militar.

Seguindo, constata-se a que os artigos 4º, parágrafo único, e 5º, inciso III, da Lei 13.022, de 2014, revelam a vontade do legislador em aumentar o limite de abrangência das guardas municipais com base em um conceito amplo de bens, sendo que as mesmas, deveriam limitar-se a guarda dos bens públicos municipais.

Chegando ao final e, embora o Procurador-Geral da República tenha manifestando-se a favor da inconstitucionalidade, a matéria encontra-se em aberto, cabendo ao pleno do Supremo Tribunal Federal julgar, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 5156, de 2014, a (In)constitucionalidade do texto normativo em questão.

Em contrapartida, ademais, é importante referir que tramita a Proposta a Emenda Constitucional (PEC) nº 430 de 2009, a qual pretende conferir novo contexto as guardas municipais regendo constitucionalmente o poder de efetuar vigilância ostensiva com coordenação de um Delegado de Polícia, quebrando a controvérsia existente acerca do tema em debate.

Como último ponto a ser colocado, cabe enfatizar que, mesmo se entendo que a atribuição de novas funções às guardas municipais por meio de lei federal constitui uma extrapolação dos limites da União para legislar, imprescindível seria reconhecer o desígnio do legislador em contribuir com a segurança pública, corroborando para a instituição, o poder de prevenir e combater infratores penais, atendendo as demandas necessárias na sociedade atual, a qual espera a ordem e a paz. E, nessa senda, mais apropriado seria o poder político trabalhar em um consenso para alterar a Constituição Federal de 1988, implantando um novo desenho, quebrando de vez aquele velho padrão tão rebatido pela doutrina.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 jun. 2015.

_____. **Lei nº 13.022, de 08 de agosto de 2014**. Dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13022.htm>. Acesso em: 19 mai. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5156. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5156**. Relator Min. Gilmar Mendes. Aguardando julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4618655>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

BATISTA, Fernando Baqueiro. **Polícia de Ciclo completo: um estudo sobre sua implementação no Brasil**. Rio de Janeiro: ESG, 2012. Disponível em: <<http://www.esg.br/images/Monografias/2012/BATISTA.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2015.

CARVALHO, Otávio Luiz de. A nova lei das guardas municipais: surge o embrião de uma nova polícia?. **Jus Navigandi**, Teresina, mar. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/36889>>. Acesso em: 14 out. 2015.

DE SÁ, Arnaldo Faria. **Projeto de Lei da Câmara nº 39, de 2014**. Dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais (Parecer da Senadora Gleisi Hoffmann). p. 1. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/117124>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

DIAS NETO, Theodomiro. Em busca de um conceito de “NOVA PREVENÇÃO”. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídica**, v. 3, n. 6. 2011. Disponível em: <[http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/artigos2006/Baratta-Espanha%20artigo%20theodomiro\[1\].pdf](http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/artigos2006/Baratta-Espanha%20artigo%20theodomiro[1].pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2015.

DOMINGOS, Rafael Faria. Estatuto das Guardas Municipais: análise dos dispositivos da Lei 13.022/2014. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4066, 19 ago. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31004>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Segurança Pública: Fundamentos Jurídicos para uma abordagem constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014.

FERNANDES, Fernanda. BERSAN, Ricardo Resende. Segurança Cidadã: A aplicação da ideologia da nova defesa social nas políticas públicas de proteção social. **Revista Ciências Penais**, v. 16, Jan. 2012. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000149d24d530ce6f52a7d&docguid=>>. Acesso em: 01 nov. 2014.

FIGUEIREDO NETO, Diogo de. **Curso de direito administrativo**, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FIGUEIREDO NETO, Diogo de. **Mutações do direito administrativo**, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Fonseca, 1992, *apud* MARTINS, Ives Gandra; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1998. V. 5.

GASPARINI, 1992, *apud* VIEIRA, Gustavo Cabral. Limites de atuação da Guarda Municipal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2630, 13 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17395>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014..

JÚNIOR, José Cretella. Polícia e poder de Polícia. **Revista dos Tribunais**, v. 608, jul. 1986, p. 01. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000150c9a960de08617995&docguid=l24265520f25811dfab6f010000000000&hitguid=l24265520f25811dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=8&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

LEAL, Ana Beatriz; FILHO, Oswaldo Munteal; ZAMPA, Vivian (Org.). **Perspectivas da administração em Segurança Pública no Brasil**. Curitiba: CRV, 2011.

MADEIRA, Lígia Mori; RODRIGUES, Alexandre Bem. Novas bases para as políticas públicas de segurança no Brasil a partir das práticas do governo federal no período 2003-2011. **Revista Administração Pública**. Rio de Janeiro, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. 17, p. 03-21, jan./fev. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v49n1/0034-7612-rap-49-01-00003.pdf>>. Acesso em 01 jun. 2015.

MAITRE, Rachel. BLANCO, Antônio Carlos Carballo. **Segurança Pública**. n. 4, Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, Jan. 2009.

MAGALHÃES, 2008, *apud* FORTE, Francisco Alexandre de Paiva. Análise sobre o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRONASCI – Instituído pela Lei 11. 530/07 e MP 416/08. **Revista Estudos**, Goiânia, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, v. 35, n. 04, jul./ago. 2008, p. 584. Disponível em: <<http://educativa.ucg.br/index.php/estudos/article/view/683/522>>. Acesso em: 19 jul. 2015.

MARTINS, Ives Gandra; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, v. 5, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, Jan 2013.

_____, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 6. ed. 2011.

MELLO, Jorginho. **Projeto de Emenda à Constituição nº 423, de 2009**. Altera dispositivos da Constituição Federal para permitir à União e aos Estados a criação de polícia única e dá outras providências.. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=621521>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Competência do Estado para Legislar sobre segurança pública. **Revista de Direito Processual Geral**. n. 46, p. 255-230. Rio de Janeiro, 1993. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/842868/DLFE-48875.pdf/Revista46Pareceres_pg_224_a_230.pdf> Acesso em: 17 set. 2015.

NETO, Claudio Pereira de Souza. A segurança pública na Constituição Federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas. **Revista de Direito de Estado**. v. 8, n. 2, 2007, p. 8. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205505974174218181901.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RUSSOMANNO, Celso. **Projeto de Emenda à Constituição nº 430, de 2009**. Altera a Constituição Federal para dispor sobre a Polícia e Corpos de Bombeiros dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, confere atribuições às Guardas Municipais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=458500>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SENTO-SÉ, João Trajano. Gestão da segurança municipal e guardas civis: experiências nacionais e internacionais, abr. 2004. In: **Relatório Arquitetura institucional do Sistema Único de Segurança Pública**. p. 373. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/redebrasil/executivo/nacional/anexos/arquiteturainstitucionaldosistemaunicodesegurancapubl.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2015.

SOARES, Luiz Eduardo. Novas Políticas de Segurança Pública: alguns exemplos recentes. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 65, 1 mai. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4096>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

SOARES, Luiz Eduardo. Novas políticas de segurança pública. **Revista Estudos Avançados**. vol.17. n. 47. São Paulo, Jan./abr. 2003. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142003000100005>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

VELASQUEZ, Douglas Pohlmann. Estatuto das Guardas Municipais é inconstitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4118, 10 out. 14. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/34441>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

WALD, Arnoldo. **Direito Civil: Introdução e parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

a cobrança pela poluição da água: um estudo comparativo entre brasil e alemanha

Cristiane Marmitt

Graduada em Letras. Acadêmica do curso em Direito da Universidade Feevale.

E-mail: fmarmitt@terra.com.br.

Haide Maria Hupffer

Doutora em Direito (UNISINOS), Docente e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Qualidade Ambiental e do Curso de Graduação em Direito da Universidade Feevale. Líder do Grupo de Pesquisa Direito e Desenvolvimento.

E-mail: haide@feevale.br.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como finalidade tratar o assunto água, mais especificamente tratará sobre a cobrança pela poluição da água, fazendo um estudo comparativo entre a legislação do Brasil e da Alemanha. Busca-se responder o problema de pesquisa que é saber se a cobrança pela poluição da água na Alemanha vem trazendo resultados efetivos para a melhoria da qualidade dos recursos hídricos, quais são as principais finalidades da cobrança pela poluição em ambas as legislações e se é possível dizer que a legislação alemã é mais rigorosa que a brasileira.

A pesquisa será desenvolvida usando o método dedutivo e comparativo e, nível de pesquisa descritivo, sendo descritas as penalidades aplicadas a quem poluir os recursos hídricos tanto no Brasil quanto na Alemanha. O enfoque principal será a comparação entre as duas legislações e mostrar o modo como os dois Estados tratam questão da poluição da água e qual punição dispensam aos infratores. Como técnicas de pesquisa utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica e documental.

A escolha pelo recurso natural água, deu-se pelo fato de ser uma preocupação que impacta o direito das presentes e futuras gerações ao meio ambiente equilibrado e a sadia qualidade de vida. A crise da água está posta no Brasil e no mundo. Por isso, a pesquisa busca examinar como o Brasil e a Alemanha tratam a poluição dos recursos hídricos, não buscando novas formas de sanção a serem aplicadas aos poluidores, mas sim analisando como dois Estados diferentes tratam o assunto, tendo como suporte a legislação de ambos os países.

1 AS DIRETIVAS DA ONU E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À ÁGUA POTÁVEL

Água potável é aquela disponível no meio ambiente e que é destinada ao consumo tanto dos seres humanos quanto dos animais, sem que os mesmos corram risco de adquirir doenças por algum tipo de contaminação. Possui características importantes e imprescindíveis para o consumo. Além disso, deve estar isenta de sais minerais e micro-organismos nocivos, de modo a não causar prejuízos ao organismo.¹

Em 22 de março de 1992 a Organização das Nações Unidas – ONU – proclamou a “Declaração Universal dos Direitos da Água”, na qual expunha que a água é a seiva do planeta e essencial para a vida dos vegetais, animais e seres humanos. Sem ela não existiria nada.²

A Organização Mundial da Saúde estabeleceu padrões de potabilidade para o consumo de água. O Ministério da Saúde considera ideal para consumo a água cujos parâmetros microbiológicos, físicos, químicos e radioativos não ofereçam riscos à saúde, o que pode ser verificado na Portaria nº 518, de 25 de março de 2004, em seu artigo 4º.³

A Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, não inseriu em seu texto o acesso à água potável como direito fundamental do ser humano, apesar do extenso rol de direitos fundamentais mencionado no artigo 5º. O que é encontrado no ordenamento jurídico brasileiro são outras leis que fazem menção a este direito. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como lei maior do ordenamento jurídico que é, trouxe em seu capítulo VI, normas gerais de proteção ambiental, estabelecendo em seu artigo 225, *caput*, que é direito de todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum de toda população e essencial à uma vida sadia, com qualidade. Impôs também, no mesmo artigo, tanto ao Poder Público e à própria população, o dever de defesa e preservação para as gerações presentes e futuras,

¹ FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. **Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão**. Campinas, SP: Millennium, 2012, p. 75.

² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos da Água**. França, março 1992. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-universal-dos-direitos-da-agua.htm>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

³ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria 518, de 25 de março de 2004**. Disponível em: <www.aeap.org.br/doc/portaria_518_de_25_de_marco_2004.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2016.

reconhecendo a água como um bem ambiental de suma importância. A competência para legislar sobre as águas é dos Poderes Públicos, União ou Estados Federativos, no entanto, o dever de preservar e cuidar é de todos, uma vez que da preservação deste valioso recurso depende não só a sobrevivência e qualidade de vida tanto das gerações presentes quanto das futuras.⁴

Segundo a Lei nº 9433, de 8 de janeiro de 1997, que institui a Política Nacional dos Recursos Hídricos, a água é um bem de domínio público, considerada um recurso limitado e dotada de valor econômico. Os usos múltiplos devem ser possibilitados pela gestão dos recursos hídricos, gestão esta que deve ser descentralizada e participativa.⁵

Com a definição da Política Nacional de Recursos Hídricos, foi possível o subsídio para o início do enfrentamento da crise hídrica. Um dos objetivos da Lei 9.433/97 é assegurar que a água esteja disponível não só para as atuais, mas também para as futuras gerações, mantidos os padrões de qualidade ideais. Importante salientar que o referido diploma busca garantir a utilização do recurso de forma racional, salientando que o mesmo é um bem público e finito, estabelecendo que, em casos de extrema escassez, o uso prioritário é o de pessoas e animais, deixando, portanto, em segundo plano os demais usos para a água. Além de ser um recurso natural, a Lei atribui um valor econômico à água, pois é possível o pagamento por sua utilização.⁶

O acesso à água potável é também garantido em documentos internacionais. Pela sua importância cita-se o Relatório de Desenvolvimento Humano de 2006, publicado pela ONU (Organização das Nações Unidas) e que expressamente diz que a água é um direito humano básico, estando no cerne de uma crise que afeta diariamente milhões de pessoas em estado vulnerável, ameaçando e destruindo os meios de subsistência.⁷

⁴ FREIRIA, Rafael Costa. Direito das Águas: Aspectos legais e institucionais na perspectiva da qualidade. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 40, abr. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1738>. Acesso em out 2015.

⁵ SCHEIBE, Virgínia Amaral da Cunha. O regime constitucional das águas. *Revista de Direito Ambiental*, v. 25, p. 207-218, Jan.-Mar. 2002. *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*, v. 2, p. 1329-1342, Mar. 2011.

⁶ WEYERMÜLLER, André Rafael. *Água e adaptação ambiental: o pagamento pelo seu uso como instrumento econômico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 365.

⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. *Relatório de Desenvolvimento Humano – RDH/2006*. PNUD Brasil, p. 10. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/rdh/>> . Acesso em: 17 mar. 2016.

Em 2012 foi proposta a PEC 213/2012, apensada à PEC 39/2007, que aguarda parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. A referida emenda à Constituição incluía no artigo 6º do diploma legal em questão a água como um direito social, de modo que governantes passassem a ter o dever de provê-la a toda a população. A justificativa para tal foi que a água é um bem imprescindível para o ser humano, sem ela existe risco à integridade física, à saúde, à vida. Assim como o direito à moradia, saúde, alimentação, lazer, o acesso à água de qualidade é um direito relacionada à vida das pessoas. Se a PEC fosse aprovada, a redação do artigo 6º da Constituição passaria a ser: “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, a água, o lazer, a segurança, a previdência, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”(NR).⁸

A importância deste bem precioso é tamanha que em julho de 2010, a Organização das Nações Unidas (ONU), através da Diretiva 64/292 de julho de 2010, também reconheceu o acesso a ela e serviços de saneamento como um direito humano essencial, ou seja, o acesso à água potável, de qualidade, é imprescindível para todos, é direito humano fundamental, pois está estreitamente relacionado à dignidade humana e é vital tanto para a manutenção da vida quanto para a plena participação do ser humano na esfera pública e social. Faz-se necessário também levar em consideração um dado importante: segundo dados da ONU cada indivíduo deve ter acesso contínuo e suficiente ao abastecimento de água, tanto para uso pessoal quanto doméstico, incluído o uso para beber, lavagem de roupas, higiene pessoal e do lar, preparo de refeições. Para que suas necessidades básicas sejam asseguradas entre 50 a 100 litros diários para cada pessoa.⁹

Uma vez que a água representa vida, os mecanismos de proteção devem estar atrelados aos direitos fundamentais do ser humano. Um dos maiores desafios enfrentados atualmente é o risco de deterioração dos cursos d’água e escassez dos recursos hídricos. É o que colocam Hupffer, Verdi e Figueiredo:

⁸ MATOS, Raimundo Gomes de. Câmara dos Deputados. **PEC 39/2007**. Proposta de Emenda à Constituição nº 39/2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347951>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **O direito humano à água e saneamento**. Nova Iorque, Jul. 2010. Disponível em: http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_por.pdf. Acesso em: 06 mar. 2016, p. 3.

Se água é vida, sua proteção deve estar ancorada nos direitos fundamentais como a vida, a proteção à saúde e a dignidade do ser humano. Ter consciência do direito fundamental à água como um direito irrenunciável e inalienável ensejará, neste milênio, confrontar-se com um dos seus maiores desafios: enfrentar os riscos decorrentes do elevado grau de deteriorização da qualidade dos mananciais e da escassez de recursos hídricos. Acresça-se que esse enfrentamento só será possível se todos os povos assegurarem a proteção deste bem compatível com o princípio da dignidade humana.¹⁰

Portanto, a água é fonte de vida. Serve não somente para o bem estar físico, mas também emocional e espiritual. Por isso merece normas sofisticadas que a protejam. De acordo com Spannowsky, o Estado deve exercer sua função protetora tutelando de modo especial a água exatamente por ela ser essencial para a vida e o bem-estar das pessoas. Deve também manter a qualidade da água, bem como seu alcance ao todos, exercendo, assim, sua função preventiva. Por fim, o Estado deve evitar os riscos que a água contaminada pode trazer à saúde e bem-estar. Reitera que o Estado deve evitar qualquer dano, protegendo a água contra comportamentos criminosos, como a poluição, por exigências legais para planos públicos de cuidados ambientais.¹¹

Já que constitui direito fundamental é preciso que todos busquem, de alguma forma, soluções para reverter o quadro em que a humanidade se encontra. É preciso de forma efetiva garantir cada vez mais o acesso de todos a este bem tão precioso, reconhecendo que este acesso deve ser seguro e suficiente. Ou seja, água limpa e potável, capaz de assegurar não só o saciamento da sede, mas também a saúde de todos que a consomem. É urgente pensar em soluções, apontando alternativas uma vez que a sobrevivência de todos depende da água. Faz-se necessário que cada vez mais sejam implantadas campanhas no sentido de conscientizar a população através de um processo participativo de gestão dos

¹⁰ HUPFFER, Haide Maria; VERDI, Roberta; FIGUEIREDO, João Alcione Sganderla. A fundamentalidade do direito à água e a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana. In: HUPFFER, Haide Maria; FIGUEIREDO, João Alcione Sganderla; TUNDISI, José Golizia. **Pagamento por serviços ambientais**: incentivos econômicos para a proteção dos recursos hídricos e restauração da mata ciliar. Porto Alegre: Entremeios, 2013, p. 40.

¹¹ SPANNOWSKY, Willy. Wasser im Europarecht und in der Umweltgesetzgebung der Bundesrepublik Deutschland. In: **Seminário de Direito e Meio Ambiente**. Kaiserslautern, out. 2012.

recursos hídricos. Promover cada vez mais a valorização da água, como recursos natural e escasso, usando-a com sabedoria e na medida certa, economizando, usando medidas simples que podem, e devem ser adotadas por todos.

2 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE A COBRANÇA PELA POLUIÇÃO DA ÁGUA

A poluição das águas é um dos mais sérios problemas enfrentados atualmente. Ela decorre de modo especial da atividade humana, seja pelo despejo de esgotos tanto domésticos quanto industriais, seja pelo desmatamento das florestas. A poluição dos recursos hídricos é histórica, vem desde a antiguidade. Musetti coloca que já na antiga Macedônia, Aristóteles estudou organismos cujo desenvolvimento se dava em águas poluídas.¹²

O problema da poluição das águas é real, está muito perto de todos e precisa ser controlado. O Brasil tem uma extensa rede hídrica, composta por inúmeros rios, o clima favorece as chuvas necessárias em quase todo o território, embora nos últimos anos esta realidade venha mudando em vários Estados brasileiros com alterações significativas no regime das chuvas. De acordo com Pellacani, existem duas possibilidades de controle da poluição. Uma delas é preservar os mananciais de onde é retirada a água e outra é aprimorar o tratamento da água de modo a reutilizá-la para o abastecimento público. A primeira alternativa é mais simples e barata, enquanto a segunda é cara e complexa.¹³

A Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, em seu artigo 3º, define poluição como toda degradação ambiental que resulte de atividades que de alguma forma, direta ou indiretamente, prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar populacional, bem como criem condições impróprias para as atividades sociais e econômicas, afetem as condições sanitárias ou estéticas do meio ambiente ou lancem matérias ou energia em desacordo com padrões ambientais. O mesmo diploma legal conceitua poluidor como “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”.¹⁴

¹² MUSETTI, Rodrigo Andreotti. **Da proteção Jurídico Ambiental dos Recursos Hídricos**. São Paulo: Editora de Direito, 2001, p. 56.

¹³ PELLACANI, Christian Rodrigo. **Poluição das Águas Doces Superficiais e Responsabilidade Civil**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 51.

¹⁴ BRASIL. Presidência da República. **Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 09 mar. 2016.

Os principais poluentes da água são: o óleo de cozinha (um litro pode contaminar até 1 milhão de litros de água), esgoto doméstico, fertilizantes químicos (aumentam a quantidade de enxofre, cobre e magnésio que causam o aumento microrganismos prejudiciais à saúde), resíduos sólidos, choro, lixo nuclear, metais pesados (responsáveis pelo aparecimento de tumores), poluição térmica, petróleo, chuva ácida.¹⁵

A poluição pode ocorrer também pelo desmatamento, pelo aquecimento global e desvio dos rios. Um dos grandes problemas também são os esgotos que não são devidamente tratados e despejados nas redes fluviais, pois os rios acabam de maneira errônea sendo usados como esgotos naturais. O aumento da população e a industrialização precisam ser citados neste contexto, uma vez que dificultam a capacidade da água de se reciclar.¹⁶

Dentro do sistema jurídico brasileiro o regime jurídico das águas começou no século XIX, sendo que a primeira previsão de punição à poluição hídrica figurou nas Ordenações Filipinas em que D. Pedro I proibiu o lançamento de materiais de qualquer natureza que pudessem matar peixes ou sujar as águas dos rios e lagoas. A Constituição Imperial foi omissa no tocante às águas e ao meio ambiente. No entanto, em 1824, o assunto foi trazido à baila de forma parcial, na Lei Imperial de 1º de outubro de 1828, quando foi atribuída à Câmara Municipal a competência de legislar sobre as águas. O Código Civil de 1916 tratou os corpos d'água como propriedades imóveis privadas. De forma mais evidente, a preocupação com os recursos hídricos se dá a partir de 1934, quando a Constituição passa a expressar sua propensão de reconhecer que a água é um elemento essencial para a geração de riquezas econômicas e para o desenvolvimento.¹⁷

O Decreto 24.643, de 10 de julho de 1934, o Código de Águas, considerada uma das leis mais completas do mundo no assunto, projeta diretrizes que concedem ao Poder Público o controle e incentiva o aproveitamento industrial das águas. O referido decreto faz menção à posse das

¹⁵ OS 10 PRINCIPAIS poluentes da água. 15 de maio de 2013. Disponível em: <<https://salvemosoplaneta.wordpress.com/2013/05/15/os-10-principais-poluente-da-agua/>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

¹⁶ BRZEZINSKI, Maria Lúcia Navarro Lins. **Água doce no Século XXI: serviço público ou mercadoria internacional**. São Paulo: Lawbook, 2009, p. 31-32.

¹⁷ CASTRO, Bruna Azevedo de. Poluição hídrica: aspectos fundamentais da tutela jurídico-penal no Brasil. **Ciências Penais**, v. 6, p. 97–126, Jan./ Jun. 2007. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa**, v. 2, p. 59 – 93, Jul./ 2011.

águas, que de acordo com o mesmo, podem ser públicas, comuns ou particulares, além das desapropriações para o caso de bem aproveitamento da água. O mesmo diploma ainda prescreve que não é lícito a nenhuma pessoa conspurcar ou contaminar águas.¹⁸

No Brasil encontra-se uma grande quantidade de água, sendo assim faz-se necessário uma legislação que tutele este recurso de forma efetiva, tentando protegê-lo de modo que as gerações presentes e futuras possam usufruir do mesmo. Esta proteção deve ser atrelada à realidade, de forma a não ser simplesmente a proibição de determinadas atitudes com relação à água. É necessário que outros sistemas venham ao encontro do sistema ambiental de modo a ajudá-lo. Como bem coloca Weyermüller:

Tamanha diversidade e potencialidade hídrica como a brasileira requereu uma proteção ampla e efetiva por parte do sistema do Direito, por meio de princípios e regras estruturadas para tentar fazer frente à complexidade da tutela da água como elemento essencial e bem jurídico ambiental de primeira grandeza. Uma proteção que não esteja desvinculada do reconhecimento de uma realidade social complexa onde a simples proibição e sanção prevista na norma não é mais suficiente.¹⁹

Apesar de não trazer em seu texto a água como um direito fundamental, a Constituição Federal de 1988 trouxe modificações ao texto do Código de Águas, datado de 1934. A água deixou de ser de domínio privado passando a ser de domínio público, devendo ser a gestão “economicamente viável, ambientalmente sustentável e socialmente justa”.²⁰

Quando o assunto é poluição, é de suma importância fazer menção ao princípio do poluidor-pagador, que rege que todo aquele que poluir deve reparar fazendo com o meio ambiente volte ao status quo.²¹

¹⁸ CONHEÇA o Código de Águas Brasileiro. 10 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.pensamentoverde.com.br/meio-ambiente/conheca-codigo-aguas-brasileiro/>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

¹⁹ WEYERMÜLLER, André Rafael. **Água e adaptação ambiental**: o pagamento pelo seu uso como instrumento econômico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 359.

²⁰ REBOUÇAS, Aldo da Cunha. Proteção dos recursos hídricos. **Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental**. v. 2, Mar. 2011, p. 26.

²¹ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011, p. 66.

O princípio do poluidor-pagador está positivado na Constituição Federal de 1988, quando em seu artigo 225, § 3º, coloca que qualquer atitude e atividade que for considerada lesiva ao meio ambiente obrigará o transgressor, seja pessoa física ou jurídica, a penalidade penal ou administrativa, independente da obrigação de restaurar o dano causado. O mesmo princípio está também na Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, lei que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, no seu artigo 4º, inciso VII, dispõe que a todo aquele que poluir ou depredar será imposto a obrigação de recuperar ou indenizar danos causados. Na mesma lei, artigo 14, § 1º que o poluidor é obrigado, mesmo que não exista culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente ou a terceiros que forem afetados pela atitude lesiva.²²

É preciso cuidado ao analisar este princípio, uma vez que pode levar a uma interpretação errônea. Este princípio não quer dizer que o pagamento dará o direito de poluir, o pagamento não tornará possível que o ato ilícito seja realizado, mas na verdade, ele busca evitar que o dano ocorra. Como bem lembra Fiorillo, “Não traz como indicativo ‘pagar para poder poluir’ ou ‘poluir mediante pagamento’ ou ‘pagar para evitar a contaminação’. Não se podem buscar através dele formas de contornar a reparação do dano [...]”.²³

Milaré corrobora que o pagamento não torna lícito o ato de poluir, de modo a permitir o descarte de resíduos no meio ambiente. O pagamento não tem por objetivo tolerar a poluição. Salaria ainda que “a cobrança só pode ser efetuada sobre o que tenha respaldo na lei, sob pena de se admitir o direito de poluir”.²⁴

O princípio poluidor-pagador parte também da ideia de que os recursos naturais são escassos e que seu uso indiscriminado gera redução e degradação. Sempre que a água e o ar forem prejudicados isso importará um custo para sua recuperação e limpeza.²⁵

²² MILARÉ, Édis. Compensação Ambiental: questões controvertidas. *Revista de Direito Ambiental*. v. 43, p. 101–114, Jul- Set. 2006. *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*, v. 2, p. 351–365, Mar. 2011.

²³ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 88.

²⁴ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 10. ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 268.

²⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 52 – 53.

Granziera reforça a ideia trazida no parágrafo anterior lembrando que o referido princípio diz respeito aos custos sociais das medidas de prevenção, que repercutem no valor dos bens e serviços no primórdio da poluição, levando em consideração a produção e o consumo.²⁶ A Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, fundamenta o assunto no Princípio 16:

As autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais.²⁷

Na busca de uma interpretação o poluidor-pagador pode ser analisado de duas óticas diferentes: pode referir-se à tentativa de impedir a ocorrência de danos ambientais, sendo assim em caráter preventivo, ou então, uma vez ocorrido o dano, buscar a reparação, em caráter repressivo. Sendo assim, em primeira análise, o poluidor tem-lhe imposto o dever de responsabilizar-se pelas despesas de prevenção de danos que a atividade que exerce possam causar. É de sua responsabilidade utilizar meios para prevenir qualquer dano que possa ocorrer. Uma vez ocorrido o dano em virtude da sua atividade, é de responsabilidade do poluidor reparar o dano causado.²⁸

Aragão coloca que caso seja aplicado o princípio do poluidor-pagador de forma adequada este princípio pode trazer benefícios. Se bem calculado, de forma proporcional com o dano cometido, pode reduzir a poluição a um nível aceitável e, ao mesmo tempo, criará um fundo que poderá ser usado para o combate à poluição ou ainda para auxiliar todos aqueles que forem atingidos por ela. Segundo a autora, o legislador deverá atuar de forma a causar impacto no poluidor até que este tenha o comportamento desejado, ou seja, não poluir mais.²⁹

²⁶ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011, p. 70.

²⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992**. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2016.

²⁸ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 88.

²⁹ ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 78.

Gonçalves denuncia que a destruição da natureza e, conseqüentemente da água, tem crescido de forma assustadora devido a fatores como o crescimento populacional e tecnológico. O ser humano está contaminando os recursos d'água com resíduos dos mais diversos tipos. Por esse motivo vem prejudicando a sua saúde e bem-estar. Assim sendo, o Direito viu-se na obrigação de assegurar a sobrevivência, criando o ramo do Direito Ambiental, destinado a impedir a destruição dos recursos naturais.³⁰

Importante também referenciar que o Código das Águas, adotado na década de 30, já falava sobre medidas que podem ser comparadas ao princípio do poluidor-pagador. Em seus artigos 109 a 112, o Código declarava que não era lícito a nenhuma pessoa sujar as águas que não consumia, prejudicando, assim, terceiros com a poluição. Os custos necessários para despoluir as águas deveriam ficar à custa do infrator, sendo este responsabilizado criminalmente, além de responder por perdas e danos que fossem causados e, ainda, pelas multas previstas nos regulamentos administrativos.³¹

Em alguns países, a cobrança pelo direito de uso das águas já se encontra inserido em sua tradição, especialmente em relação ao transporte e diluição de despejos. Por esse motivo, a acolhida do princípio poluidor-pagador, tem sido mais fácil do que o do usuário-pagador. A Constituição Federal de 1988, no artigo 225, § 3º, institui sanções penais e administrativas e a reparação de danos nos casos de poluição. O mesmo acontece no artigo 4º, VII da Lei 6.938/1981, artigo 54 da Lei 9.605/1998 e o artigo 927 do Código Civil. “Sendo assim, é proibido poluir, não há cobrança pelo fato e nem poluidor-pagador, mas, a aplicação de sanções ao infrator”.³²

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, p. 85 -86.

³¹ POMPEU, Cid Tomanik. **O Direito de Águas no Brasil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 244-245.

³² POMPEU, Cid Tomanik. **O Direito de Águas no Brasil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 244-245.

Dentro da Política Nacional de Recursos Hídricos existem instrumentos importantes na gestão das águas: o Plano Nacional de Recursos Hídricos, a Outorga de Direito de Uso dos Recursos Hídricos, a Cobrança pelo Uso da Água, o Enquadramento dos Corpos d'Água em Classes de Uso e o Sistema Nacional de Informações.³³

A Política Nacional de Recursos Hídricos reza que quando lançados esgotos, sejam eles tratados ou não, será cobrado e no valor deverá ser levado em conta o volume de esgoto lançado, bem como suas características, ou seja, o quão poluentes eles são para a água.³⁴

Tundisi lembra que a Lei em questão tem grande importância e representa avanços para o País, “pois implica mudanças importantes dos administradores públicos e dos usuários, já que requer receptividade no processo de parcerias”.³⁵

A fiscalização da poluição lançada nas águas e a aplicação de sanções é responsabilidade dos órgãos estaduais de proteção ao meio ambiente. Portanto, se uma indústria despejar espumas tóxicas em um rio, o órgão do estado-membro tem o dever de tomar alguma atitude no sentido de coibir a prática. As infrações administrativas relativas à poluição da água estão espalhadas pela legislação em diversos textos. Este fato acaba prejudicando o conhecimento das mesmas e sua aplicação. Infelizmente na legislação brasileira não existe um Código Ambiental.³⁶

A Lei 9.966 de 28 de abril de 2000 “dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional”. Em seu art. 15 proíbe expressamente a “descarga em águas sob jurisdição nacional de substâncias nocivas ou perigosas classificadas na categoria ‘A’ do art. 4º” e no art. 25 indica as infrações passíveis de punição e as penalidades previstas para cada infração cometida. Entre as punições previstas está a multa e a suspensão imediata das atividades,

³³ SILVA, Vicente Gomes da. **Legislação Ambiental Comentada**. 3. ed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 316-318.

³⁴ POMPEU, Cid Tomanik. Águas doces no Direito Brasileiro. In.: REBOUÇAS, Aldo da Cunha, BRAGA, Benedito, TUNDISI, José Galizia. **Águas Doces no Brasil: Capital Ecológico, Uso e Conservação**. 3 ed revisada e ampliada. São Paulo: Escrituras, 2006, p. 684

³⁵ TUNDISI, José Galizia. **Água no século XXI: enfrentando a escassez**. São Paulo: RiMa, IIE, 2009, p. 147.

³⁶ FREITAS, Vladimir Passos de. Poluição de águas. **Seminário sobre “Questões Vigentes de Direito Ambiental”**. Conselho de Justiça Federal, out 1997. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo02.htm>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

“não isentando o agente de outras sanções administrativas e penais previstas na Lei 9.605/98” (Lei dos Crimes Ambientais) e “em outras normas específicas que tratem da matéria, nem da responsabilidade civil pelas perdas e danos causadas ao meio ambiente e ao patrimônio público e privado” (art. 25, § 3º).³⁷

O artigo 44 da Resolução 410/2009 determinava o seguinte: “O CONAMA, no prazo máximo de um ano, complementarará, onde couber, condições e padrões de lançamento de efluentes previstos nesta Resolução”.³⁸ Este prazo acabou sendo prorrogado pela Resolução 430, de 04 de maio de 2011. Esta Resolução aumentou em mais seis meses o prazo para que o CONAMA complementasse as informações relativas às condições e padrões de lançamento de efluentes.³⁹

Entre as definições elencadas na Resolução 430/2011 está a de parâmetro de qualidade do efluente, que representa as substâncias toxicológicas e ambientalmente relevantes contidas no efluente e que são capazes de poluir os corpos d’água. Fator de toxicidade vem definido como a quantidade de toxicidade presente no efluente, capaz de causar mais ou menos danos. Além disso, a Resolução traz mais informações acerca do lançamento direto de efluentes. Todo efluente lançado deve ser anteriormente tratado, de modo que esteja de acordo com os parâmetros estabelecidos, para que não cause prejuízo ao corpo receptor. São também salientados aspectos como a importância da saúde, já que deve ser mantida a qualidade da água de modo a não afetá-la, o desenvolvimento sustentável e o valor ecológico e social da água.⁴⁰

Ao mesmo tempo em que determina o tratamento do efluente, a Resolução 430/2011 traz uma exceção. Em caráter excepcional e temporário, poderá ser autorizado pelo órgão competente o lançamento de efluentes que estejam em desacordo com aos parâmetros estabelecidos. No

³⁷ BRASIL. Presidência da República. **Lei 9.966 de 28 de abril de 2000**. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9966.htm>. Acesso em: 05 mar. 2016.

³⁸ BRASIL. CONAMA. **Resolução 357, de 17 de março de 2005**. Disponível em: <www.mma.gov.br/port/conama/res/res05/res35705.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2016.

³⁹ BRASIL. CONAMA. **Resolução 410, de 04 de maio de 2009**. Disponível em: <www.mma.gov.br/port/conama/res/res09/res41009.pdf>. Acesso em: 08 de mar. 2016.

⁴⁰ BRASIL. CONAMA. **Resolução 430, de 13 de maio de 2011**. Disponível em: <www.mma.gov.br/port/conama/res/res11/res43011.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2016.

entanto, para que isso seja possível é necessário que seja devidamente comprovado entre outros aspectos, relevante interesse público, estudo ambiental que deverá ser pago por aquele que necessita lançar o resíduo, o prazo máximo para o lançamento, bem como medidas que possam neutralizar ao máximo os efeitos que o lançamento possa causar.⁴¹

Para que possam ser lançados sem causar problemas para a água, os efluentes devem seguir padrões estabelecidos na Resolução 430/2011, como: pH entre 5 e 9, temperatura inferior a 40°C, presença de no máximo 1ml/L de materiais sedimentáveis. A presença de óleos, de oxigênio e metais também é fixada nesta Resolução. A verificação da presença das características necessárias para o lançamento do efluente é dever do responsável pela fonte poluidora, ou seja, quem precisa lançar o efluente deve fazer a verificação necessária para constatar se o mesmo tem condições de ser lançado no corpo receptor. Caso as disposições da Resolução não sejam cumpridas, o infrator ficará sujeito às sanções previstas na Lei 9.605/98, a Lei de Crimes Ambientais.⁴²

Olhando sob o viés da disponibilização de água para consumo humano é importante referenciar a Portaria do Ministério da Saúde de 12 de dezembro de 2011, Portaria MS 2.914/2011, que estabelece os procedimentos de controle e de vigilância da qualidade da água para consumo humano e seu padrão de potabilidade. Em seu art. 42 dispõe que “serão aplicadas as sanções administrativas previstas na Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, aos responsáveis pela operação dos sistemas ou soluções alternativas de abastecimento de água que não observarem as determinações constantes desta Portaria, sem prejuízo das sanções de natureza civil ou penal cabíveis”. Hupffer et al. denunciam a “flacidez da legislação brasileira em relação às normas de qualidade da água para consumo humano” utilizando como exemplo a Portaria MS 2.914/2011 que “tem previsão de revisão a cada 5 anos”. Os autores argumentam que “não tem justificativa similar se comparada a qualquer outra decisão jurídica que envolva arriscar vidas humanas”. Ou seja, além de prever revisão da Portaria a cada 5 anos, a mesma Portaria indica expressamente que as análises da qualidade da água para consumo humano podem ser realizadas pelas próprias abastecedoras. Para os autores “torna-se moralmente

⁴¹ BRASIL. CONAMA. **Resolução 430, de 13 de maio de 2011**. Disponível em: <www.mma.gov.br/port/conama/res/res11/res43011.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2016.

⁴² BRASIL. CONAMA. **Resolução 430, de 13 de maio de 2011**. Disponível em: <www.mma.gov.br/port/conama/res/res11/res43011.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2016.

indefensável deixar a população a mercê das análises realizadas pelas próprias abastecedoras que, pela Portaria MS 2.914/2011, receberam a outorga de fiscalizar os seus próprios serviços”.⁴³

Na esfera penal, A Lei dos Crimes Ambientais (Lei n.9.605 de 12 de fevereiro de 1998) “dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente”. Em seu artigo 2º determina que aquele que de alguma forma concorrer para a prática de crimes ambientais, serão responsabilizados pela sua prática na medida de sua responsabilidade, devendo incidir nas penas adequadas. Cada um, na medida em que praticar ou contribuir com algum ato que polua a água deverá ser responsabilizado e penalizado. Além do agente também devem ser responsabilizados aqueles que sabiam da conduta criminosa e não tentarem impedir sua prática. Nesta categoria enquadram-se o diretor, administrador, membros de conselho ou órgão técnico, auditor, gerente, preposto ou mandatário de pessoa jurídica. Então, não apenas quem praticar o ato ilícito, mas também todo aquele que deveria evitar a sua prática e não o fizer deverá responder penalmente. Já em seu artigo 3º estabelece que as pessoas jurídicas devem ser responsabilizadas não só penalmente, mas também administrativa e civilmente quando a infração cometida for oriunda “de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.”⁴⁴

A Lei de Crimes Ambientais ainda coloca, em seu artigo 15, que existem situações que podem agravar a pena ou qualificar o crime, como por exemplo, casos em que a infração for cometida no intuito de obter alguma vantagem econômica, quando a saúde pública ou o meio ambiente forem expostos a perigo ou afetando-os de maneira grave, ou ainda em épocas de seca ou inundações.⁴⁵

⁴³ HUPFFER, Haide Maria et al. A flacidez da legislação brasileira em relação aos patógenos emergentes. *Revista de Direito Ambiental*, v. 69, p. 315-342, Jan./Mar. 2013.

⁴⁴ BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 08 nov. 2015.

⁴⁵ BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 08 nov. 2015.

Mister lembrar que o artigo 54, da Lei dos Crimes Ambientais, traz em sua redação que na sanção pode ser aplicada a pena de reclusão de um a quatro anos e multa em casos como quando a poluição causada ocorrer em níveis que possam causar danos à saúde humana ou ainda provocar morte de animais ou destruição da flora. Dispõe ainda que a reclusão pode ser de um a cinco anos se a poluição causar a interrupção do abastecimento público da água na comunidade ou se a poluição for causada por resíduos sólidos, líquidos, gasosos, óleos ou detritos que estiverem em desacordo com as exigências que forem estabelecidas em regulamentos ou leis.⁴⁶

Freitas coloca que a responsabilidade penal nos casos de crimes ambientais, entre eles a poluição, é mínima. Este fato pode ser atribuído a fatores como a legislação ser branda na punição ao poluidor ou ao fato de que muitas ocorrências nem chegam a ser apuradas para identificar o transgressor. É de suma importância mudar este quadro. Um caminho é que os operadores do Direito se conscientizem de que é preciso mudar esta atitude, pensando na disponibilidade da água no futuro. O autor ainda lembra que existe previsão legal no âmbito penal, exemplo disso é o artigo 271 do Código Penal Brasileiro que prevê pena de reclusão de dois a cinco anos para quem poluir água potável que for de uso comum ou particular e com essa atitude torná-la imprópria para o consumo ou capaz de prejudicar a saúde. Se a atitude for considerada culposa, a revisão é de reclusão de dois meses a um ano. Para que seja configurado como crime ambiental não basta a degradação, mas sim que a água se torne nociva à saúde ou imprópria para o consumo de pessoas e animais.⁴⁷

Importante ter presente que quando fala em sanção ao poluidor, a Resolução 430/2011 remete à Lei de Crimes Ambientais. Nos artigos 6º a 13 a Lei de Crimes Ambientais fala especificamente sobre a aplicação da pena no caso de pessoas físicas. Quando decidir a pena o julgador deverá observar alguns critérios importantes como a gravidade do fato e suas consequências, os antecedentes do infrator e caso a pena seja multa a situação econômica do mesmo. Existem situações capazes de atenuar a culpa do agente como sua baixa escolaridade. Deve ser averiguado

⁴⁶ BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 08 nov. 2015.

⁴⁷ FREITAS, Vladimir Passos de. Poluição de águas. **Seminário sobre “Questões Vigentes de Direito Ambiental”**. Conselho de Justiça Federal, out 1997. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo02.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

também se os agentes que deveriam fiscalizar colaboraram para a ocorrência do dano. A pena é agravada em casos como a vantagem econômica, afetar de maneira grave o meio ambiente e a saúde das pessoas, cometer o crime em momentos que dificultem sua percepção, entre outros.⁴⁸

Melo lembra que “o ato de restaurar o meio ambiente representa a tomada de consciência do homem em relação ao modo como deverá conceber a natureza, ou seja, respeitando a sua possibilidade de regeneração natural”. É preciso que o ser humano, como ser racional que é, tome consciência do quanto o meio ambiente é importante para sua sobrevivência e das demais espécies. Preservar, tentando evitar o dano, e quando este acontecer restaurar, é imprescindível para a continuidade da vida. A restauração deve ser ampla, de acordo com as tecnologias disponíveis, devendo ser levado em conta a dificuldade de quantificar o valor dos bens ambientais lesados, objetivando um caráter pedagógico não só a quem cometeu o ato poluidor, mas a toda sociedade, despertando um respeito ao meio ambiente.⁴⁹

De nada adianta uma gama enorme de leis prevendo a preservação da água, do meio ambiente se as atitudes tomadas por todos não forem neste sentido. É preciso também consciência de que nem todos os danos podem ser reparados, nem sempre é possível fazer com que o ambiente retorne ao que era antes, comprometendo a vida de muitas espécies. É como matar e depois simplesmente pedir desculpas como se tudo pudesse voltar ao que era, como se nada houvesse acontecido. É preciso cuidado com os bens naturais que o ser humano tem a sua disposição para que assim preserve também sua vida.

Só a previsão da penalização pela poluição não basta para garantir água com qualidade para as presentes e futuras gerações. Como já ressaltado nesta pesquisa, a água é fundamental para a manutenção da vida. Além do nordeste brasileiro que sofre com a escassez de recursos hídricos, outras importantes regiões brasileiras também estão sofrendo tanto em relação a qualidade dos recursos hídricos com em relação a quantidade.

⁴⁸ MARTINI, Daniel. A dosimetria da pena. Integração com a Parte Geral do Código Penal. As penas aplicáveis às pessoas físicas (artigos 6º a 13). In: MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Crimes Ambientais: comentários à Lei 9.605/98**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 87 – 88.

⁴⁹ MELO, Melissa Ely. **Restauração ambiental: do dever jurídico às técnicas reparatórias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 65-110.

3 A GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS NA ALEMANHA E A EXPERIÊNCIA NA COBRANÇA PELA POLUIÇÃO DA ÁGUA

Nos anos de reconstrução do território alemão que se seguiram após a 2ª Guerra Mundial, houve uma grande preocupação em proteger a água, uma vez que as indústrias passaram a se expandir, não conseguindo manter o mesmo ritmo na Alemanha dividida. No fim da década de 60, início da década de 70 a poluição gerava muita preocupação, já que a mesma tomou proporções enormes. Pode-se dizer que aí começa a preocupação com a preservação da água.⁵⁰

O rio Reno era considerado um esgoto a céu aberto, tamanha poluição. Em 1950 foi criada a Comissão Internacional de Proteção do Reno, a IKSR, integrada por Alemanha, Suíça, Holanda e Luxemburgo, que devia criar medidas de saneamento e preparar acordos internacionais no intuito de melhorar a qualidade da água deste rio que possui 1320 km de extensão. Em 1987 a Comissão criou o Programa de Ação para o Reno, objetivando o retorno da vida ao rio. Atualmente a carga tóxica diminuiu significativamente. Em torno de 95% dos esgotos municipais e das empresas são tratados.⁵¹

Atualmente na Alemanha quase toda população é abastecida com água potável. Dados de 2013 mostram que cada pessoa necessitava para seu consumo em torno de 121 litros de água diariamente, números bem diferentes de 1991, quando eram necessários 23 litros a mais por pessoa. O decréscimo de consumo se dá em face do cuidado que as pessoas passaram a ter com a água, reduzindo a captação.⁵²

⁵⁰ WASSERWIRTSCHAFT in Deutschland. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit. Deutschland: 2013. Disponível em: <<http://www.bmub.bund.de/service/publikationen/downloads/details/artikel/wasserwirtschaft-in-deutschland/>>. Acesso em: 03 nov 2015.

⁵¹ SOLIZ Neusa. **Vida volta ao Rio Reno**. Jul 2003. Disponível em: <<http://www.dw.com/pt/vida-volta-ao-rio-reno/a-913125>>. Acesso em: 03 nov 2015.

⁵² DAS UBA. **Öffentliche Wasserversorgung**. Disponível em: <<https://www.umweltbundesamt.de/daten/wasserwirtschaft/oeffentliche-wasserversorgung>>. Acesso em: 17 out. 2015.

A cobrança pela água na Alemanha começou em 1981, até então não era cobrada. Foi sendo introduzida de forma gradual para não representar um impacto tão grande nos custos de vida da população e produção das indústrias. É cobrada de todos que lancem resíduos nos rios. O valor cobrado leva em conta os custos para abastecimento, entre outros. Começou com o valor de 12 marcos alemães por ano, em 1982 o valor passou a 18 marcos alemães, 1983 foram cobrados 24 marcos alemães, 1984 30 marcos alemães, 1985 36 marcos alemães, 1986 40 marcos alemães, 1991 50 marcos alemães, 1993 60 marcos alemães, 1997 70 marcos alemães. Em 2002 eram cobrados 35,72 euros por ano.⁵³ Estes 35,72 euros na cotação de 14 de novembro de 2015 representam 68,45 marcos alemães.

No ano de 2007, nas maiores cidades da Alemanha, uma pessoa pagava em torno de 151 € (quinze euros) por ano. O valor mais caro cobrado é na Alemanha Oriental e na Renânia do Norte, na Vestfália e o mais barato é no norte e no sul. Com este valor uma das consequências é a diminuição na quantidade de água utilizada pelas pessoas.⁵⁴ Estes dados mostram a efetividade do princípio do usuário-pagador na Alemanha.

Em Saarbrücken, por exemplo, a taxa de águas residuais é de 3,39 €/m³. A taxa de descarga de águas residuais é de 29, 87 €/m³, outras pequenas taxas somam 48,32 €/ habitante/ano.⁵⁵

No sistema alemão o governo exerce forte poder de controle e fiscalização dos recursos hídricos, fazendo uso de instrumentos econômicos como a cobrança tanto pelo uso das águas, sejam elas superficiais ou subterrâneas, quanto pela poluição. A poluição é controlada fixando-se padrões de emissão de poluentes, que se baseiam ou na tecnologia aceitável ou na melhor tecnologia disponível, sendo neste último usada no controle de efluentes com substâncias perigosas. Apesar de ocorrer a cobrança deve existir a consciência de não emitir substâncias acima

⁵³ GESETZ ÜBER abgaben für das einleiten von abwasser in gewässer (Abwasserabgabengesetz AbwAG). Disponível em: <www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/.../gesamt.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2015.

⁵⁴ WASSER: Kosten. Disponível em: <<http://www.energiesparen-im-haushalt.de/energie/tipps-zum-energiesparen/hoher-wasserverbrauch/wasser-kosten-preis-deutschland.html>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

⁵⁵ ABWASSERGEBÜHRENSATZUNG. Landeshauptstad Saarbrücken Disponível em: <http://www.zke-sb.de/abwasser/gebuehren_und_satzungen/abwassergebuehrensatzung>. Acesso em: 11 nov. 2015.

dos padrões permitidos pela legislação. Mesmo quando ocorre em pequenas quantidades, a poluição causa prejuízo e perdas econômicas aos usuários, sendo assim, eles devem ser ressarcidos pelos danos causados.⁵⁶

Durante o XX Simpósio Brasileiro de Recursos Hídricos, Magalhães Filho e Marinho Filho explanam que a cobrança na Alemanha abrange a cobrança pela poluição, taxa autorizada pela Lei Federal da Taxa de Esgotos, pelo tratamento das águas pluviais e pela captação de águas superficiais e subterrâneas, esta praticada somente em alguns Estados. A diferença nos valores das taxas cobradas por alguns Estados leva em conta se são águas superficiais ou subterrâneas e a classificação do uso (abastecimento público, centrais elétricas, resfriamento, irrigação, etc.). Cada tipo de uso do recurso mostra os diferentes níveis de consumo que são associados às diferentes atividades. Todos que lançam algum resíduo na água, seja ele tratado ou não, pagam a taxa. Esta é fixada de acordo com a toxicidade do resíduo, não importando se o corpo hídrico já está poluído ou não.⁵⁷

Uma das leis relativas à água é a Lei Federal de Gestão das Águas, de 1957 e revisada em 1986. Ela prevê uma estrutura básica para a gestão do recurso, sendo que cada Estado está encarregado de executar a gestão da água. Outra lei referente ao assunto é a Lei de Taxação de Efluentes, datada de 1976, revisada em 1994. Esta define que uma vez que a poluição da água for diminuindo, serão concedidos incentivos econômicos e recursos financeiros para que medidas de proteção aos recursos hídricos possam ser implementados. Quem deve de forma efetiva fiscalizar e colocar tais medidas em prática são os Estados, conhecidos como Länder, que devem manter escritórios regionais e Departamentos de Águas das Secretarias de Meio Ambiente.⁵⁸

⁵⁶ MAGALHÃES FILHO, Luiz Roberto Lacerda; MARINHO FILHO, Gilberto Milhomem. Comparação de modelos de cobrança pelo uso da água: uma abordagem entre exemplos europeus, do Brasil e sugestões para implementação na bacia do rio formoso TO. In: **XX Simpósio Brasileiro de Recursos Hídricos**. Associação Brasileira De Recursos Hídricos Bento Gonçalves, 2013.

⁵⁷ MAGALHÃES FILHO, Luiz Roberto Lacerda; MARINHO FILHO, Gilberto Milhomem. **Comparação de modelos de cobrança pelo uso da água**: uma abordagem entre exemplos europeus, do Brasil e sugestões para implementação na bacia do rio formoso TO. In: **XX Simpósio Brasileiro de Recursos Hídricos**. Associação Brasileira de Recursos Hídricos. Bento Gonçalves, 2013.

⁵⁸ MACHADO, Enéas Souza. Comparação de aspectos institucionais na gestão de recursos hídricos em alguns países europeus e sua implicação para a gestão da bacia do Alto Iguaçu – PR. **Revista Brasileira de Recursos Hídricos**. v.3 n 1. Jan./Mar 1998, p. 65 -73.

Dentre os objetivos da Lei de Gestão das Águas está “a proteção do ambiente através do escoamento regular de águas residuais, incluindo resíduos operacionais e assegurar um abastecimento adequado de água ea melhoria do estado ecológico das águas (gestão da água)” (Traduziu-se).⁵⁹

Até 2006, a competência de legislar sobre a água era partilhada pelos governos federal e estadual. Era permitido ao governo federal modificar o quadro legislativo da Lei de Recursos Hídricos, no entanto, não modificar leis específicas. Desde a reestruturação ocorrida em 2006 o governo federal pode promulgar leis que tenham força legislativa de revogar leis estaduais. Os Estados até ali tinham o direito de criar suas próprias leis sobre a água, a partir de 2006 podem modificar suas leis desde que não colidam com a Lei Nacional de Recursos Hídricos.⁶⁰

A Lei sobre o Regulamento do balanço hídrico (Lei de Recursos Hídricos – WHG), de 2009, busca proteger as águas através de uma gestão sustentável, vendo a mesma como parte do ecossistema, como um meio de subsistência das pessoas, habitat dos animais e plantas e um recurso utilizável.⁶¹

Além da Lei de Recursos Hídricos outras leis tutelam a água. Exemplo disso é o Regulamento de Esgotos. Este regulamento estabelece padrões mínimos para a descarga de águas residuais. A lei determina a obrigação de pagamento de uma taxa quando ocorre a descarga de resíduos, como águas residuais ou pluviais. O valor da taxa depende da nocividade da água, ou seja, o quanto ela está poluída. Outra lei diz

⁵⁹ “Schutz der Umwelt durch geordnete Abwasserentsorgung einschließlich betrieblicher Abwässer und Gewährleistung einer ausreichenden Wasserversorgung sowie durch Verbesserung des ökologischen Zustandes der Gewässer (Wasserwirtschaft).” In: BUNDESGESETZ Wasserwirtschaft. Umweltförderungsgesetz. Deutschland: 2014, p. 4. Disponível em: <>. Acesso em: 03 nov. 2015.

⁶⁰ DAS WASSERHAUSHALTSGESETZ (WHG) im Detail. Bußgeldkatalog 2015. Disponível em: <<https://umwelt.bussgeldkatalog.org/wasserverschmutzung/>>. Acesso em: 04 nov 2015.

⁶¹ GESETZ ZUR ORDNUNG DES WASSERHAUSHALTS (Wasserhaushaltsgesetz – WHG). Lei sobre o Regulamento do balanço hídrico (Lei de Recursos Hídricos – WHG). Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz in Zusammenarbeit mit der juris GmbH. Jul 2009. Disponível em: <www.gesetze-im-internet.de/.../whg_2009/gesamt.pdf> Acesso em 04 nov 2015.

respeito à detergentes e produtos de limpeza. A Alemanha com essa lei regulamentou a composição dos detergentes e produtos de limpeza produzidos na Alemanha. Os produtos devem ser biodegradáveis e os fabricantes devem divulgar o conteúdo dos produtos utilizados.⁶²

Caso haja lançamento de resíduos nas águas o sistema jurídico alemão prevê a aplicação de multas. São multas altas que variam de acordo com a região onde aconteceu o ilícito, a quantidade e o tipo de poluição. Em caso de lançamento de substâncias não autorizadas nas águas de superfície a multa pode variar de 1.500 a 7.500 €, lançamento em pequenas quantidades de garrafas, embalagens, papéis de 10 a 100 €, resíduos em grande quantidade ou mais perigosos, 500 a 10.000 €. Se, por exemplo, for lançado petróleo ou pesticidas a multa pode ser de 100 a 25.000 €. O lançamento de águas residuais domésticas nas águas de superfície, sem autorização custam ao agente a multa de 50 a 25.000 €. A introdução de esterco líquido, sem a devida autorização, ou infiltração proveniente de silo em águas de superfície, custa ao agente de 150 a 50.000 €, variando se o material for contaminado com veneno, por quanto tempo ocorreu a infiltração ou se a mesma ocorreu um única vez. Pelos valores apresentados, e estes são somente alguns exemplos, pode-se perceber que a poluição custa caro ao agente.⁶³

Corroborando com a ideia, Peixoto, coordenadora do Projeto Água em Unidade de Conservação, coloca que o sistema alemão é descentralizado por regiões e não funciona de modo participativo, sendo que a cobrança pelo uso da água ocorre desde a década de 1980 e oferece descontos aos usuários que controlem não só o consumo como também o lançamento de esgotos ou resíduos industriais. Esses descontos servem como incentivo para que ocorra a proteção da água no consumo e no controle da poluição. Eles podem ser usados como exemplos de eficiência na aplicação das normas relativas ao meio ambiente.⁶⁴

Por fim, na Alemanha não é apenas a legislação que se mostra efetiva, mas também todo o sistema educacional alemão que é voltado para a educação ambiental. Um dos projetos é “Spaß im Wasser Bieberbach” – “Diversão na Água Bierbach” - projeto de educação ambiental do governo

⁶² DAS WASSERHAUSHALTSGESETZ (WHG) im Detail. Bußgeldkatalog 2015. Disponível em: <<https://umwelt.bussgeldkatalog.org/wasserverschmutzung/>>. Acesso em: 04 nov 2015.

⁶³ WASSERVERSCHMUTZUNG. BUSSGELDKATALOG 2015. Disponível em: <https://umwelt.bussgeldkatalog.org/wasserverschmutzung/>. Acesso em: 06 nov 2015.

⁶⁴ PEIXOTO, Sônia L. **Água**: bem público em unidades de conservação. Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas – IBASE. Rio de Janeiro: IBASE, jul. 2006, p. 10.

federal de Kreisgruppe Dachau. Direcionado para crianças entre 3 e 7 anos e patrocinado pelo Ministério da Baviera para o Meio Ambiente, Saúde e Consumo, seu objetivo promover a educação ambiental com as crianças e seus responsáveis de modo a desenvolver a consciência e responsabilidade ambiental e um comportamento comprometido com os recursos naturais.⁶⁵

Além de projetos educacionais também são realizados programas do Governo Federal buscando promover cada vez mais a preservação do Meio Ambiente. Um exemplo é o Programa Federal „Fita Azul“, proposto em setembro do ano de 2015. Este programa tem por objetivo promover a restauração de rios e planícies aluviais, considerando as paisagens dos rios como um todo. O programa também define novos padrões para o lazer nessas áreas. A preocupação é manter o potencial de desenvolvimento ecológico dos rios.⁶⁶

A Alemanha mostrou que o envolvimento direto em projetos pela ação-reflexão-ação é mais importante do que um belo arcabouço jurídico. Além da Educação Ambiental outro fator que salta aos olhos na comparação do Brasil com a Alemanha é a efetividade da legislação com a aplicação da cobrança pela poluição das águas e multas pesadas para quem poluir além dos parâmetros permitidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo dos anos a legislação alemã tem mostrado resultados mais efetivos, visto que a punição prevista para os poluidores é a utilização da unidade de poluição equivalente à poluição produzida por um indivíduo e definida para cada tipo de poluente. Outro destaque é que a população alemã tem um maior respeito pelas leis, se elas existem devem ser cumpridas, não questionadas ou desrespeitadas. E, se por acaso acontecer algum deslize e ocorrer o despejo de resíduos os corpos d'água, há a aplicação de multas de acordo com o material poluente e sua quantidade, ou seja, o agente será penalizado pecuniariamente. As multas aplicadas são altas, talvez seja este mais um motivo para o cumprimento das leis.

⁶⁵ WASSER +. Fünf Wasserworkshops für verschiedene Zielgruppen. Disponível em: http://www.praxis-umweltbildung.de/h2o_g.php. Acesso em: 05 nov 2015.

⁶⁶ BUNDESPROGRAMM "Blaues Band". Disponível em: <http://www.bmub.bund.de/themen/wasser-abfall-boden/binnengewasser/fluesse-und-seen/blau-band/>. Acesso em: 05 nov 2015

Outro ponto que se desejava esclarecer era se a legislação brasileira era mais branda do que a alemã. Através da pesquisa pode-se concluir que a legislação brasileira é branda na penalização do poluidor. Talvez um dos motivos para esta realidade seja o fato de que na legislação brasileira existam várias leis esparsas além de artigos em diversas outras normas que versam sobre o meio ambiente, dificultando muitas vezes o enquadramento do infrator na lei adequada. Para além do já exposto, pode-se dizer que outro motivo para a dificuldade de penalização no Brasil por poluição hídrica é o fato de que muitas vezes não é possível identificar quem cometeu a infração, o que pode acontecer por falta de efetividade na investigação do fato e falta de fiscalização pelos organismos responsáveis.

REFERÊNCIAS

ABWASSERGEBÜHRENSATZUNG. Landeshauptstad Saarbrücken Disponível em: <http://www.zke-sb.de/abwasser/gebuehren_und_satzungen/abwassergebuehrensatzung>. Acesso em: 11 nov. 2015.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria 518, de 25 de março de 2004**. Disponível em: <www.aeap.org.br/doc/portaria_518_de_25_de_marco_2004.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2014.

_____, Presidência da República. **Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981**.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 09 out; 2015.

_____, Presidência da República. **Lei 9.966 de 28 de abril de 2000**. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9966.htm>. Acesso em: 05 mar. 2016.

_____, Presidência da República. **Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 08 nov. 2015.

_____, CONAMA. **Resolução 357, de 17 de março de 2005**. Disponível em: <www.mma.gov.br/port/conama/res/res05/res35705.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2016.

_____, CONAMA. **Resolução 410, de 04 de maio de 2009**. Disponível em: <www.mma.gov.br/port/conama/res/res09/res41009.pdf>. Acesso em: 08 de mar. 2016.

_____, CONAMA. **Resolução 430, de 13 de maio de 2011**. Disponível em: <www.mma.gov.br/port/conama/res/res11/res43011.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2015.

BRZEZINSKI, Maria Lúcia Navarro Lins. **Água doce no Século XXI: serviço público ou mercadoria internacional**. São Paulo: Lawbook, 2009.

BUNDESGESETZ Wasserwirtschaft. Umweltförderungsgesetz. Deutschland: 2014, p. 4. Disponível em: <>. Acesso em: 03 nov. 2015.

BUNDESPROGRAMM „Blaues Band“. Disponível em: <http://www.bmub.bund.de/themen/wasser-abfall-boden/binnengewasser/fluesse-und-seen/blauges-band/>. Acesso em: 05 nov 2015

CASTRO, Bruna Azevedo de. Poluição hídrica: aspectos fundamentais da tutela jurídico-penal no Brasil. **Ciências Penais**, v. 6, p. 97–126, Jan./Jun. 2007. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa**, v. 2, p. 59 – 93, Jul./ 2011.

CONHEÇA o Código de Águas Brasileiro. 10 de janeiro de 2014. Disponível em: <http://www.pensamentoverde.com.br/meio-ambiente/conheca-codigo-aguas-brasileiro/>. Acesso em: 10 mar. 2016.

DAS UBA. **Öffentliche Wasserversorgung**. Disponível em: <<https://www.umweltbundesamt.de/daten/wasserwirtschaft/oeffentliche-wasserversorgung>>. Acesso em: 17 out. 2015.

DAS WASSERHAUSHALTSGESETZ (WHG) im Detail. Bußgeldkatalog 2015. Disponível em: <https://umwelt.bussgeldkatalog.org/wasserverschmutzung/>. Acesso em: 04 nov 2015.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. **Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão**. Campinas, SP: Millennium, 2012.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

FREIRIA, Rafael Costa. Direito das Águas: Aspectos legais e institucionais na perspectiva da qualidade. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 40, abr. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1738>. Acesso em out 2015.

FREITAS, Vladimir Passos de. Poluição de águas. **Seminário sobre “Questões Vigentes de Direito Ambiental”**. Conselho de Justiça Federal, Out. 1997. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo02.htm>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, p. 85 -86.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

HUPFFER, Haide Maria; VERDI, Roberta; FIGUEIREDO, João Alcione Sganderla. A fundamentalidade do direito à água e a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana. In: HUPFFER, Haide Maria; FIGUEIREDO, João Alcione Sganderla; TUNDISI, José Golizia. **Pagamento por serviços ambientais**: incentivos econômicos para a proteção dos recursos hídricos e restauração da mata ciliar. Porto Alegre: Entremeios, 2013.

HUPFFER, Haide Maria et al. A flacidez da legislação brasileira em relação aos patógenos emergentes. **Revista de Direito Ambiental**, v. 69, p. 315-342, Jan./Mar. 2013.

MACHADO, Enéas Souza. Comparação de aspectos institucionais na gestão de recursos hídricos em alguns países europeus e sua implicação para a gestão da bacia do Alto Iguaçu – PR. **Revista Brasileira de Recursos Hídricos**. v.3 n 1. Jan./Mar 1998.

MAGALHÃES FILHO, Luiz Roberto Lacerda; MARINHO FILHO, Gilberto Milhomem. Comparação de modelos de cobrança pelo uso da água: uma abordagem entre exemplos europeus, do Brasil e sugestões para implementação na bacia do rio formoso TO. In: **XX Simpósio Brasileiro de Recursos Hídricos**. Associação Brasileira De Recursos Hídricos. Bento Gonçalves, 2013.

MARTINI, Daniel. A dosimetria da pena. Integração com a Parte Geral do Código Penal. As penas aplicáveis às pessoas físicas (artigos 6º a 13). In: MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Crimes Ambientais**: comentários à Lei 9.605/98. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MATOS, Raimundo Gomes de. Câmara dos Deputados. **PEC 39/2007**. Proposta de Emenda à Constituição nº 39/2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347951>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

MELO, Melissa Ely. **Restauração ambiental**: do dever jurídico às técnicas reparatórias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MILARÉ, Édis. Compensação Ambiental: questões controvertidas. **Revista de Direito Ambiental**. v. 43, p. 101–114, jul.set./ 2006. **Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental**, v. 2, p. 351–365, mar. 2011.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10. ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MUSETTI, Rodrigo Andreotti. **Da proteção Jurídico Ambiental dos Recursos Hídricos**. São Paulo: Editora de Direito, 2001.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos da Água**. França, março 1992. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-universal-dos-direitos-da-agua.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

_____, **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992**. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2016.

_____, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. **Relatório de Desenvolvimento Humano – RDH/2006**. PNUD Brasil, p. 10. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/rdh/>>. Acesso em: 17 nov. 2014.

_____, **O direito humano à água e saneamento**. Nova Iorque, Jul. 2010. Disponível em: http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_por.pdf>. Acesso em: abr. 2015, p. 3.

PEIXOTO, Sônia L. **Água**: bem público em unidades de conservação. Rio de Janeiro: IBASE, jul. 2006.

PELLACANI, Christian Rodrigo. **Poluição das Águas Doces Superficiais e Responsabilidade Civil**. Curitiba: Juruá, 2012.

POMPEU, Cid Tomanik. **O Direito de Águas no Brasil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

REBOUÇAS, Aldo da Cunha. Proteção dos recursos hídricos. **Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental**. v. 2, Mar. 2011.

SILVA, Vicente Gomes da. **Legislação Ambiental Comentada**. 3. ed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

SOLIZ Neusa. **Vida volta ao Rio Reno**. Jul. 2003. Disponível em: <<http://www.dw.com/pt/vida-volta-ao-rio-reno/a-913125>>. Acesso em: 03 nov 2015.

SPANNOWSKY, Willy. Wasser im Europarecht und in der Umweltgesetzgebung der Bundesrepublik Deutschland. In: **Seminário de Direito e Meio Ambiente**. Kaiserslautern, out 2012.

TUNDISI, José Galizia. **Água no século XXI: enfrentando a escassez**. São Paulo: RiMa, IIE, 2009.

WASSER: Kosten. Disponível em: <<http://www.energiesparen-im-haushalt.de/energie/tipps-zum-energiesparen/hoher-wasserverbrauch/wasserkosten-preis-deutschland.html>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

WASSER +. Fünf Wasserworkshops für wesrchiedene Zielgruppen. Disponível em: <http://www.praxis-umweltbildung.de/h2o_g.php>. Acesso em: 05 nov 2015.

WASSERWIRTSCHAFT in Deutschland. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit. Deutschland: 2013. Disponível em: <<http://www.bmub.bund.de/service/publikationen/downloads/details/artikel/wasserwirtschaft-in-deutschland/>>. Acesso em: 03 nov 2015.

WEYERMÜLLER, André Rafael. **Água e adaptação ambiental: o pagamento pelo seu uso como instrumento econômico**. Curitiba: Juruá, 2014.

teoria de precedentes obrigatórios: solução ao problema da interpretação do direito?

Diogo Kniest Stein

Graduando do Curso de Direito
na Universidade Feevale.

E-mail: diogokstein@gmail.com.

Igor Raatz dos Santos

Doutor e mestre em Direito pela UNISINOS.
Especialista em Direito Processual Civil pela
Academia Brasileira de Direito Processual
Civil. Membro do Instituto Iberoamericano
de derecho procesal. Parecerista ad hoc
da Revista de la Facultad de Derecho do
Uruguay – UDELAR. Editor da Revista Temas
Atuais de Processo Civil. Professor em cursos
de pós-graduação em direito processual
civil na PUCRS, UNOESC-SC, IMED Passo
Fundo e Florianópolis, UNIVATES e UNISC.
Professor convidado da UNISINOS, do
Ministério Público do Estado do Rio Grande
do Sul e da Escola Superior da Advocacia
– OAB/RS. Professor da Universidade
FEEVALE. Advogado.

E-mail: igor@raatzanchieta.com.br.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio visa a refletir acerca da inserção, no sistema processual brasileiro, dos chamados “precedentes obrigatórios”, traçando, para tanto, o pano de fundo que lastreia o seu desenvolvimento em sede doutrinária. Identifica-se, nesse sentido, que os “precedentes obrigatórios” vem sendo incorporados no direito brasileiro, por um lado, para lidar com o problema da litigiosidade de massa (casos repetitivos) e, por outro, para servir de salvação para o problema da indeterminação do direito. Apesar dessa dupla função que, por si só, já aponta para uma verdadeira confusão conceitual e terminológica a respeito do tema, pretende-se, nas linhas que seguem, problematizar em que medida a teoria dos precedentes obrigatórios é capaz de impor uma espécie de fusão entre *common law* e *civil law* e, principalmente, se referida teoria é capaz dar conta dos problemas que envolvem a interpretação do direito.

1 CONFUSÃO TERMINOLÓGICA E O PANO DE FUNDO DA INSERÇÃO DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRA

Para inaugurar o presente trabalho se faz necessária a clarificação do contexto jurídico atual, em especial, no que tange à conceituação e utilização de precedentes na interpretação do direito Brasileiro. Assim, é de extrema importância a adequada compreensão das diferenças conceituais entre precedente, decisão judicial, súmula (vinculante ou não) e jurisprudência, dado que o novo Código de Processo Civil, segundo setores doutrinários que cegamente defendem a teoria dos precedentes obrigatórios, visa “ressignificar os conceitos de jurisprudência e de

súmulas e introduzir o de precedentes”¹, sendo necessária uma verificação preliminar acerca de tais concepções, para então aprofundar o estudo acerca da adoção da teoria de precedentes obrigatórios enquanto solução à interpretação jurídica.

Nesse sentido, haja vista que até o momento a formação da jurisprudência brasileira se dá, via de regra, pela edição de enunciados ementários e súmulas, e não por modelos de construção argumentativa, necessária se faz a abordagem quanto à diferenciação dos conceitos, para melhor compreensão do tema proposto. Como ressalva Rodriguez, a falta de organização e sistematização na construção jurisprudencial, com a criação de entendimentos jurídicos que se traduzem, via de regra, na opinião individual dos julgadores, aponta para uma falha na significação de precedente. Dado que, em sua maioria, os modelos de fundamentação se baseiam em resultados anteriores, com suporte em formulações genéricas e abstraídas da realidade fática originária, não há a formação de uma base argumentativa organizada, mas sim um rol de comandos formatados, com proposições de “sim/não” que devem ser subsumidas ao caso em apreço. Assim, a ideia de um sistema de precedentes, com uma aproximação teórica do *common law*, mostra-se, sob um primeiro ponto de vista, de todo equivocada para designar, atualmente, o sistema jurídico Brasileiro.²

Como ponto de partida, há que se distinguir os conceitos de precedente e jurisprudência, ainda que comumente se utilizem tais expressões como sinônimas. De pronto, cumpre destacar a diferença quantitativa entre precedente e jurisprudência, ainda que as distinções entre os institutos não se limitem a esse critério. Ao se falar em precedente, enquanto elemento caracterizador e componente histórico do sistema de *common law*, remete-se à ideia de decisão proferida em um contexto fático individual, ou seja, um julgamento de determinada lide particular, única e singular. Por outro lado, o termo jurisprudência indica um posicionamento jurídico adotado em uma multiplicidade de decisões, vale dizer, diz respeito um conjunto de variados e diferentes casos concretos. Como assevera Taruffo, em um sistema de *civil law*, tal qual o sistema jurídico Brasileiro, ao referir-se à jurisprudência, enquanto fundamentação, em regra, faz-se alusão à uma série de decisões sem que, entretanto, sejam cotejadas tais

¹ MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. v. 245, Jul. 2012, p. 333-349. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000015054904016b88a2aa6&docguid=lf4e32d0418511e5b17b010000000000&hitguid=lf4e32d0418511e5b17b010000000000&spos=2&epos=2&td=82&context=14&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 10 out. 2015.

² RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?*: para uma crítica do direito (Brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 14-15.

decisões individualmente e analiticamente, o que implica, como resultado, na difícil distinção entre quais julgamentos, de fato, foram relevantes para a consolidação de determinado posicionamento jurídico. Sob outro viés, salienta que há, também, insuperável dificuldade, através do citado método jurisprudencial, em descobrir se, verdadeiramente, existe jurisprudência assentada em determinada direção, dada a multiplicidade de posicionamentos, ocasionalmente inclusive em sentidos opostos.³

Como certifica Mitidiero, em regra o conceito de jurisprudência se visualiza no manejo interpretativo da lei, exercido pelas cortes na solução de casos. Dessa forma, por meio de uma reiterada interpretação, assenta-se determinado posicionamento jurídico, cuja manutenção será capaz de gerar certa unidade jurisprudencial. Isso posto, verificado o posicionamento uniforme, cria-se um padrão de autoridade para casos futuros, inábil, todavia, à vincular formalmente os posicionamentos posteriores.⁴

Sob outro aspecto, a diferença entre precedente e jurisprudência se verifica na análise qualitativa desses institutos. O precedente, mais qualificado do que a jurisprudência, tem potencial de se tornar uma norma universalizante, ou seja, capaz de aplicação posterior em função de sua correspondência fática entre o caso paradigma e o caso futuro. Dessa forma, posta a similitude fática entre os casos, mediante análise interpretativa, criar-se-ia o precedente. Salienta-se, entretanto, que a aplicação da *ratio decidendi*⁵ justifica-se na compreensão, pelo julgador, de uma identidade fática entre os casos, fazendo com que, por assim dizer, o precedente seja eficaz em determinar a decisão prolatada no caso futuro. Percebe-se, dessa

³ TARUFFO, Michelle. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**. v. 199, Set. 2011, p. 139-155. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81816000015054ca39b2a557f615&docguid=I31e263f0e67411e08e4300008558bb68&hitguid=I31e263f0e67411e08e4300008558bb68&spos=4&epos=4&td=9&context=68&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 10 out. 2015.

⁴ MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. v. 245, Jul. 2012, p. 333-349. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000015054904016b88a2aa6&docguid=I31e263f0e67411e08e4300008558bb68&hitguid=I31e263f0e67411e08e4300008558bb68&spos=2&epos=2&td=82&context=14&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 10 out. 2015.

⁵ “[...] a distinction between the reason for deciding, or *ratio decidendi*, and the tangential observations, or *obiter dicta*”. Explica-se, aqui, a distinção entre a *ratio decidendi* e a *obiter dicta*, ou ainda, *obiter dictum*. Em resumo, diferem-se entre si pois no primeiro conceito, *ratio decidendi*, estão inseridas as razões de decidir do caso paradigma, ou seja, o cerne do precedente e aquilo que, de fato, vincula o julgado futuro; Já o segundo conceito, *obiter dictum*, ilustra as observações tangenciais proferidas na decisão, que todavia não influenciam no rumo da decisão, tampouco vinculam casos futuros. In: DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: University Press, 2008, p. 26, 27, 67, 68.

forma, que um único caso paradigma é capaz de influenciar a fundamentação de caso sucessivo. De outra banda, a jurisprudência vem assentada sob a forma de compreensão geral, correspondendo a um enunciado abstrato, de modo a sintetizar o posicionamento judicial adotado sem, contudo, ater-se à análise fática dos casos que a erigiram. Trata-se, como menciona Taruffo, “de formulações verbais, concentradas em uma ou em poucas frases, que têm por objeto regras jurídicas.”, e que não suportam a facticidade inerente às decisões, tal qual se visualiza nas ementas judiciais.⁶

Em segunda análise, diferenciam-se, também, Súmulas e Precedentes, ainda que, por vezes⁷, tais institutos sejam postos como sinônimos, ou ainda, aquelas como sendo espécie desses. Conforme elucida Streck, “Súmula não é precedente”. Precedente, como dito alhures, é a *ratio decidendi* proferida em um caso individualizado, em um contexto fático próprio, único e detalhado. Assim, por ser um caso particular, com especificidades próprias, “tem nome, sobrenome e individualidade”. Já, por outro lado, as Súmulas (vinculantes ou não), não se adequam ao conceito de precedente, já que não passam de enunciados textuais, na prática, abstraídos das realidades fáticas, plurais, que as criaram e que, por assim dizer, assemelham-se aos enunciados legais. Em síntese, as Súmulas se diferenciam dos precedentes posto que esses, em regra, nascem como decisão de um caso passado, de um conjunto fático-histórico concreto e, eventualmente e incidentalmente, irradiarão efeitos a casos futuros. Já as súmulas, essas já nascem com o intuito de “solução de casos futuros”, pois tratam-se de enunciados gerais e abstratos, de pretensão caráter vinculante ou, ao menos, persuasivo.⁸

⁶ TARUFFO, Michelle. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**. v. 199, Set. 2011, p. 139 - 155. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000015054ca39b2a557f615&docguid=I31e263f0e67411e08e4300008558bb68&hitguid=I31e263f0e67411e08e4300008558bb68&spos=4&epos=4&td=9&context=68&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 10 out. 2015.

⁷ DIDIER JR., Fredie. N. 11 da súmula vinculante do STF. Crítica à técnica de redação do precedente judicial. **Editorial 49**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-49/>>. Acesso em: 11 out. 2015.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma "teoria para a elaboração de precedentes"? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 78, Mai./Jun. 2009, p. 284-319. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014fe8486429073290ae&docguid=I009a0c60f25211dfab6f010000000000&hitguid=I009a0c60f25211dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=106&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 19 set. 2015.

Assim sendo, o precedente em hipótese alguma terá caráter geral e abstração fática. Já as súmulas, de forma oposta, são enunciados que ambicionam o abstrato e o genérico, de forma a se distanciarem dos casos (fatos) que lhes deram origem. Vale dizer, a maneira pela qual se dá a utilização de súmulas, no direito brasileiro, em nada aproxima tal sistema jurídico à tradição inglesa de direito, dado que é elemento fundante do *common law* a vedação aos tribunais de emanarem mandamentos em abstrato. Em realidade, são adstritos a emitir pronunciamento somente em relação à facticidade trazida a julgamento em cada caso concreto.⁹

Salva-se, contudo, que o combate ao “estado de natureza” hermenêutico, não poussa sua crítica às súmulas *per se*, mas sim, à pretensão de transcendência dos fatos que se ambiciona com a sua utilização. Em outros termos, “as súmulas podem se constituir em importante mecanismo de reforço à integridade e coerência do direito”, não sendo um mal em si na medida em que não sejam propostas como enunciados metafísicos quando de sua utilização. Por assim dizer, as súmulas servem para auxiliar a construção interpretativa constitucional, que é necessária ao direito.¹⁰

Ademais, é plausível admitir que as súmulas, desse modo, atribuem maior competência ao interprete, ao invés de diminuí-la. Isso, visto que o enunciado sumular não tem o condão de, por si só, transformar *hard cases* em *easy cases*. O que há, isso sim, é que por meio dele se concede a possibilidade de realização de uma interpretação a partir de um critério já adotado e, por conseguinte, a possibilidade de uma adequação íntegra e estável da interpretação no julgamento dos casos. Isso, em suma, consiste na proscrição de julgados díspares para uma mesma questão jurídica. Ocorre, assim, a consolidação de “que o direito, mais do que bem decidir, precisa decidir de maneira congruente a postulados de universal proporcionalidade, como é o caso da isonomia”.¹¹

⁹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 61-62.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 165-175.

¹¹ REIS, Mauricio Martins. Precedentes obrigatórios e sua adequada compreensão Interpretativa: de como as súmulas vinculantes não podem ser O “bode expiatório” de uma hermenêutica jurídica em crise. **Revista de Processo**. v. 220, Jun. 2013, p. 207-228. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014fe7ba87be4eddaf27&docguid=I9874d6a0b9fb11e2af3c01000000000&hitguid=I9874d6a0b9fb11e2af3c01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=14&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 16 set. 2015.

Cabe diferenciar, ainda, precedente de decisão judicial. Tal distinção é, de certa forma, mais simples. A decisão judicial é, por assim dizer, uma solução jurídica para determinado caso individual, tal qual o precedente, porém com um fim em si mesma. Ela é incapaz de gerar influência na fundamentação de uma decisão futura, pois apenas reproduz motivação já consolidada no sistema jurídico. Já o precedente, igualmente oriundo de uma solução jurídica para um caso singular e concreto, possui elementos capazes de instituir um novo modelo, “paradigma”, para determinação situação jurídica posta. Assim, no precedente cria-se uma nova *ratio*, ou ainda, “(uma holding), que possui uma espécie de força atrativa que irá capilarizar outras decisões”. Ressalva-se, entretanto, que a aplicação a outros casos futuros depende, igualmente, de interpretação, posto que deverá ser demonstrada a “aproximação histórica tendo em vista a similaridade dos casos concretos [...]”¹²

Nesse sentido, sabe-se, há tempo, que no Brasil a utilização de precedentes, em sentido lato, se traduz em um conjunto improvisado de fundamentação baseada em verbetes de ementas e se dá de modo aleatório, resultado de uma busca insaciável pela melhor peça do “quebra-cabeça”, capaz de completar o discurso de argumentação em cada caso. Isso se verifica, posto que a utilização dos assim ditos precedentes, na maioria dos casos, se dá a partir da busca de “discursos prévios de argumentação”, capazes de, supostamente, fundamentar a decisão já tomada pelo julgador. Assim, também, exsurge um “ecletismo improvisado” entre as tradições jurídicas ocidentais, *civil law* e *common law*, ainda que a metodologia do estudo do direito nacional não coteje elementos norteadores de uma teoria de precedentes, uma teoria de *case law*, tal qual é orientada toda a formação dos juristas formados na *common law*.¹³

Todavia, com o intuito de compreender a implementação de uma teoria de precedentes obrigatórios no sistema jurídico brasileiro, tomar-se-á como conceito de precedente a união de todos os institutos acima descritos, ainda que, de pronto, perceba-se a fuga, em sentido

¹² STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 78, Mai./Jun. 2009, p. 284-319. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sguid=i0ad818160000014fe8486429073290ae&ocguid=1009a0c60f25211dfab6f010000000000&hitguid=1009a0c60f25211dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=106&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 19 set. 2015.

¹³ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 30-31.

técnico-jurídico, do conceito de precedente existente na tradição da *common law*. Isso se dá, em função do que entende por vinculante o novo Código de Processo Civil:

Afirma o art. 927, *caput*, do CPC/2015 que “os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos que estiverem vinculados”.¹⁴

Ademais, tomada à análise com base no que predispõe o novo código para a fundamentação judicial, reforça-se a atribuição de importância aos precedentes em sentido *lato*. Isso, porque conforme o artigo 489, §1º do NCPC, não se considera fundamentada a decisão que, “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”, bem como “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.¹⁵

Os precedentes, portanto, restam afirmados a partir do novo Código de Processo Civil brasileiro, nas hipóteses mencionadas. Contudo, a vinculação aos institutos jurídicos previstos no artigo 927 do novo código de procedimentos, representa uma atribuição às Cortes Superiores, de solucionar os litígios em larga escala de aplicação, justamente no intuito de controle da administração da justiça, a partir da massificação de demandas existente hoje.¹⁶ Essa importância conferida à imposição abrangente, com intuito de resolução massificada de casos, resta evidenciada também pelo tratamento revigorado que o Novo CPC confere ao instituto da reclamação, cujo cabimento, agora ampliado, presta-se para preservar

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas**: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 20.

¹⁵ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas**: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 22.

a competência do tribunal, garantir a autoridade das decisões do tribunal, garantir a observância de decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e, com especial destaque aqui, de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

Tudo isso confere ao presente estudo um pano de fundo que aponta para uma utilização abrangente do “precedente judicial”, pensado como mecanismo capaz de dar cabo ao problema da litigiosidade massificada. Embora, sob essa perspectiva, o “precedente vinculante” tem grandes chances de cumprir o seu papel, não se pode ignorar que o seu manejo equivocado pela prática jurídica – que decorre, num primeiro momento, da própria falta de clareza conceitual conferida ao termo “precedente” – também é capaz de gerar efeitos nefastos no âmbito da teoria da interpretação e da decisão jurídica, temas de especial relevância no panorama de um modelo democrático de processo.

2 O MODO E OS MOTIVOS DE INCORPORAÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

Para a adequada compreensão da ambiguidade em objetivar a aplicação prática do precedente judicial de forma vinculante no panorama jurídico brasileiro, é necessário retomar o entendimento de que tal proposição é oriunda de condições históricas que conformaram dogmática jurídica. Ocorre que a formulação teórica existente em países como a Inglaterra e os Estados Unidos, nos quais o precedente judicial é o cerne da aplicação e do estudo jurídico, é fruto de uma evolução histórica milenar, na qual os juízes, interpretes do direito, foram além de meros aplicadores, os “defensores e também os próprios portadores da tradição jurídica”. Para aquela escola, o direito legislado, possui certa efetividade, todavia não é a “via normal de manifestação do direito”, sendo essa a própria atuação da magistratura, por meio dos precedentes. Já o modelo de *civil law*, historicamente voltado ao papel do legislativo na evolução social, prioriza a lei enquanto principal fonte do arcabouço jurídico.¹⁷

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 30-31.

Sob esse aspecto, o caráter histórico é consolidado constitucionalmente no panorama nacional, de modo a firmar a vinculação ao paradigma legislativo do direito brasileiro:

Dizer que o modelo brasileiro de direito tem a lei por núcleo central não é apenas fazer uma constatação histórica sobre a pertença do sistema jurídica nacional à tradição romano-gerânica ou ao modelo de *civil law*. Trata-se, antes, de uma leitura da Constituição Federal, que, no inciso II do seu artigo 5º, estabeleceu que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei’.¹⁸

Sob esse prisma, contudo, torna-se relevante o questionamento acerca da imposição de uma nova dogmática jurídica, qual seja a de adoção obrigatória de precedentes, de forma legislativa, uma vez que se percebe uma construção histórica, no panorama inglês, do qual tal teoria provém, pela qual não evoluiu o sistema jurídico Brasileiro. Portanto:

é paradoxal que a doutrina dos precedentes à brasileira vise, justamente, a combater os reflexos do subjetivismo do qual ela mesma é caudatária. [...] Por um lado, o sistema de precedentes obrigatórios não leva em conta os fundamentos da decisão como qualificadores do seu grau de vinculação para as decisões futuras: basta que a decisão tenha sido tomada pelo Superior Tribunal de Justiça em respeito a algum procedimento capaz de conferir-lhe tal força[...]. Vale dizer, o valor do precedente independe do seu conteúdo. O aspecto subjetivista impera nesse primeiro momento, pois não importa como se decidiu, mas, sim, que determinada matéria foi decidida. Com isso, o precedente ganha, automaticamente, força vinculante relativamente aos casos futuros.¹⁹

De outra perspectiva, a análise teleológica indica que também a finalidade pela qual se lança mão de precedentes vinculantes, em muito se distancia daquela verificada no modelo de direito inglês. É evidente, pois, que o precedente judicial na doutrina de *common law* pressupôs, inicialmente, garantia de poder ao judiciário na conformação do direito. Todavia, com o evoluir histórico, a finalidade do instituto foi de ser “ponto

¹⁸ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 61.

¹⁹ RAATZ, Igor. Precedentes obrigatórios ou precedentes à brasileira? **Temas Atuais de Processo Civil**. v. 2, Mai. 2012. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/58-v2-n5-maio-de-2012/192-precedentes-obrigatorios-ou-precedentes-a-brasileira>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

de partida para as discussões dos novos casos, ou seja, ele os problematiza e não os soluciona de maneira lógico-subsumtiva”. Assim, a partir da análise de toda a especificidade fática dos casos passados, alcança-se a vinculação como método teórico, e não por imposição legal. Resta claro, portanto, que a vinculação aos precedentes, existente no panorama da doutrina de *stare decisis*, não é inexorável, tal qual pretende fazer a legislação brasileira no Código de Processo Civil. Dessa forma, a doutrina Brasileira justifica adoção de precedentes em argumentos que não são aqueles fundantes da teoria de *case law* inglesa.²⁰

Tal qual a implementação por via legislativa, a motivação determinante para a adoção de precedentes obrigatórios no sistema jurídico Brasileiro se mostra distinta daquela existente no sistema jurídico do qual ela provém. É que no sistema de *common law*, o desígnio do precedente judicial é o de, por meio de um raciocínio jurídico desempenhado por um juiz ou tribunal, em um determinado caso com o intuito de resolvê-lo, firmar um posicionamento jurídico que será vinculante em outros casos, na medida em que se assemelhem faticamente.²¹

Dessa forma, sabe-se que tanto o *stare decisis*, quanto os movimentos de codificação do direito surgiram com pretensões semelhantes, de outorga de segurança jurídica ao ordenamento. A diferença, contudo, reside no fato de que a importação que se deseja fazer dos precedentes para o ambiente Brasileiro transfigura a teoria inglesa originária, considerando que o precedente é criado para resolver casos futuros, ao passo que no *common law* o precedente judicial vinculante sempre serviu, apenas, para resolver o caso concreto.²²

Destarte, é notável que a figura do precedente no *common law* tem caráter individual, ou seja, é resposta dada a determinado caso concreto, sem pretensão generalizante e futura, até porque “uma resposta não pode ser dada para responder a outras perguntas que não a sua

²⁰ ABOUD, Georges. Súmula vinculante versus precedentes: Notas para evitar alguns enganos. **Revista de Processo**. v. 165, Nov. 2008, p. 218-230. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000150ca0980069a985516&docguid=laf47f790f25711dfab6f010000000000&hitguid=laf47f790f25711dfab6f010000000000&spos=12&epos=12&td=12&context=406&startChunk=1&endChunk=1#>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

²¹ ITURRALDE SESMA, Victoria. **El Precedente en el common law**. 1. ed. Madrid, Espanha: Civitas, 1995, p. 31.

²² RAATZ, Igor. Precedentes obrigatórios ou precedentes à brasileira? **Temas Atuais de Processo Civil**. v. 2, Mai. 2012. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/58-v2-n5-maio-de-2012/192-precedentes-obrigatorios-ou-precedentes-a-brasileira>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

própria”.²³ Assim, verifica-se que a finalidade na adoção de uma teoria de precedentes obrigatórios, tal qual a existente no modelo de *common law*, que é traduzida na doutrina de *stare decisis*, proveniente do brocardo latino “*stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não se perturbe o que foi decidido)”,²⁴ é a de imbuir no direito vigente um a perspectiva de evolução consistente e dotada de coerência.

Permite-se, ou melhor, impõe-se à ciência jurídica, assim, uma perspectiva de estabilidade. Além desse aspecto, preserva-se a continuidade histórica do direito, caráter marcante daquela escola jurídica, com demonstração de respeito ao passado e à história do ordenamento como um todo. Por derradeiro, tende-se a assegurar, também, o tratamento igualitário aos litigantes, na medida em que, identificada a identidade de situações fáticas sob julgamento em casos subsequentes, aplica-se a mesma regra jurídica utilizada na solução do caso pretérito. Tal perspectiva, ao fim ao cabo, propicia “uma desejável medida de previsibilidade”, elemento fundante da segurança jurídica.²⁵

De toda maneira, é importante sublinhar que para os países como a Inglaterra, Estados Unidos da América, e os demais, que estejam vinculados à tradição jurídica de *common law*, basta que exista uma única decisão, decorrente de um caso individual, para que todo o sistema jurídico esteja vinculado pelo precedente, se ele assim for identificado em algum caso futuro. Tal qual não ocorre, por exemplo, em países de *civil law*, como o Brasil, haja vista uma diferença metodológica radical entre as duas tradições, que historicamente vincula a tradição civilista ao paradigma posto pelo antigo direito romano. Tal diferença, em suma, se traduz na ênfase dada ao caso individual, existente no *common law*, em contraponto à importância do entendimento suscitado por uma série de casos julgados que, no *civil law*, têm o condão de criar uma prática capaz de influenciar em casos futuros.²⁶

²³ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 70.

²⁴ RE, Edward D. *Stare decisis*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. **Revista de Processo**. v. 19, Jan./Mar. 1994, p. 47-54. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176188>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

²⁵ RE, Edward D. *Stare decisis*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. **Revista de Processo**. v. 19, Jan./Mar. 1994, p. 47-54. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176188>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

²⁶ LEGARRE, Santiago; RIVERA, Julio César. *Naturaleza y Dimensiones del "Stare Decisis"*. **Revista Chilena de Derecho**, v. 33, n. 1, Abr. 2006, p. 109-124. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372006000100007>>. Acesso em: 07 nov. 2015.

Todavia, busca-se implementar uma obrigatoriedade de respeito aos precedentes, de forma que o próprio “método” da tradição de *civil law* seja modificado, bastando assim a hierarquia do precedente para que ele seja vinculativo. As razões, entretanto, para essa vinculação, bem como, a forma como ela é inserida no ordenamento de uma tradição de *civil law*, como é a Brasileira, demonstram grande diferença, que foram ressaltadas por Streck em relação, especificamente, às súmulas:

Dos traços gerais que foram colacionados acima, a súmula apresenta profundas dessemelhanças com os precedentes: (a) O efeito vinculante está prescrito em um texto normativo (arts. 102, § 2.º e 103-A da CF (LGL\1988\3)); (b) a instituição do efeito vinculante tem como finalidade barrar novas discussões sobre a matéria (e não atender à solução de uma demanda entre as partes); (c) A aplicação do precedente dotado de efeito vinculante se dá de forma descontextualizada, dedutivista e reveste a decisão/súmula com ares de regra geral e abstrata,⁴ infringindo área de competência do legislador (art. 5.º, II, da CF/1988 (LGL\1988\3)). Este último fator demonstra a incompatibilidade genética entre a regra do precedente e o sistema romano-germânico, visto que sempre a súmula ou decisão revestida de efeito vinculante será dotada de generalidade e abstração própria da lei.

Resta claro, portanto, que a justificativa para a implementação de uma teoria de precedentes obrigatórios não reside nos critérios que a justificam, ou melhor, que conceituam a sua existência em um panorama de *common law*, tal qual a busca pela melhor solução ao caso concreto, a estabilidade do direito como um sistema coerente e, o tratamento igualitário dos casos, traduzindo-se na frase “*treat like cases alike*”.²⁷

O que se busca, em realidade, é a uniformização de jurisprudência para uma, suposta, racionalização do judiciário. Isso se revela pela justificativa inerente à vinculação imposta pelo novo Código de Processo Civil, qual seja a facilitação da “administração Judiciária mediante a redução quantitativa do número de processos”. Esse motivo, também, é oriundo do que se constata como crise do sistema judiciário, verificado pelo constante aumento da carga processual e recursal no Brasil. Dessa forma, credita-se à vinculação obrigatória aos precedentes, ou a aquilo que se

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 78, Mai./Jun. 2009, p. 284-319. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000150e3d272f6e2db0b11&docguid=l009a0c60f25211dfab6f010000000000&hitguid=l009a0c60f25211dfab6f010000000000&spos=28&epos=28&td=61&context=21&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 07 nov. 2015.

entende por precedente, a fórmula de assegurar a concretização de segurança jurídica, supondo que se terminaria com a “jurisprudência lotéria”. Contudo, resta visível que o problema da jurisprudência dissonante, existente no sistema jurídico brasileiro, não se deve ao fato de não haver mecanismos de vinculação às cortes supremas, pois eles existem tanto pela presença das súmulas vinculantes, quanto pela previsão constitucional de julgamento pelo próprio Supremo Tribunal Federal das reclamações por descumprimento ou mau uso das súmulas. O que funda, na realidade, a discordância e a heterogeneidade existente na jurisprudência nacional é o descompromisso com a fundamentação legal, imaginando-se que a lei está ao dispor do interprete, podendo este deixar de aplica-la quando entenda conveniente, ou seja, de forma discricionária/arbitrária.²⁸

Nesse sentido também, o direito/dever que se impõe ao judiciário é o de, por um lado autorizar a “fundamentar” a decisão com base na invocação de precedentes, e por outro, impor adoção obrigatória dos precedentes baseando-se na necessidade de diminuição das demandas repetidas. Porém, ao fim, o que se tem é que a construção e a consolidação do estado democrático de direito, pelo viés do parlamento, sofre um progressivo achatamento, cada vez mais profundo, “ora pela atividade legiferante do Executivo, ora pela atividade - em última análise também legiferante - do Judiciário”²⁹. Traduz-se, assim, a adoção de precedente obrigatórios como uma forma de arrocho da democracia, visto obscurece a fundamentação, dando azo a discricionariedades e, em tese, a uma metodologia de julgamento de todo estranha a um ordenamento jurídico que se diga democrático.³⁰ Tesheiner corrobora a crítica, afirmando que “o que se quer – parece – é criar um sistema de concentração do poder

²⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 109-110.

²⁹ Faz-se referência à atividade legiferante do poder executivo no que tange à edição de medidas provisórias, as quais estariam, de certa forma, usurpando papel do poder legislativo. In: STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 78, Mai./Jun. 2009, p. 284 - 319. Disponível em: <[http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000150e3d272f6e2db0b11&dccguid=I009a0c60f25211dfab6f010000000000&hitguid=I009a0c60f25211 dfab6f010000000000&spos=28&epos=28&td=61&context=21&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000150e3d272f6e2db0b11&dccguid=I009a0c60f25211dfab6f01000000000&hitguid=I009a0c60f25211 dfab6f010000000000&spos=28&epos=28&td=61&context=21&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 07 nov. 2015

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 78, Mai./Jun. 2009, p. 284-319. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000150e3d272f6e2db0b11&docguid=I009a0c60f25211dfab6f010000000000&hitguid=I009a0c60f25211dfab6f010000000000&spos=28&epos=28&td=61&context=21&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 07 nov. 2015.

jurisdicional em Brasília: só os tribunais superiores poderão ‘dizer o direito’, cabendo aos demais juízes e tribunais apenas a tarefa de aplicar aos casos particulares o que eles houverem dito”.³¹

3 PRECEDENTES E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Substancialmente, o discurso em favor da adoção de “precedentes obrigatórios” no direito brasileiro está assentado na premissa de que o modelo de direito legislado é incapaz de oferecer segurança jurídica e igualdade aos jurisdicionados. Isso se deve(ria) ao fato de que os textos normativos somente adquirem sua significação quando interpretados diante de uma situação concreta, o que acaba por conduzir a interpretações distintas em casos semelhantes. Como os precedentes do *common law* trabalham a partir da lógica de que “a rational law demands that like cases be treated alike”³² tornou-se lugar comum no direito brasileiro defendê-los como uma forma absoluta de enfrentamento do problema da interpretação jurídica.

No entanto, deve-se lembrar que a interpretação jurídica lida com enunciados linguísticos e, na maioria dos casos, documentais, presentes na lei, nas sentenças, etc. Conforme já alertava Giovanni Tarello, em 1966, a norma é o produto do processo interpretativo, e esse processo de interpretação “si esercita su di un enunciato, procede a partire da un enunciato, e perviene alla norma; la norma non precede come dato, bensí segue come prodotto, il processo interpretativo”.³³

³¹ TESHEINER, José Maria. Inconstitucionalidades gritantes no artigo 927 do novo CPC. **Revista Páginas de Direito**. Porto Alegre, ano 15, n. 1276, set. 2015. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/317-artigos-set-2015/7376-inconstitucionalidades-gritantes-no-artigo-927-do-novo-cpc>>. Acesso em: 07 nov. 2015.

³² VONG, David. Binding precedent and English judicial law-making. **Jura Falconis**. Leuven: KULeuven, nº 21, nº 3, 1984-1985, p. 318.

³³ TARELLO, Giovanni. Il “problema” dell’interpretazione: una formulazione ambigua. **Rivista internazionale di filosofia del diritto**. Ano 43, fasc. 2, 1966, p. 349-357. Itália. Disponível em: <<https://www.dropbox.com/s/hbi6rrakpwuq0kv/Tarello%20-%201966%20-%20II%20%E2%80%9Cproblema%20dell%E2%80%99interpretazione%E2%80%9D%20una%20formulazione%20ambigua.pdf?dl=0>>. Acesso em: 07 set. 2015.

Dessa forma, a abordagem inicial de uma teoria de precedentes obrigatórios, não pode olvidar o fato de que esses são, também, enunciados linguísticos e, portanto, sujeitos ao processo interpretativo. Assim, partindo-se da ideia de que um enunciado linguístico, contido em um documento, “di solito tollera (non una sola, ma) un certo numero di <<interpretazioni>>; tante interpretazioni quante sono le possibili combinazioni dei significati attribuibili (in un dato ambiente storico-culturale)”, também os precedentes não de “sofrer” com a possibilidade de atribuição de variados sentidos, de acordo com o ambiente histórico-cultural no qual se encontram, dado se tratarem, também, de enunciados.³⁴

Por outro lado, resta clara a necessidade de afastar certos (pré)conceitos quanto à uma suposta auto-interpretação, ou clarividência dos precedentes. Tal suposição é perceptível na visão de alguns juristas, para os quais esses institutos se diferenciariam das leis, no ordenamento jurídico Brasileiro, uma vez que aquelas, suportariam diversos modos de interpretação, ainda que ambos sejam enunciados linguísticos. Nesse sentido, para Marinoni, impõe-se a necessidade de respeito aos precedentes dado que a lei suportaria variados modos de interpretação, e o precedente seria o modo de preservar a igualdade e a segurança jurídica perante essas interpretações. Cita o autor:

Este trabalho pretende demonstrar, mediante um método histórico-crítico, a aproximação entre as jurisdições do civil law e do common law, e, em tal dimensão, a necessidade de se render respeito aos precedentes no Direito brasileiro. Num sistema que, ao expurgar os dogmas, depara-se com a realidade inafastável de que a lei é interpretada de diversos modos, não há outra alternativa para se preservar a igualdade perante a lei e a segurança jurídica.³⁵

³⁴ TARELLO, Giovanni. Il “problema” dell’interpretazione: una formulazione ambigua. **Rivista internazionale di filosofia del diritto**. Ano 43, fasc. 2, 1966, p. 349-357. Itália. Disponível em: <<https://www.dropbox.com/s/hbi6rrakpwuq0kv/Tarello%20-%201966%20-%2011%20%E2%80%99problema%20dell%E2%80%99interpretazione%E2%80%9D%20una%20formulazione%20ambigua.pdf?dl=0>>. Acesso em: 07 set. 2015.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no brasil. **Revista de Processo**. v. 172, Jun. 2009, p. 175-232. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014fe6d417bf8adfea72&docguid=ld4ba18208e6d11e092d30000853f87ee&hitguid=ld4ba18208e6d11e092d30000853f87ee&spos=1&epos=1&td=1&context=31&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 19 set. 2015.

Assim, ao descobrir-se que a lei é passível de diversas interpretações, como já afirmava Tarello, e antes dele Ascarelli,³⁶⁻³⁷ e mais precisamente, que os juízes da tradição de *civil law* decidem, diuturnamente, de modo diferente em casos idênticos, haveria de se abandonar a proposta de que a lei é suficiente para a garantia de segurança jurídica, indo-se buscar tal prerrogativa no respeito aos precedentes. Ademais, estaria a segurança

³⁶ [...] il dato al quale immediatamente si riferisce l'interpretazione è un testo (o un comportamento). È dal testo o dal comportamento che dobbiamo risalire a un comando, a una norma (non è ai miei fini rilevante la scelta tra i due termini), astrattamente posta in relazione a una classe di casi, e nei cui confronti si ponga come coerente la soluzione del caso (reale o immaginario). [...] da un lato l'interprete parte da un testo equivoco in continuità col quale pone una norma, posizione nella quale confluiscono i giudizi di valore dell'interprete, le sue tradizioni e le sue speranze, i suoi pregiudizi e le sue generali concezioni. In: ASCARELLI, Tullio. In tema di interpretazione ed applicazione della legge. **Rivista di diritto processuale**. v. 13, 1958. Padova, Itália: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1958, p. 14.

³⁷ Raatz explica que que a concepção de Ascarelli era bastante pujante para a época, pois tinha como pressuposto que a norma jurídica, enquanto produto da interpretação do texto, somente existiria no caso concreto. Enxergava-se, já naquela conjuntura, um caráter criativo na interpretação dos textos jurídicos. A evolução do pensamento de Ascarelli é vista posteriormente em outro autor italiano, Giovanni Tarello. Tarello compreendia que a norma não criava um significado, mas era, ela própria, um significado da interpretação de um segmento de linguagem. Assim, tal qual propunha Ascarelli, Tarello considerava errôneo falar em interpretação da norma, sendo tecnicamente mais adequado se falar em interpretação do enunciado. Contudo, a equivocidade dos enunciados não consistia, para Tarello, na questão da existência da norma depender do caso concreto, mas sim da indeterminação intrínseca à linguagem ordinária. Assim, firmou a concepção que um enunciado admite um variado número de interpretações, tantas quantas forem as possíveis combinações dos significados atribuídos, em um dado ambiente histórico-cultural, a um enunciado linguístico. Atualmente, um dos discípulos da escola citada, que professa a distinção entre texto e norma, é Riccardo Guastini. Tal qual mencionava Tarello, Guastini afirma que um único enunciado normativo pode exprimir uma pluralidade de normas; sendo também possível que, para reconstruir a norma seja necessário combinar uma pluralidade de enunciados normativos ou de fragmentos de enunciados normativos. Igualmente Guastini entende que entre texto e norma não há uma correspondência biunívoca, na medida em que cada texto normativo admitiria uma pluralidade de interpretações e seria, por isso, sujeito a possíveis controvérsias interpretativas. Resta estabelecida a tese, com base nessa análise proporcionada pelos três autores, que a equivocidade dos textos passa a ser visualizada não somente como um problema de aplicação a um caso concreto, mas de atribuição de sentido diante das indeterminações da linguagem. Assim, asseta-se a ideia de que a superação do positivismo legalista é inerente ao reconhecimento do caráter indeterminado ao direito. Ou mesmo, como professa Guastini, a compreensão da indeterminação do direito é a superação da teoria cognitivista da interpretação, cuja principal marca era a atribuição de univocidade dos textos jurídicos. In: RAATZ, Igor. **Autonomia Privada, (De)Limitação dos Poderes do Juiz e Flexibilização Procedimental: Da Insuficiência Normativa do “Princípio Dispositivo” à Construção Compartilhada do Caso Concreto**. 2015. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo: 2015. (No prelo – texto disponibilizado pelo autor).

jurídica garantida em um ambiente de *commom law*, ou seja, em um sistema de precedentes obrigatórios, no qual seria assegurado, baseando-se na doutrina do *stare decisis*, de que os casos similares seriam tratados de mesmo modo.³⁸

Adverte Reis, no entanto, que por maior que seja a precisão semântica empregada na elaboração do precedente, entendendo enquanto precedente, as súmulas, os casos julgados, bem como a *ratio decidendi*, ele não estará imune à interpretação, e mais, ainda que seja dotado de um enunciado com clareza solar, não estará apto à aplicação subsuntiva, devendo atravessar, de igual modo, pelo processo interpretativo. Há de se ter em conta, todavia, que a prudência na elaboração de enunciados claros e precisos quando da formulação de precedentes não é dispensável, até mesmo porque tal precisão construtiva influenciará significativamente no momento de aplicação posterior de determinado precedente, ou ainda, da “ocorrência justificada de sua não aplicação e recusa material, como nos procedimentos, respectivamente, de distinção e sobrepujamento”. Ademais, por serem oriundos de processos hermenêuticos normativos, ou seja, de interpretação legal, nos quais há fundado debate de adequação dentre as possibilidades normativas existentes, eleva-se a necessidade de identificação precisa do enunciado digno de reprimenda posterior, não para auto-aplicação, mas para possibilitar a sua interpretação à luz materialidade fática presente no caso equivalente.³⁹

Por outro lado, percebe-se que a pretensão universalizante dos enunciados contidos em precedentes judiciais não são visualizáveis em uma relação presente-futuro, mas sim, na averiguação fática concreta em uma causa, presente, em confronto com um precedente, passado. Assim, tanto o julgamento de casos, quanto a formação de precedentes judiciais, se originam com o fito de resolver casos concretos, sendo que no segundo caso,

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*. v. 172, Jun. 2009, p. 175-232. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r&sguid=i0ad6007a0000014fe6d417bf8adfea72&docguid=ld4ba18208e6d11e092d30000853f87ee&hitguid=ld4ba18208e6d11e092d30000853f87ee&spos=1&epos=1&td=1&context=31&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 19 set. 2015.

³⁹ REIS, Mauricio Martins. Precedentes obrigatórios e sua adequada compreensão Interpretativa: de como as súmulas vinculantes não podem ser O "bode expiatório" de uma hermenêutica jurídica em crise. *Revista de Processo*. v. 220, Jun. 2013, p. 207-228. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r&sguid=i0ad818160000014fe7ba87be4eddaf27&docguid=I9874d6a0b9fb11e2af3c01000000000&hitguid=I9874d6a0b9fb11e2af3c01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=14&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 19 set. 2015.

eventualmente, haverá influência em uma decisão futura. Portanto, a figura da *ratio decidendi*, ou razão de decidir, que é inerente aos precedentes, não se caracteriza, por si só, em uma norma geral abstrata criada a partir de um caso concreto para, em casos futuros, ser aplicada enquanto conceito jurídico pronto. Trata-se, em realidade, da fundamentação dada pelo juiz da causa paradigma, após análise da facticidade individualizada naquele caso concreto, que poderá, na hipótese de se equivalerem em termos de identificação fática, ser aplicada ao caso análogo no presente, na medida em que tenham um padrão de identificação. Sob esse viés, impossível tomar os precedentes separadamente das questões de fato que os ensejaram, pois “A ‘exigência hermenêutica’, segundo Gadamer, é justamente a de ‘compreender o que diz o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido’. Em outras palavras, não há clareza que dispense a interpretação”, vale dizer, no caso do precedente, que o enunciado diz respeito a um conteúdo fático originário, que deve ser analisado quando da aplicação daquele enunciado enquanto precedente.⁴⁰

No entanto, é bem lembrado, inclusive pelos defensores da doutrina dos precedentes obrigatórios que estes não são a decisão judicial em si, mas, sim, um conjunto de “razões generalizáveis”, formadas a partir de elementos da decisão judicial. Assim, preponderando “fatos jurídicos relevantes”, esses serão abordados na decisão judicial, especificamente na fundamentação atinente a tais fatos e, a partir disso, essa fundamentação consistirá em matéria prima para a formação da *ratio decidendi*, o núcleo do precedente.⁴¹

Nessa construção, a figura da *ratio decidendi* se comunica com o precedente como sendo o seu cerne, o seu núcleo, mas que não se confunde com a fundamentação ou com o raciocínio judiciário aplicado na resolução do caso. Na verdade, não se pode inferir, por precisão técnica, que a *ratio decidendi* será a fundamentação ou o raciocínio judicial. De fato, esse elementos para a definição da causa poderão ser parte *ratio*, mas

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma "teoria para a elaboração de precedentes"?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 78, Mai./Jun. 2009, p. 284 -319. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014fe8486429073290ae&docguid=I009a0c60f25211dfab6f01000000000&hitguid=I009a0c60f25211dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=106&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 19 set. 2015.

⁴¹ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente - dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**. v. 206, Abr. 2012, p. 61-78. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000014fed6b28665bf0dbf6&docguid=la5bc1c3089da11e1911400008517971a&hitguid=la5bc1c3089da11e1911400008517971a&spos=2&epos=2&td=2&context=13&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 20 set. 2015.

ela em si será muito maior do que eles. Inclusive, por outro lado, em muitos casos a fundamentação e o raciocínio judicial comporão não a *ratio*, mas sim o *obiter dictum*. Assim, o *obiter dictum* significa literalmente o significado da expressão “a propósito, diga-se de passagem”. Se traduz, em suma, nas proposições opinativas que podem surgir de variadas formas na decisão judicial, tais como argumentos desnecessários ao deslinde do caso, ou ainda opiniões desconectadas dos fatos da causa, ou mesmo uma opinião sobre um ponto sequer argumentado pelas partes do litígio.⁴²

Para Cross, a *ratio decidendi* de um caso se define pela norma jurídica expressa ou implicitamente tratada pelo juiz, como um passo necessário para alcançar sua conclusão judicial. Tem em conta, assim, a linha de raciocínio adotada por ele, como parte necessária para a direção do seu julgamento. A *ratio*, portanto, deve ser lida de duas formas concomitantes. A primeira, como sendo uma norma jurídica de autoridade obrigatória para o caso em que formulada. E a segunda, como a norma jurídica encontrada no raciocínio atual do julgador, e que expressa a base da sua decisão.⁴³

Entretanto, ressalva Streck, não basta a conjecturada completude da *ratio decidendi* para a utilização de precedentes, pois essa, assim como todo e qualquer enunciado linguístico, sempre necessitará de particularização. Em outras palavras, por mais que aparentemente o ditame abarque todas as hipóteses futuras de aplicação, tal verificação não é verdadeira. Assim, considerando que a incompletude semântica atinge todos os enunciados, e que o sentido adequado do enunciado se verifica com base no momento de aplicação, há que se reavaliar sobre a proposição do precedente, enquanto enunciado, ser isento de variabilidade hermenêutica. Entende-se, “portanto, que enunciados (pautas gerais) escondem o aparecer da singularidade dos casos (situação concreta). Uma pauta geral, nas suas mais variadas formas, aplicada objetivamente, leva ao obscurecimento da singularidade do caso.”⁴⁴

⁴² DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge, Inglaterra: University Press, 2008, p. 67-68.

⁴³ CROSS, Rupert. **Precedent in english law**. Oxford, Inglaterra: Clarendon press, 1977, p. 13.

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma "teoria para a elaboração de precedentes"?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 78, Mai./Jun. 2009, p. 284-319. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014fe8486429073290ae&docguid=l009a0c60f25211dfab6f010000000000&hitguid=l009a0c60f25211dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=106&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 19 set. 2015.

Isso é bem notado por Castanheira Neves, para quem da formação do precedente como “exemplares concretos para decisões análogas” se poderá seguir uma generalização normativa ou até mesmo uma generalização formal dos juízos decisórios, o que, todavia, não faz com que se retire das “regras da decisão” sua índole particular, a refletir a sua origem específica, na medida em que podem ser formuladas apenas como “regras de decisão” de conflitos ou de casos jurídicos – mas não como programáticas regras de conduta – sem deixar de servir de base para inferências dos *princípios* normativo-jurídicos explicitadores da axiológica validade que concretamente se vai realizado⁴⁵.

Retomando o entendimento quanto a configuração da *ratio decidendi*, ou razão de decidir, oriunda do caso paradigma, necessária se faz a abordagem de sua forma de aplicação posterior, e da metodologia empregada em tal aplicação. *Prima facie*, segundo Mitidiero, impera a necessidade de descobrir quando o precedente se torna aplicável. Assim, deve-se averiguar, mediante uma busca baseada nos elementos fáticos do caso futuro, se já existe precedente para aquela questão. Localizado o precedente apto a atuar no caso, há que se avaliar se há relação entre as questões levantadas, para então, após a verificação de aproximação entre ambas as conjecturas fáticas, aplicar-se o paradigma já existente. Tratar-se-ia de verificar “se é a mesma questão ou se é semelhante[...]”, e então “[...]o precedente aplica-se ao caso”, ou seja, “o raciocínio é eminentemente analógico.”. Entretanto, caso não se verifiquem condições de identificação, ou mesmo semelhança, entre os casos, o precedente deve ser rechaçado, “isto é, se existirem particularidades fático-jurídicas não presentes – e por isso não consideradas – no precedente, então é caso de distinguir o caso do precedente, recusando-lhe aplicação.”⁴⁶

Embora essa operação de identificação do precedente possa parecer algo simples, ela é justamente o oposto disso. Do contrário, seria possível sacar a falsa premissa de que os sistemas jurídicos de *common law* não enfrentam problemas práticos de interpretação/aplicação do

⁴⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. Fontes do direito. In: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Volume 2. Coimbra: Coimbra editora, 1994, pp. 32-33.

⁴⁶ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente - dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. v. 206, Abr. 2012, p. 61-78. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000014fed6b28665bf0dbf6&docguid=la5bc1c3089da11e1911400008517971a&hitguid=la5bc1c3089da11e1911400008517971a&spos=2&epos=2&td=2&context=13&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 20 set. 2015.

direito. De um lado, atribui-se à tese de precedentes obrigatórios a conquista, ou aproximação dela, de uma solução em relação ao panorama deficitário de segurança jurídica no ordenamento pátrio. Ocorre, como cita Marinoni, que “o sistema jurídico brasileiro, em tal dimensão, afigura-se completamente privado de efetividade, pois indubitavelmente não é capaz de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas”.⁴⁷ Todavia, confiar à teoria de precedentes obrigatórios, por si só, a solução à tal problemática de segurança jurídica está longe de ser uma verdade. Tendo como critério determinante a obrigatoriedade de fundamentação da decisão judicial, sobressai-se a crítica à fundamentação inculpada em precedentes, posto que, no panorama atual, o sistema jurídico nacional não está preparado, teórica e praticamente, para a utilização de precedentes judiciais.⁴⁸

É preciso entender, antes de tudo, que para um sistema jurídico como o Brasileiro, de tradição romano-germânica, a jurisprudência, entendida pelo posicionamento judicial em decisões anteriores, possui um poder normativo menor em confronto à legislação. Isso se dá, em função de uma construção histórica de vinculação ao direito escrito, conforme se verifica na evolução dessa tradição jurídica. Assim, entende-se que as regras jurídicas provenientes da jurisprudência, no panorama de *civil law*, são passíveis de abdicação ou mudança com facilidade superior ao que, por exemplo, ocorre com a jurisprudência em um sistema de *common law*. Observa-se, todavia, que mesmo nos sistemas jurídicos de *common law*, tal qual o Inglês e, em especial, o norte Americano, a lei possui grande importância, não sendo dado aos magistrados julgarem contrariamente à lei, ou mesmo absterem-se de aplicá-la. O que se dá naquele modelo, em realidade, é que devido à sua evolução, com atribuição à jurisprudência do papel de fonte formal do direito, ao lado a lei, há um respeito milenar dos provimentos judiciais enquanto fonte de direito, diferente do que se tem na escola romano-germânica, onde a jurisprudência nunca foi tomada como tal.⁴⁹

De outra banda, também, é atribuída uma força vinculante aos precedentes no sistema de *common law* em igualdade de condições com a que se atribui à lei, no *civil law*, enquanto elemento integrador do direito. Vale dizer, em função de sua evolução como fonte do direito, não há

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 126-127.

⁴⁸ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 41-42.

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 37-39.

necessidade de aspiração generalizante, ou mesmo de pretensão à aplicação futura, para que um precedente seja utilizado em caso subsequente. Ao contrário, como menciona Ramires, exarada a decisão, o motivo fundante de tal decisão está, desde já, presente na história daquele sistema jurídico, e, portanto, lançado no ordenamento como fonte de direito, estipulando uma norma jurídica. Assim, “ainda que um julgador histórico tenha pretendido decidir fora da história [...] sua tarefa será frustrada, porque ele está desde-já-sempre jogado no mundo”.⁵⁰

Não há, portanto, na escola inglesa de direito, uma premissa única partindo da lei, tampouco, do precedente. O que há, de fato, é uma interpretação conjunta da lei, baseada numa cadeia de julgados preexistentes. De igual forma, não se trata, apenas, de vinculação à decisão anterior, mas, sim, de uma hermenêutica jurídica legal, baseada em um histórico de vinculação às decisões judiciais, que consolidam normas jurídicas. Portanto, resta consolidada a importância e a necessidade de exauriente fundamentação jurídica para que seja adotado, ou ainda, afastado determinado entendimento jurisprudencial. Chega-se, por conseguinte, à evidência de que o precedente ajuda a fazer as “perguntas corretas”, propiciando, assim, que se chegue ao alcance do que Streck denominou de “respostas corretas”⁵¹. Mais do que subsunção, o raciocínio baseado em precedentes, na teoria de *common law*, fortalece a interpretação, posto que permite a (re)discussão, em novos casos, dos argumentos trazidos no paradigma referenciado. Nesse viés, tal sistema ao invés de engessar o desenvolvimento da fundamentação jurídica, abre espaço para aprofundamento do debate nos casos posteriores, visto que “os problematiza e não carrega o mito de que seria possível solucionar diversos outros casos de maneira lógico-substuntiva”.⁵²

⁵⁰ O autor faz referência ao caso *Bush vs. Gore*, no qual a Suprema Corte Americana, na tentativa de blindar a *ratio decidendi* aplicada à resolução da questão, ao julgar recurso interposto pela equipe jurídica de Bush, questionando decisão de Tribunal estadual da Flórida, determinou que as razões exaradas para a decisão daquele caso seriam limitadas àquela ocasião, de forma a impedir futura aplicação enquanto precedente. Nas palavras da Corte, “*Our consideration is limited to the presents circumstances, for the problem of equal protection in election processes generally presents many complexities*”. In: RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 92-93.

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. rev. mod. ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 68.

⁵² STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 39, 49.

Conforme elucida Ramires, há equívoco de fundamentação ao se utilizar qualquer enunciado, seja de lei ou de precedente, como simples base de aplicação silogística para a motivação da decisão. A exemplo, deferir ou indeferir com base em precedente X, ou em precedente Y, sem que se traga toda a carga fática inerente à tais decisões anteriores, bem como toda a fundamentação atribuída a tais casos, em nada qualifica, mas pelo contrário, tende a obscurecer a fundamentação dada à determinada questão jurídica. Tal critério, entretanto, se explica dada a faceta positivista que é, ainda, arraigada na cultura jurídica nacional. Ocorre que, haja vista a evolução histórica de vinculação ao paradigma legalista, não basta a migração a um sistema de precedentes obrigatórios para que se afaste o traço positivista exegético que acompanha o pensamento jurídico Brasileiro. Dessa forma, percebe-se que o argumento de validade, para creditar à teoria de obrigatoriedade de precedentes a solução da insegurança jurídica nacional, é o de implementar um, reprimado, método científico de subsunção dos fatos ao enunciado, nesse caso enunciado de precedente, transmitindo uma aparência de validade, ainda que, em muitos casos, não restem claras as razões para a adequação a determinado paradigma e não a outro, dado que o jurista, no mais das vezes, se vê circundado de precedentes para todos os “gostos”.⁵³

Assim, faz-se necessário o aprofundamento da crítica quanto à discricionariedade existente em uma teoria de precedentes obrigatórios sem uma teorização pormenorizada dos elementos norteadores de um sistema de *case law*. Isso se dá, em função da existência, no Brasil, do que Streck denomina de conceitos “*prêt-à-porters*”, ou seja, conceitos pronta entrega, prontos para vestir. Vale dizer, um rol de precedentes de “prateleira”, que serão “comprados” na exata medida em que servirem a subsidiar o discurso de justificação da decisão judicial. Nesse sentido, servem de *confirmation bias* à discricionariedade de fundamentação, sendo considerados à medida em que corroboram o resultado final almejado, ao passo que segregados quando contrários ao resultado buscado na argumentação.⁵⁴

⁵³ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 44-45.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 165-175.

Ressalva-se, todavia, que não se considera um “mal em si” a adoção de precedentes vinculativos, posto que o respeito às decisões judiciais é elemento formador de um sistema íntegro de direito, bem como caracterizador de um Estado Democrático de Direito. O que se aborda, entretanto, é que além de significar uma adequação articulada de posicionamentos jurídicos, um sistema de precedentes obrigatórios no contexto jurídico existente no Brasil se traduz, da maneira como está posta a dogmática jurídica atual, em uma padronização de conceitos, por meio de normas gerais universalizantes, ofuscando o papel da interpretação no direito, bem como institucionalizando uma *práxis* jurídica de todo estranha ao momento constitucional alcançado.⁵⁵

Indo além, verifica-se que também no *common law*, especificamente no sistema de direito Inglês, a questão da fundamentação da decisão judicial é fator elementar para a vinculação obrigatória das decisões, visto que, o que vincula, na realidade, não é a decisão judicial em si, mas o raciocínio utilizado para a resolução do caso. Parte-se, desse modo, de admitir que, também na escola inglesa, existem decisões insuficientemente fundamentadas e que, portanto, não constituirão autoridade vinculatória a casos futuros. Assim, com tal flexibilização, rechaçando determinados casos pretéritos em função de não serem fundamentados, esvai-se a ideia de segurança teoricamente argumentada, por si só, na adoção de precedentes obrigatórios, posto que sem fundamentação adequada, não há vinculação que subsista.⁵⁶

Aprofundando a problemática, há que se analisar a crítica existente no sistema jurídico Americano, pertencente, também, à matriz do *common law*. Por conseguinte, parte-se da premissa que os precedentes tendem a impor normas em abstrato aos casos futuros na medida em que esses satisfaçam o paradigma quanto aos fatos da causa, assemelhando-se assim às leis do *civil law*. Todavia, não há como se perpetrar um raciocínio meramente analógico, dado que nem sempre um caso em apreço terá um paradigma que sirva de guia para a fundamentação. Por outro lado, a doutrina americana se questiona quanto a qual o processo fará o tomador da decisão identificar “características comuns” entre os

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 165-175.

⁵⁶ ITURRALDE SESMA, Victoria. *El Precedente en el common law*. 1. ed. Madrid, Espanha: Civitas, 1995, p. 100.

casos, na hipótese de existência de um paradigma, bem como, quais os limites e quais as direções na seleção de casos análogos, caso seja esse o método utilizado. Reconhece-se, portanto, que a obtenção de determinado precedente e a adequação fática de um caso a esse necessitará de fundamentação adequada e específica.⁵⁷

Volta-se, com isso, à questão inicial da interpretação jurídica que, na doutrina brasileira muito tem ficado limitada à antiga constatação de que texto e norma não são idênticos. Com bem destacou Ascarelli, “l’equivocità del testo è superata solo nel momento dell’applicazione della norma all’uopo formulata; norma che torna a sua volta poi ad essere “testo” per le applicazioni successive”⁵⁸. Portanto, também o “precedente” será objetivo de sucessivas interpretações e, sendo ele texto, também será marcado pela vagueza e ambiguidade inerentes à linguagem. Mesmo que gravados pelo “selo da obrigatoriedade/autoridade” são incapazes de, por si só, impedir o problema da indeterminação do direito. É verdade que, se bem manejados, podem contribuir para evitar o decisionismo judicial. Porém, apostar todas as fichas nos precedentes como o único meio de salvação, parece muito mais desespero.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Das reflexões tomadas nas linhas precedentes, chega-se à conclusão de que a teoria dos precedentes judiciais adotadas no Novo CPC é capaz de atingir, somente em parte, os desígnios que del são esperados por parcela significativa comunidade jurídica brasileira. É possível, sim, que a adoção dos precedentes obrigatórios seja capaz de, em certa medida, lidar com o problema das demandas repetitivas, embora o referido tema não seja o objeto central do presente estudo. No entanto, não há como apostar todas as fichas na teoria dos precedentes obrigatórios para lidar com o problema da indeterminação e interpretação/aplicação do direito. O problema da vagueza e ambiguidade dos enunciados linguísticos

⁵⁷ LAMOND, Grant. Precedent and Analogy in Legal Reasoning. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Spring Edition, 2014. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/legal-reas-prec/>>. Acesso em: 17 out. 2015.

⁵⁸ ASCARELLI, Tullio. Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione. **Rivista di diritto processuale**. v. I. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1957, p. 355.

não se resolve, por si só, conferido autoridade às decisões judiciais premiadas com o selo da obrigatoriedade pela própria lei. Os próprios “precedentes obrigatórios” também são enunciados linguísticos que demandarão interpretação/aplicação em casos concretos futuros. De tudo isso, fica evidenciado que os “precedentes obrigatórios” atuam unicamente na superfície do problema, quando não escondem aquilo que constitui o verdadeiro problema da interpretação/aplicação do direito diante da complexidade assumida pelo fenômeno jurídico na atual quadra da história: a necessidade de se refletir a respeito de uma teoria da decisão judicial.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. Súmula vinculante versus precedentes: Notas para evitar alguns enganos. **Revista de Processo**. v. 165, Nov. 2008, p. 218-230. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000150ca0980069a985516&docguid=laf47f790f25711dfab6f010000000000&hitguid=laf47f790f25711dfab6f010000000000&spos=12&epos=12&td=12&context=406&startChunk=1&endChunk=1#>>. Acesso em: 02 nov. 2015.
- ASCARELI, Tullio. In tema di interpretazione ed applicazione della legge. **Rivista di diritto processuale**. v. 13, 1958. Padova, Itália: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1958.
- ASCARELLI, Tullio. Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione. **Rivista di diritto processuale**. v. I. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1957.
- BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.
- CASTANHEIRA NEVES, António. Fontes do direito. In: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Volume 2. Coimbra: Coimbra editora, 1994.
- CROSS, Rupert. **Precedent in english law**. Oxford, Inglaterra: Clarendon press, 1977.
- DIDIER JR., Fredie. N. 11 da súmula vinculante do STF. Crítica à técnica de redação do precedente judicial. **Editorial 49**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-49/>>. Acesso em: 11 out. 2015.
- DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge, Inglaterra: University Press, 2008.
- ITURRALDE SESMA, Victoria. **El Precedente en el common law**. 1. ed. Madrid, Espanha: Civitas, 1995.

LAMOND, Grant. Precedent and Analogy in Legal Reasoning. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Spring Edition, 2014. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/legal-reas-prec/>>. Acesso em: 17 out. 2015.

LEGARRE, Santiago; RIVERA, Julio César. Naturaleza y Dimensiones del “Stare Decisis”. **Revista Chilena de Derecho**, v. 33, n. 1, Abr. 2006, p. 109-124. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372006000100007>>. Acesso em: 07 nov. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no brasil. **Revista de Processo**. v. 172, Jun. 2009, p. 175-232. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014fe6d417bf8adfea72&docguid=Id4ba18208e6d11e092d30000853f87ee&hitguid=Id4ba18208e6d11e092d30000853f87ee&spos=1&epos=1&td=1&context=31&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 19 set. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente - dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**. v. 206, Abr. 2012, p. 61-78. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000014fed6b28665bf0dbf6&docguid=la5bc1c3089da11e1911400008517971a&hitguid=la5bc1c3089da11e1911400008517971a&spos=2&epos=2&td=2&context=13&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 20 set. 2015.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. v. 245, Jul. 2012, p. 333-349. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000015054904016b88a2aa6&docguid=Ifb4e32d0418511e5b17b010000000000&hitguid=Ifb4e32d0418511e5b17b010000000000&spos=2&epos=2&td=82&context=14&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 10 out. 2015.

RAATZ, Igor. **Autonomia Privada, (De)Limitação dos Poderes do Juiz e Flexibilização Procedimental: Da Insuficiência Normativa do “Princípio Dispositivo” à Construção Compartilhada do Caso Concreto.** 2015. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo: 2015. (No prelo – texto disponibilizado pelo autor).

RAATZ, Igor. Precedentes obrigatórios ou precedentes à brasileira? **Temas Atuais de Processo Civil.** v. 2, Mai. 2012. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/58-v2-n5-maio-de-2012/192-precedentes-obrigatorios-ou-precedentes-a-brasileira>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

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

RE, Edward D. Stare decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. **Revista de Processo.** v. 19, Jan./Mar. 1994, p. 47-54. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176188>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

REIS, Mauricio Martins. Precedentes obrigatórios e sua adequada compreensão Interpretativa: de como as súmulas vinculantes não podem ser O “bode expiatório” de uma hermenêutica jurídica em crise. **Revista de Processo.** v. 220, Jun. 2013, p. 207-228. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014fe7ba87be4eddaf27&docguid=I9874d6a0b9fb11e2af3c010000000000&hitguid=I9874d6a0b9fb11e2af3c010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=14&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 16 set. 2015.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (Brasileiro).** Rio de Janeiro: FGV, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** v. 78, Mai./Jun. 2009, p. 284-319. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014fe8486429073290ae&docguid=I009a0c60f25211dfab6f010000000000&hitguid=I009a0c60f25211dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=106&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 19 set. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev. mod. ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TARELLO, Giovanni. Il “problema” dell’interpretazione: una formulazione ambigua. **Rivista internazionale di filosofia del diritto**. Ano 43, fasc. 2, 1966, p. 349-357. Itália. Disponível em: <<https://www.dropbox.com/s/hbi6rrakpwuq0kv/Tarello%20-%201966%20-%20II%20%E2%80%9Cproblema%20dell%E2%80%99interpretazione%E2%80%9D%20una%20formulazione%20ambigua.pdf?dl=0>>. Acesso em: 07 set. 2015.

TARUFFO, Michelle. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**. v. 199, Set. 2011, p. 139-155. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/ocument?&src=rl&sruid=i0ad818160000015054ca39b2a557f615&docguid=l31_e263f0e67411e08e4300008558bb68&hitguid=l31e263f0e67411e08e4300008558bb68&spos=4&epos=4&td=9&context=68&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 10 out. 2015.

TESHEINER, José Maria. Inconstitucionalidades gritantes no artigo 927 do novo CPC. **Revista Páginas de Direito**. Porto Alegre, ano 15, n. 1276, set. 2015. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/317-artigos-set-2015/7376-inconstitucionalidades-gritantes-no-artigo-927-do-novo-cpc>>. Acesso em: 07 nov. 2015.

VONG, David. Binding precedent and English judicial law-making. **Jura Falconis**. Leuven: KULeuven, nº 21, nº 3, 1984-1985.

negócios jurídicos processuais: o reflexo da autonomia privada no processo civil brasileiro

Marcelo Dutra

Graduado em Direito pela
Universidade Feevale. Advogado.
E-mail: marcelo@dkf.adv.br.

Igor Raatz dos Santos

Doutor e mestre em Direito pela UNISINOS.
Especialista em Direito Processual Civil pela
Academia Brasileira de Direito Processual
Civil. Membro do Instituto Iberoamericano
de derecho procesal. Parecerista ad hoc
da Revista de la Facultad de Derecho do
Uruguay – UDELAR. Editor da Revista
Temas Atuais de Processo Civil. Professor
em cursos de pós-graduação em direito
processual civil na PUCRS, UNOESC-
SC, IMED Passo Fundo e Florianópolis,
UNIVATES e UNISC. Professor convidado da
UNISINOS, do Ministério Público do Estado
do Rio Grande do Sul e da Escola Superior
da Advocacia – OAB/RS. Professor da
Universidade FEEVALE. Advogado.
E-mail: igorraatz@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio visa a discorrer em que medida o princípio da autonomia privada deve ser visualizado como um dos elementos que fundamenta o modelo constitucional e democrático de processo. Parte-se, para tanto, da premissa de que o processo civil contemporâneo deve ser pensado à luz da teoria do Estado¹ e que, nessa perspectiva, o processo civil brasileiro deve estar arraigado ao Estado Democrático de Direito, o qual está assentado na dignidade da pessoa humana e no direito à liberdade, bem como numa perspectiva de equilíbrio entre a autonomia privada e a autonomia pública, o que impõe a co-originariedade entre o direito e o mecanismo para a geração do direito legítimo (princípio democrático). Tudo isso fica bem espelhado na noção de *autolegislação do cidadão*, exigindo-se que aqueles que estão submetidos ao direito como destinatários seus possam entender-se como autores do próprio direito².

Seguindo esse caminho, em que o processo civil é pensado à luz dos elementos fundamentais do Estado Democrático de Direito³, parte-se para uma concepção de processo em que o chamado “hiperpublicismo” ou “estatalismo” processual deve ser abandonado, para que se assumam uma concepção de processo em que a autonomia privada ganha lugar de relevo. Esse intento, no presente ensaio, é desnevolvido a partir de uma visão revigorada de autonomia privada, que será estudada na sua primeira parte. A partir daí, buscar-se-á traduzi-la para o processo civil, de modo a verificar como a autonomia privada vem ganhando força na construção do atual modelo (democrático-constitucional) de processo.

¹ DAMAŠKA, Mirjan. **I volti della gustizia e del potere**: analisi comparatistica del processo. Traduzione di Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 1991, p. 41.

² HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Traducción Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998, pp. 186-187.

³ Para um aprofundamento dessa perspectiva, ver RAATZ, Igor. **Autonomia Privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental**: da insuficiência normativa do “princípio dispositivo” à construção compartilhada do caso concreto. 2015. 531 f. Tese (doutorado em direito). Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio do Sinos, São Leopoldo, 2015, p. 349 (no prelo).

Nessa linha, será feita uma rápida abordagem da ampliação dos negócios jurídicos processual no Novo Código de Processo Civil, com ênfase, notadamente, no reconhecimento dos negócios processuais atípicos, encarados como corolário do princípio da autonomia privada, seara na qual serão problematizados os seus limites. Pretende-se, com isso, mostrar ao leitor que a autonomia privada tem um papel de destaque no modelo democrático-constitucional de processo, o que torna o seu estudo cada vez mais importante.

1 A PROJEÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA NO PROCESSO CIVIL

1.1 DO CONCEITO DEMOCRÁTICO-CONSTITUCIONAL DE AUTONOMIA PRIVADA

Na doutrina civilista, as expressões autonomia da vontade e autonomia privada são empregadas, por muitos autores, como termos sinônimos “ou como referíveis a um mesmo conceito”⁴, isto é, como duas expressões que querem passar a mesma ideia. Porém, tal posicionamento é rechaçado por parte da doutrina, que vê na terminologia “autonomia da vontade”, - “mais difundida e antiga”, influência direta do direito francês⁵ - uma feição mais psicológica e “pré-jurídica”, além de dar margem “à ambiguidade”, ao aproximar-se da “filosofia prática de Kant”.⁶ Assim o fazem por entenderem que a expressão “autonomia privada”, predileta no direito italiano e alemão⁷, se refere tanto às questões psicológicas, existenciais, quanto àquelas a que o mundo jurídico dá atenção.⁸

⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 189.

⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58.

⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. O princípio do auto regramento da vontade em Pontes de Miranda. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**. Brasília, conselho federal da OAB, 1995. v. 60, p. 57.

⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58.

⁸ SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. **Boletim Científico**: Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, n. 14, p. 167-217, jan/mar, 2005, p. 169.

Essa visão mais ampla do princípio da autonomia privada passa pela análise isolada do termo “autonomia”. Este, no sentido pretendido pelos autores, vem a ser entendido como o poder do indivíduo de fazer escolhas por si mesmo⁹, sem que sofra qualquer tipo de pressão externa¹⁰, visto, portanto, como o “direito de [cada um] reger-se por suas próprias” convicções¹¹, “um poder e uma atividade de regulamentação de interesses” pelo próprio sujeito.¹² Com efeito, o âmbito do poder de escolha não fica restrito ao negocial, tratando ao mesmo tempo de “escolhas existenciais – com que pessoas mantereis relações de amizade e de amor? -” como jurídicas - celebrações de contratos e negócios jurídicos patrimoniais.¹³

No Estado Democrático de Direito houve um desligamento paulatino dos particulares com os “vínculos normativos institucionais, das crenças e costumes arraigados e da intromissão do Estado em sua esfera íntima”, relegando-se às escolhas tomadas por outros, para dar lugar a um humano que se entende capaz e busca em si mesmo as suas preferências, de forma a realizar seus próprios anseios.¹⁴ Nessa senda, constata-se que houve uma dilatação do que se entende por autonomia privada – neste aspecto entendida como em sentido amplo -, antes vista somente sobre o aspecto econômico, podendo agora ser conceituado como “a capacidade do sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual”, de governar por sua conta a “sua esfera jurídica”, sendo livre para escolher qual caminho seguirá e seguir essa escolha, “desde que

⁹ SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. **Boletim Científico**: Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, n. 14, p. 167-217, jan/mar, 2005, p. 182.

¹⁰ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 128.

¹¹ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 26, n. 102, abr./jun. 1989, p. 212. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>>. Acesso em: 04 mai 2015.

¹² TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das Obrigações**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1980, p. 51.

¹³ SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. **Boletim Científico**: Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, n. 14, p. 167-217, jan/mar, 2005, p. 169.

¹⁴ FIUZA, César Augusto de Castro; POLI, Luciana Costa. Autonomia privada e intervenção no estado democrático de direito: a (im)possibilidade de casamento entre homossexuais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n.106, p. 95-131, jan./jun. 2013.

elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade”.¹⁵ Revela-se na manifestação de “um poder de autodeterminação e de autovinculação dos particulares”.¹⁶ Nessa senda, o indivíduo toma para si a responsabilidade de optar, “por meio da atuação de sua própria vontade”, qual direção tomará na sua vida social, econômica, sexual...¹⁷, inserindo a autonomia privada “em um conjunto mais amplo de valores e princípios que a contemplam”.¹⁸

Toda essa resignificação da autonomia privada deu-se com a percepção de que ela expressa a *liberdade constitucional* garantida ao indivíduo, “não apenas enquanto sujeito de direitos, mas antes disso como ser humano”. Não basta que seja garantida ao homem a sua existência, ele deve possuir o domínio sobre sua vida, tornando-a, assim, digna, uma vez que “a possibilidade de formação de relações jurídicas por declaração de vontade é emanção da liberdade da pessoa que, por sua vez, é consequência da dignidade do homem”.¹⁹ O princípio converte-se em um dos pilares que sustentam a liberdade do homem e, também, passa a ser a “dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana”.²⁰ A autonomia privada deixa de ser apenas um princípio contratual para “assumir *status* de direito fundamental, constitucioalmente consagrado, essencial (...) para a realização da dignidade da pessoa humana”²¹.

¹⁵ SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. **Boletim Científico**: Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, n. 14, p. 167-217, jan/mar, 2005, p. 182.

¹⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 191.

¹⁷ CATALAN, Marcos Jorge. Autonomia privada: o poder jurígeno dos sujeitos de direito. Scientia Iuris: **Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL**, Londrina, v.5/6, p. 430-463, 2001/2002, p. 434.

¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. Autonomia privada e estipulação contratual. In: **Soluções práticas de direito**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁹ CATALAN, Marcos Jorge. Autonomia privada: o poder jurígeno dos sujeitos de direito. Scientia Iuris: **Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL**, Londrina, v.5/6, p. 430-463, 2001/2002, p. 438.

²⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

²¹ BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 57, jan/2014, p. 69. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6007900000150a1d4248d0564745d&docguid=I128e6660bfa811e39d90010000000000&hitguid=I128e6660bfa811e39d90010000000000&spos=1&epos=1&td=2&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 25 out 2015.

Nessa linha, o princípio revela sua outra faceta, de verdadeiro “pressuposto da democracia”, na medida em que seu gozo propicia que as escolhas políticas dos cidadãos sejam pautadas numa ampla troca de ideias e também que auxiliem no controle daqueles, por si, eleitos para administrar o Estado.²² Constatase, com isso, que o princípio da autonomia privada passa, lastreado na Constituição Federal, a abarcar tanto aspectos ligados a escolhas negociais, quanto escolhas existências, alargando-se em grande escala, ganhando status de princípio constitucional, sem o qual as pessoas não alcançariam uma vida digna, na medida em que se torna o instrumento da liberdade, a forma pela qual esta se demonstra.

1.2 PODER JURÍGENO CONFERIDO AOS INDIVÍDUOS COMO DECORRÊNCIA DA AUTONOMIA PRIVADA

Em sentido mais estrito, a autonomia privada figura como “o poder jurídico conferido pelo direito aos particulares para autorregulamentação de seus interesses, nos limites estabelecidos”, sendo verificada, portanto, no exercício de três liberdades “a) a liberdade de escolher o outro contratante; b) a liberdade de escolher o tipo contratual; c) a liberdade de determinação do conteúdo”.²³ Nessa perspectiva, Pontes de Miranda afirma que a autonomia privada “é o espaço deixado às vontades”, ou seja, o ambiente no qual o indivíduo pode escolher por meio da sua vontade, estando, todavia, cercado “pelas regras jurídicas cogentes”.²⁴ É justamente das normas jurídicas já existentes que a autonomia privada extrairia a capacidade do indivíduo poder vincular-se com efeitos jurídicos, devendo esta ser, segundo Emilio Betti, sempre sustentada em uma “norma

²² SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. **Boletim Científico**: Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, n. 14, p. 167-217, jan/mar, 2005, p. 182.

²³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61.

²⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial, tomo XXIII. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 254.

jurídica preexistente”²⁵, pois se atribuiu a lei o papel de pré-fixar quais atos da vida humana tornar-se-ão jurídicos, para dar origem a relações jurídicas e obter eficácia jurídica, de modo que o campo do auto-regramento seria apenas o que resta²⁶. Verifica-se, assim, que ambos os autores negam veementemente que o princípio da autonomia privada tenha a capacidade de criar, “e nem sequer a integrar, qualquer norma jurídica, mas [sim] a realizar a hipótese de facto de uma norma já existente, dando vida, entre particulares, àquela relação jurídica que essa norma estabelece”²⁷, pois isso supõe a delegação pelo Estado do poder de editar “normas jurídicas”.²⁸ Nesta senda, a juridicidade do negócio jurídico só evidenciaria-se quando a vontade do sujeito fosse expressada como prevê a norma jurídica posta, extraindo-se dela os efeitos jurídicos que incidirão no negócio, logo, a vontade é submissa à lei²⁹, sempre implicando a incidência de uma norma jurídica para que o poder surta efeitos jurídicos.³⁰

Luigi Ferri, porém, não concorda com o entendimento doutrinário que é adotado por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda e Emilio Betti, pois, já de início, afirma que autonomia privada não se confunde com o princípio da iniciativa privada, na medida em que essa visão limita “al problema jurídico”.³¹ Para o autor italiano, a autonomia privada não é “expresión de una mera licitud o facultad, sino manifestación de poder y precisamente del poder de crear, dentro de los limites establecidos por la ley, normas jurídicas”, revelando o seu “poder normativo”. A origem de tal poder advém de uma norma superior, a qual estabelece tanto seu âmbito de atuação, quanto suas “cargas y limitaciones”.³²

²⁵ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**, tomo I. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1986, p. 98.

²⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial, tomo XXIII. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 255.

²⁷ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**, tomo I. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1986, p. 101.

²⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial, tomo XXIII. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 255.

²⁹ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 20-21.

³⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 20.

³¹ FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Traducción y notas por Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial revista de derecho privado, 1969, p. 06.

³² BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**, tomo I. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1986, p. 51.

Nesses termos, Luigi Ferri assegura, a paritr da autonomia privada, um poder jurígeno, colocando o negócio jurídico como fonte formativa lado a lado com o ordenamento e a lei. Nessa linha, importa ressaltar que este autor não discorda da afirmação de que a autonomia privada seja um espaço deixado pelo ordenamento jurídico para o particular exercer sua liberdade, contudo, sua divergência reside no entendimento de que, *em tal esfera de poder, o indivíduo não busca colorir o suporte fático de uma regra, mas, sim, exercer o poder de criar normas para si*. Ressalva, porém, que esse poder de criação não se manifesta de forma soberana, pois, além de ser conferida aos indivíduos por uma norma superior, esta também estabelece suas limitações.³³

Assim, Luigi Ferri descarta a ideia de que o direito objetivo decorreria somente da lei e o negócio jurídico apenas “sería fuente unicamente de derechos subjetivos o de relaciones jurídicas”. Porque quando “tenemos, pues, en el acto de disposición de um derecho la concomitancia del ejercicio del poder de crear normas jurídicas com el ejercicio del derecho subjetivo”. Ou seja: quando um particular celebra um negócio jurídico, este, além de criar um ordenamento jurídico próprio, exercita o direito subjetivo proveniente da lei de dispor de seu patrimônio. Autonomia privada e direito subjetivo, assim, convergem em garantir o exercício de uma liberdade, porém, divergem ao se constatar que o primeiro é dinâmico, permitindo a evolução do direito, enquanto o segundo é estático, dando à alguém uma vantagem caso ocorra uma situação predeterminada na lei.³⁴

Com isso, nota-se que a autonomia privada consiste, sim, num poder conferido pelo ordenamento jurídico para que o particular, utilizando-se do negócio jurídico, possa criar normas jurídicas. Situação que não pode ser confundida com direito subjetivo, pois, embora autonomia privada e direito subjetivo andem juntas, no sentido de exercício de uma liberdade, estas têm funções diferentes no ordenamento jurídico.

³³ FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Traducción y notas por Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial revista de derecho privado, 1969, p. 10.

³⁴ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**, tomo I. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1986, p. 51.

1.3 AUTONOMIA PRIVADA COMO PRINCÍPIO NO PROCESSO CIVIL

Segundo Remo Caponi, a autonomia privada insere-se no processo justamente no ponto que sofreu modificações substanciais nos últimos três séculos, qual seja, na relação processual entre as partes e o juiz, na tensão entre a autonomia das partes e os “poderes do juiz”. A discussão se desenvolve com o objetivo de estabelecer se as partes podem influenciar no procedimento processual, mesmo após o monopólio estatal legislativo sobre as matérias processuais, responsável por situar o “Direito Processual Civil no ius publicum”.³⁵ É que, justamente por situar-se no direito público, a autonomia privada “vem recebendo no processo civil estatal uma intolerância automática, uma resistência irrefletida ou uma indiferença constante, como se, ao iniciar o processo, as partes renunciassem à liberdade jurídica”³⁶, uma liberdade, vale ressaltar, constitucionalmente protegida como um direito fundamental basilar da ordem jurídica.

O exercício da autonomia privada no processo civil ocorre em diferentes aspectos. Quando, por exemplo, é dado início ao processo com a demanda, “a vontade do autor é, com efeito, fator essencial na definição dos limites do objeto litigioso”, tanto que o juiz não pode extrapolar os limites impostos por aquele, não se identificando como uma “consequência das faculdades que o ordenamento jurídico atribui ao titular de um direito subjetivo”.³⁷ Isso significa que a autonomia privada, no bojo do processo civil, não é uma extensão do direito material afirmado em juízo, mas um direito autônomo que carrega consigo o abandono da concepção “hiperpublicista” de processo³⁸.

³⁵ CAPONI, Remo. Autonomia privada e o processo civil: os acordos processuais. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 228, fev/2014, p. 359-376. Disponível em: < <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000150cb1d307f2d0a4c4a&docguid=lfc336dd0832e11e3a05701000000000&hitguid=lfc336dd0832e11e3a05701000000000&spos=3&epos=3&td=6&context=5&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 17 jun 2015.

³⁶ GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). *Negócios Processuais*. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 409.

³⁷ RAATZ, Igor. *Autonomia Privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental*: da insuficiência normativa do “princípio dispositivo” à construção compartilhada do caso concreto. 2015. 531 f. Tese (doutorado em direito). Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio do Sinos, São Leopoldo, 2015, p. 349 (no prelo).

³⁸ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 104-114.

Com o advento da constitucionalização do direito e da instituição do Estado Democrático de Direito, além da autonomia conferida ao indivíduo nos campos existenciais e jurídicos, o processo, do mesmo modo, passou a ser “um espaço propício para o exercício da liberdade”, deixando-se a ele uma esfera onde os indivíduos podem exercer o poder jurígeno da autonomia privada.³⁹ Note-se que possibilidade de exercer esse poder da autonomia privada também no processo civil – ramo que, após a instalação do processo publicístico, suprimiu o poder das partes – se deu com a elevação do princípio a “uma de suas normas fundamentais”, pois traria consigo a afirmação do princípio da liberdade, o fundamento do Estado Democrático de Direito.⁴⁰ O papel assumido pela parte no processo não é mais de um ser incapaz, mas, sim, de um “coprodutor e intermediador de sentido das normas processuais, dentro de um sistema legal que é como ‘um pulmão aberto à experiência’”.⁴¹ Nessa senda, o princípio da autonomia privada cumpre seu papel, já ressaltado por Luigi Ferri, de poder dinâmico, destinado a proporcionar uma evolução do direito.

Nessa perspectiva, o Novo Código de Processo Civil brasileiro de 2015 foi responsável por alterar os paradigmas presentes no Código de Processo Civil de 1973, ao conferir as partes o poder de firmarem negócios jurídicos processuais atípicos, tanto no que se refere ao procedimento, quanto aos poderes, faculdades e obrigações das partes. Trata-se de uma cláusula geral de atipicidade, disposta no artigo 190 do Novo Código, isto é, as partes podem firmar negócios jurídicos processuais não previstos em lei.

Da análise do referido artigo, nota-se o poder de firmar negócios jurídicos atípicos somente pode ser bem compreendido como reconhecimento de que a autonomia privada dos indivíduos tornou-se um princípio fundamental do processo. O princípio transforma-se no fundamento do novo modelo processual democrático e é por meio dele que as partes construirão um procedimento mais adequado ao seus interesses. Atualmente,

³⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 23.

⁴⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 20-21.

⁴¹ CAPONI, Remo. Autonomia privada e o processo civil: os acordos processuais. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 228, fev/2014, p. 359-376. Disponível em: <[http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000150cb1d307f2d0a4c4a&docguid=Ifc336dd0832e11e3a0570100000000000&hitguid=Ifc336dd0832e11e3a0570100000000000&spos=3&epos=3&td=6&context=5&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000150cb1d307f2d0a4c4a&docguid=Ifc336dd0832e11e3a057010000000000&hitguid=Ifc336dd0832e11e3a0570100000000000&spos=3&epos=3&td=6&context=5&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 17 jun 2015.

portanto, entende-se que as partes podem influenciar no processo civil, dando a elas uma margem maior de limites, podendo, inclusive, editar normas jurídicas vinculantes para os sujeitos da relação jurídica processual. A baliza do poder normativo situa-se na eficiência do processo, para que não obstaculizem a “justa composição da controvérsia”,⁴² medida que busca evitar os abusos cometidos durante o processo civil liberal.

2 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS COMO EXPRESSÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA NO PROCESSO CIVIL

2.1 PANORAMA GERAL DA INSERÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO NOVO CPC

Diante da evolução experimentada pelo processo civil, sempre influenciado pela cultura política do momento em histórico em que analisado, percebe-se que o modelo democrático visa a trazer um equilíbrio entre as principais qualidades dos sistemas liberal e social, de maneira a garantir efetivamente os direitos fundamentais dos litigantes, consubstanciado em ofertar “a segurança e a efetividade, a celeridade e a busca da verdade, os interesses públicos e privados”.⁴³

Diane desse quadro, Loïc Cadiet identifica que a intensificação pela busca dos negócios jurídicos no processo civil ocorreu em razão da “contractualización contemporánea de las relaciones sociales, ligada a la decadencia del centralismo estatal y de su corolario en la categoría de la producción normativa, el legicentrismo”, ou seja, a produção normativa elabora pelo poder legislativo não se identificava, na maioria das vezes,

⁴² CAPONI, Remo. Autonomia privada e o processo civil: os acordos processuais. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 228, fev/2014, p. 359-376. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000150cb1d307f2d0a4c4a&docguid=lf336dd0832e11e3a057010000000000&hitguid=lf336dd0832e11e3a057010000000000&spos=3&epos=3&td=6&context=5&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 17 jun 2015.

⁴³ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015, p. 104-105.

com os verdadeiros interesses do povo.⁴⁴ Para Remo Caponi, esta forma tradicional do Estado impor unilateralmente a regra já demonstra “os sinais do tempo”, porque a sua “capacidade de regulação” diminui cada vez mais.⁴⁵ Ademais, destaca Leonardo Greco, tal movimento fez com que tanto a doutrina processual, quanto os sistemas jurídicos começassem a considerar que as intervenções realizadas pelo juiz teriam um “caráter subsidiário e assistencial”, porque reconheceram “às próprias partes certo poder de disposição em relação ao próprio processo e a muitos dos seus atos”.⁴⁶

Assim, o ordenamento jurídico, confessando que os atores sociais também têm “interesse em influir na atividade-meio”, pois são “destinatários da prestação jurisdicional”⁴⁷, aceitou que estes criassem seu próprio ordenamento jurídico processual, “al lado del orden jurídico impuesto por el Estado”.⁴⁸ Nesta linha, constata-se que a falência do poder legislativo aliada a do próprio poder judiciário, incapaz de efetivar os direitos fundamentais somente com o reforço dos poderes do juiz, trouxe novamente prestígio ao poder jurígeno da autonomia privada dos particulares, uma vez que tal poder exprime o direito fundamental de liberdade, ou seja, a própria dignidade da pessoa humana, ao permitir à autorregulação e a autovinculação dos indivíduos quando lidarem com seus próprios interesses.

⁴⁴ CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. **Civil Procedure Review**. v.3, n.3, ago./dez. 2012, p. 3-35. Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/index.php?option=com_content&view=article&id=280%3A-los-acuerdos-procesales-en-derecho-frances-situacion-actual-de-la-contractualizacion-del-proceso-y-de-la-justicia-en-francia&catid=68%3Apdf-revista-n3-2012&Itemid=82&lang=pt>. Acesso em: 07 nov. 2015.

⁴⁵ CAPONI, Remo. Autonomia privada e o processo civil: os acordos processuais. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 228, fev/2014, p. 359-376. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000150cb1d307f2d0a4c4a&docguid=Ifc336dd0832e11e3a05701000000000&hitguid=Ifc336dd0832e11e3a05701000000000&spos=3&epos=3&td=6&context=5&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 17 jun 2015.

⁴⁶ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, UERJ, n. 1, dez./2007, p. 8-28. Disponível em: <http://www.redp.com.br/edicao_01.htm>. Acesso em: 07 nov. 2015.

⁴⁷ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, UERJ, n. 1, dez./2007, p. 8-28. Disponível em: <http://www.redp.com.br/edicao_01.htm>. Acesso em: 07 nov. 2015.

⁴⁸ CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. **Civil Procedure Review**. v.3, n.3, ago./dez. 2012, p. 3-35. Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/index.php?option=com_content&view=article&id=280%3A-los-acuerdos-procesales-en-derecho-frances-situacion-actual-de-la-contra-ctualizacion-del-proceso-y-de-la-justicia-en-francia&catid=68%3Apdf-revista-n3-2012&Itemid=82&lang=pt>. Acesso em: 07 nov. 2015.

Sendo assim, o negócio jurídico processual passou a se identificar como o exercício da autonomia privada, o qual tem o fim de estabelecer, mesmo antes da existência de qualquer litígio, ou já no curso de uma relação jurídica processual, “como deve ser solucionada eventual contenda que surja da aplicação do negócio jurídico”, constituindo, extinguindo ou modificando direitos e deveres abstratamente pré-estabelecidos na legislação processual. Trata-se, portanto, de uma confiança do ordenamento jurídico no particular, que, utilizando-se da sua autonomia privada, tem o direito de participar da escolha da melhor solução de eventual litígio, encontrando limites, vale ressaltar, nos direitos fundamentais e nos próprios escopos da jurisdição.⁴⁹

2.2 A AMPLIAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS TÍPICOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO SINTOMA DO INCREMENTO DA AUTONOMIA PRIVADA COMO PRINCÍPIO PROCESSUAL

Os negócios jurídicos processuais comportam, segundo orientação doutrinária, classificação quanto ao número de sujeitos que declara sua vontade em um negócio jurídico processual, bem como quanto a sua previsão expressa ou não no Código de Processo Civil. Esta classificação separa os negócios jurídicos processuais em típicos, quando a norma processual os autoriza expressamente, ou atípicos, quando não há norma processual que os permita ou vede.

No Código de Processo Civil de 1973 era possível identificar alguns negócios jurídicos processuais como: i) o reconhecimento do pedido (art. 269, inciso II); ii) o adiamento da audiência por convenção das partes (art. 453, inciso I), etc.⁵⁰ Contudo, levando-se em conta que o Código

⁴⁹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 104-105.

⁵⁰ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, UERJ, n. 1, dez./2007, p. 8-28. Disponível em: < http://www.redp.com.br/edicao_01.htm>. Acesso em: 07 nov. 2015.

Buzaid possuiu uma forte influência publicista, responsável por relegar a segundo plano as vontades das partes, quando se cogitava a possibilidade um negócio jurídico processual, este sempre dependia “da aprovação ou homologação do juiz, vigilante guardião dos fins sociais e do interesse público a serem atingidos e preponderantemente tutelados”. Destarte, ainda que fosse reconhecido que as partes dispunham de certa autonomia no processo, esta esfera sempre estaria sujeita a aprovação do Estado-juiz, ou poderia por ser controlada por este.⁵¹ Por esta razão, “devido à contundência do protagonismo do juiz na relação processual, a autonomia da vontade das partes [...] encontrou, como regra geral, espaço bastante limitado sob a égide do Código de 1973”.⁵²

O Novo Código de Processo Civil, por outro lado, amplia consideravelmente os negócios processuais típicos, em pontos que, sob o viés publicista do CPC/73, o poder de autorregulação das partes era impensável, “permitindo que elas negociem sobre o processo, de modo mais evidente do que no CPC/1973”. Como exemplos dessa ampliação conferida pelo NCPC, destacam-se: a) a redução de prazos peremptórios (art. 222, §1º), as partes e o juiz podem convencionar a redução dos prazos peremptórios previstos em lei; b) a calendarização do procedimento (art. 191), responsável por permitir que as partes e o juiz fixem “datas para a realização dos atos processuais, que ficam todos agendados”, dispensando-se, assim, a intimação para comunicação dos atos.⁵³

Dessa forma, percebe-se que os negócios processuais típicos ampliaram-se principalmente no que tange ao procedimento processual, pois o NCPC favorece e privilegia, “sempre quando possível, as soluções de controvérsias obtidas diretamente pelos próprios litigantes”⁵⁴, ou seja,

⁵¹ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, UERJ, n. 1, dez./2007, p. 8-28. Disponível em: < http://www.redp.com.br/edicao_01.htm>. Acesso em: 07 nov. 2015.

⁵² REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 271.

⁵³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 50-56.

⁵⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 90.

estimula as partes a exercitarem sua autonomia privada para que elas próprias cheguem a um consenso sobre qual o melhor caminho para tutelar seus interesses postos em juízo. O procedimento deixa de ser imposto para tornar-se um espaço em branco, em que as partes podem participar, juntamente com o juiz, da escolha do melhor meio para solucionar seu litígio, num ambiente democrático e participativo.

2.3 OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSAIS ATÍPICOS E A SUA ADMISSIBILIDADE FRENTE AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O entendimento de que existem negócios jurídicos processuais atípicos não é novo, pois José Carlos Barbosa Moreira, no seu famoso artigo *Convenções das partes sobre matéria processual* de 1982, já havia se manifestado favorável a “admissibilidade de convenções não autorizadas *expressis verbis* na lei”, embora reconhecesse a dificuldade de estabelecer quais os limites a esse tipo de negócio jurídico processual. Para o autor, o critério mais recorrente na doutrina internacional era o que “se baseia na distinção entre normas processuais cogentes e normas processuais dispositivas. Admitir-se-ia no âmbito destas e repelir-se-ia no daquelas a liberdade de convenção entre as partes”.⁵⁵ Ou seja, naquele que é considerado o primeiro estudo sobre negócios jurídicos processuais no Brasil, Barbosa Moreira firmou entendimento que o Código de Processo Civil de 1973 já deixava um espaço as partes para que estas fizessem convenções não previstas em lei, em razão do seu artigo 158.

Contudo, se a doutrina já relutava em aceitar a existência de negócios jurídicos processuais típicos, reconhecer e dar eficácia a um negócio que não estava previsto em lei era exigir demais. Em razão disso, a legislação admitia somente duas espécies de flexibilização procedimental, a primeira a cargo do legislador, como nos procedimentos especiais, a segunda por atos do próprio juiz da causa.⁵⁶ Por isso, a doutrina permaneceu

⁵⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 91.

⁵⁶ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 219.

silente por décadas sobre a admissibilidade ou não dos negócios jurídicos processuais atípicos, até a discussão ser reaberta com a publicação, em 2007, do artigo *Os atos de disposição processual: primeiras reflexões*, de autoria do processualista Leonardo Greco.⁵⁷

Ocorre que, com a publicação do Novo Código de Processo Civil em 2015, a discussão sobre a possibilidade das partes firmarem negócios jurídicos processuais não previstos em lei tornou-se desarrazoada, pois além de reproduzir “o disposto no art. 158 do CPC de 1973” no seu art. 200 – por meio do qual “já se poderia construir o princípio da atipicidade dos negócios processuais” –, o novo Código inova⁵⁸ e “prevê, em seu art. 190, uma cláusula geral de acordo de procedimento”.⁵⁹

Dessa forma, para extirpar as dúvidas relacionadas a possibilidade ou não dessa espécie de negócio jurídico processual, “o legislador achou por bem”⁶⁰ admitir expressamente “a celebração entre as partes de negócios jurídicos bilaterais (acordos) sobre o procedimento. Trata-se da manifestação do que alguns denominam de flexibilização procedimental voluntária”.⁶¹

Esse poder das próprias partes alterarem o procedimento pode ser exercido “antes ou durante o processo”, sendo factível que as partes fixem um contrato alterando os atos dispostos em abstrato pelo legislador já no início da sua relação jurídica de direito material.⁶² Portanto, “não se

⁵⁷ O artigo encontra-se disponível em: GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, UERJ, n. 1, dez./2007, p. 8-28. Disponível em: < http://www.redp.com.br/edicao_01.htm>. Acesso em: 07 nov. 2015.

⁵⁸ SANTOS, Tatiana Simões dos. Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). *Negócios Processuais*. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 508.

⁵⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). *Negócios Processuais*. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 56.

⁶⁰ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). *Negócios Processuais*. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 264.

⁶¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). *Negócios Processuais*. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 90.

⁶² ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). *Negócios Processuais*. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 194.

trata de negócio sobre o direito litigioso [...]. No caso, *negocia-se sobre o processo, alterando suas regras* [...]. São negócios que derogam normas processuais” (grifos do autor), podendo redefinir a forma do ato processual ou, ainda, a “ordem de encadeamento dos atos”.⁶³

O escopo da flexibilização procedimental é que as partes alcancem “a eficiência necessária à solução efetiva e adequada dos conflitos judicializados”, principalmente quando “os procedimentos preestabelecidos em lei, não se compatibilizam com as particularidades da relação jurídica apresentada”.⁶⁴ Além disso, como já precavia Leonardo Greco, as partes “têm também interesse em influir na atividade-meio e, em certas circunstâncias, estão mais habilitadas do que o próprio julgador a adotar decisões sobre os seus rumos”, não sendo interesse, portanto, exclusivo do julgador em alcançar os “objetivos publicísticos do processo”, mas também, ainda que mediatamente, das partes.⁶⁵

Portanto, a consagração do princípio da autonomia privada no processo civil tornou-se clara com a previsão do artigo 190 no NCPC, responsável pelo “exemplo mais evidente da densidade normativa que esse mesmo princípio possui no direito brasileiro”, ao estabelecer “uma cláusula geral de negociação processual, que permite a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos”.⁶⁶ As partes “se transformam em sujeitos que decidem” sobre o processo, não mais se detendo na “estrita qualidade de sujeitos que pedem”⁶⁷, extraíndo do campo processual a visão paternalista em face do Estado-juiz. Nesse contexto, o princípio da autonomia privada, por meio do negócio jurídico processual, democratiza

⁶³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 380-381.

⁶⁴ SANTOS, Tatiana Simões dos. Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 508.

⁶⁵ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, UERJ, n. 1, dez./2007, p. 8-28. Disponível em: < http://www.redp.com.br/edicao_01.htm>. Acesso em: 07 nov. 2015.

⁶⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 24-25.

⁶⁷ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, UERJ, n. 1, dez./2007, p. 8-28. Disponível em: < http://www.redp.com.br/edicao_01.htm>. Acesso em: 07 nov. 2015.

o Novo Código de Processo Civil, abrindo “espaço à participação das partes na construção do procedimento”⁶⁸, e resgata “sua importância em um ambiente que historicamente [...] se caracterizou por um forte traço publicístico”.⁶⁹

3 OS LIMITES DA AUTONOMIA PRIVADA NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

O princípio da autonomia privada inserido no campo negocial sofreu diversas limitações no Estado de Direito Social, sendo que, importa ressaltar, sequer no Estado de Direito Liberal o princípio possuiu roupagem absoluta, ilimitada, ou seja, era limitado até no âmbito do Direito Civil, ramo onde imperam os interesses privados. Consequentemente, levando-se em conta que o processo civil é um ramo de Direito Público, a influência de tal princípio no Direito Processual Civil não tem “a mesma roupagem dogmática com que se apresenta, por exemplo, no Direito Civil”, justamente por abranger “o exercício de uma função pública (a jurisdição), a negociação processual é mais regulada e o seu objeto, mais restrito”.⁷⁰ Com efeito, ainda que o NCPC tenha voltado a dar prestígio a autonomia privada no processo civil, o estudo dos seus limites no âmbito dos negócios jurídicos processuais é um “tema sobremaneira complexo”⁷¹, por envolver de um lado um direito público e de outro o autorregulamento das partes como expressão do direito fundamental de liberdade.

⁶⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 91.

⁶⁹ OLIVEIRA, Paulo Mendes. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 419.

⁷⁰ DIDIER JR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregulamento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 20.

⁷¹ RAATZ, Igor. **Autonomia Privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental**: da insuficiência normativa do “princípio dispositivo” à construção compartilhada do caso concreto. 2015. 531 f. Tese (doutorado em direito). Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio do Sinos, São Leopoldo, 2015, p. 515 (no prelo).

Da análise do próprio artigo 190 do Novo Código de Processo Civil já é possível identificar alguma direção sobre as condições exigidas pelo ordenamento jurídico para que o negócio jurídico processual seja válido, quais sejam: (i) direitos que admitam autocomposição; (ii) partes capazes; e (iii) “existência de situação de equilíbrio entre as partes”.⁷² Em consequência, o parágrafo único do referido artigo incumbe ao juiz o dever de controlar a validade das convenções processuais, de ofício ou a requerimento das partes, “recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.⁷³

Adentrando de vez na questão dos limites à autonomia privada nos negócios processuais, constata-se que o comando legal estabelece duas premissas basilares ao julgador, a saber: “o descumprimento do negócio processual é matéria que o juiz não pode conhecer de ofício. Consequentemente o juiz somente poderá recusar a aplicabilidade do negócio processual quando este for nulo”.⁷⁴ Portanto, cabe ao juiz exercer “um controle sobre” a validade do negócio jurídico⁷⁵, ou melhor, um “papel fiscalizatório”.⁷⁶ Deste modo, constata-se que os negócios jurídicos processuais detêm eficácia imediata, porque, além da disposição explícita no artigo 200 do NCPC, o juiz apenas realiza um controle sobre o convencionado “*a posteriori*” (grifo do autor).⁷⁷

⁷² LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 452.

⁷³ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 12 nov. 2015.

⁷⁴ RAATZ, Igor. **Autonomia Privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental**: da insuficiência normativa do “princípio dispositivo” à construção compartilhada do caso concreto. 2015. 531 f. Tese (doutorado em direito). Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio do Sinos, São Leopoldo, 2015, p. 515-516 (no prelo).

⁷⁵ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 230.

⁷⁶ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 265.

⁷⁷ REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 273.

Considerando que o NCPC não pretendeu ser exaustivo relativamente a regulamentação dos negócios processuais, verifica-se que “são aplicáveis as regras civis que tratam das nulidades, conforme disposições gerais dos artigos 166 e seguintes do Código Civil, analisadas sob a específica ótica das regras” processuais⁷⁸, conduzindo à “uma espécie de regime jurídico misto”, em que serão consideradas tanto as regras de direito processual, quanto as de direito material.⁷⁹ Em vista disso, os negócios jurídicos processuais somente serão declarados nulos quando houver prejuízo “à defesa de qualquer das partes (CPC, artigos 279 e 280)”⁸⁰, carecendo ou à parte ou ao juiz demonstrar o prejuízo que será causado ao atribuir-se validade à convenção processual.⁸¹ Assim sendo, certifica-se que o NCPC é afeito a regra “segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo”⁸², conferindo validade aos atos que, embora contrário à legislação, não impliquem num prejuízo aos litigantes ou ao juiz.⁸³

Por outro lado, quanto ao momento em que os negócios jurídicos processuais passam a produzir efeitos, a disposição do artigo 200 do NCPC é bastante clara, referindo que os efeitos são produzidos imediatamente após a constituição da convenção. Destarte, constata-se que a necessidade de homologação do negócio processual “deve vir prevista em lei” e a regra geral, aplicada aos negócios processuais atípicos, é de que estes “produzem efeitos *imediatamente*, salvo se as partes, expressamente, houverem modulado a eficácia do negócio, com a inserção de condição ou de termo” (grifos do autor).⁸⁴ Pois, se o objeto do negócio jurídico processual for lícito, não há necessidade das partes aguardarem

⁷⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 76.

⁷⁹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 228.

⁸⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 78.

⁸¹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 155.

⁸² Enunciado 16 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) sobre o CPC-2105.

⁸³ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 78.

⁸⁴ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 379-380.

“a verificação da conveniência e posterior homologação pelo juiz para que se alcance eficácia”, ou seja, “o papel do juiz, portanto, não é o de homologador, mas o de *fiscalizador* da capacidade dos agentes, se a forma é adequada e se o objeto é lícito”.⁸⁵

O primeiro critério está ligado ao poder que as partes detêm sobre o direito material debatido em juízo, sendo que, na concepção de Leonardo Greco, aquele que pretende convencionar sobre o procedimento ou direitos processuais deve ser titular “de direitos disponíveis” para poder “dispor no processo do seu direito material”.⁸⁶ Esse também é o entendimento de Loïc Cadiet, o qual “sustenta a impossibilidade de acordos processuais quando a questão de fundo (direito objeto do litígio) verse sobre direitos dos quais as partes não possuam a livre disposição”.⁸⁷

Contudo, Diogo Assumpção Rezende de Almeida discorda que essa máxima não possa vir a ser mitigada, pois, num primeiro momento, “a impossibilidade de disposição de direito material não afeta, em regra, a possibilidade de disposição de direito processual”, devendo, assim, analisar-se no caso concreto se a disposição do direito processual ofende direta ou indiretamente o direito material indisponível. Assim, para o autor, não há uma proibição automática da celebração de negócio jurídico processual se o direito material for indisponível, porém “quando esta se revelar modo de disposição indireta do direito indisponível” poderá ensejar na declaração de invalidação ou ineficácia pelo juiz.⁸⁸ Por essa razão, o legislador, ao conceber o NCPC, “teve o cuidado na escolha da expressão ‘direitos que admitam autocomposição’, a qual não deve ser confundida com direitos indisponíveis, uma vez que estes também podem ser objeto de transação”, pois “é possível que o negócio processual venha a reforçar o âmbito de proteção conferido processualmente àquele afirmado direito”.⁸⁹ Tal entendimento foi consolidado pelo Fórum

⁸⁵ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 142-143.

⁸⁶ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, UERJ, n. 1, dez./2007, p. 8-28. Disponível em: < http://www.redp.com.br/edicao_01.htm>. Acesso em: 07 nov. 2015.

⁸⁷ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 185.

⁸⁸ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 186-187.

⁸⁹ RAATZ, Igor. **Autonomia Privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental**: da insuficiência normativa do “princípio dispositivo” à construção compartilhada do caso concreto. 2015. 531 f. Tese (doutorado em direito). Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio do Sinos, São Leopoldo, 2015, p. 522-523 (no prelo).

Permanente de Processualistas Civis no enunciado 135: “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”.⁹⁰

Destarte, verifica-se que negócios jurídicos processuais podem ser firmados mesmo quando estiverem em jogo direitos materiais indisponíveis, desde que: i) não resultem na impossibilidade de exercício daquele direito, direta ou indiretamente; ou ii) venham a dar maior tutela do que o próprio ordenamento jurídico já o faz. Nos outros casos, a doutrina aponta para declaração de invalidade ou ineficácia da convenção pelo magistrado, em face do poder de controle que este possui por meio do parágrafo único do artigo 190 do NCPC.

A segunda limitação se refere ao “equilíbrio das partes e à paridade de armas”, pois a vontade do indivíduo que a emite não pode ser “resultado de qualquer coação ou intimidação por parte de outro sujeito”, isto é, deve ser livre; e, também, deve ser acompanhada pela consciência de que aquela disposição “pode lhe acarretar o julgamento desfavorável ou a perda do próprio direito material pleiteado em juízo”. Com efeito, segue Leonardo Greco, a atuação do juiz deve se pautar na busca pela igualdade concreta dos litigantes, no intuito de, “suprir, em caráter assistencial, as deficiências defensivas do mais fraco em relação ao mais forte”.⁹¹

Em consequência disso, o Novo Código de Processo Civil destaca, no artigo 190, parágrafo único, a “*incapacidade processual negocial: a incapacidade pela situação de vulnerabilidade*” (grifos do autor). A vulnerabilidade pode ser entendida como “a suscetibilidade que alguém tem de ser atingido em razão de ser a parte mais fraca em determinada relação”. Nestes casos, segue o autor, a nova legislação processual impõe que o juiz “se recuse a aplicação de negócio jurídico processual”.⁹² Ademais, o escopo do artigo 190 do NCPC é concretizar as disposições “do art. 7º e

⁹⁰ CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 551.

⁹¹ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, UERJ, n. 1, dez./2007, p. 8-28. Disponível em: < http://www.redp.com.br/edicao_01.htm>. Acesso em: 07 nov. 2015.

⁹² RAATZ, Igor. **Autonomia Privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental: da insuficiência normativa do “princípio dispositivo” à construção compartilhada do caso concreto**. 2015. 531 f. Tese (doutorado em direito). Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio do Sinos, São Leopoldo, 2015, p. 520 (no prelo).

do art. 139, I, CPC, que impõem ao juiz o dever de zelar pela igualdade das partes”.⁹³ Nessa linha, o princípio da igualdade (art. 5º da Constituição Federal) no processo civil pretende assegurar de forma efetiva o exercício do direito fundamental processual ao contraditório “(contraditório como influência)”,⁹⁴ que é corolário de um processo civil democrático. Por outro lado, destaca-se que sempre existiu e existirá desigualdade entre aqueles que contratam entre si, todavia, algumas situações se revelam tão abusivas e excessivas, originadas, notadamente, por questões econômicas e sociais, que criam vantagens e benefícios somente a um dos contratantes, exigindo, portanto, atuação do Poder Judiciário para declarar esse negócio jurídico nulo.⁹⁵

À última, porém mais complexa, das limitações se refere ao objeto dos negócios jurídicos processuais, na medida em que o NCPC deixou de “traçar precisamente os seus limites”⁹⁶, é identificada pela doutrina como o respeito à normas de ordem pública processual e normas cogentes.⁹⁷

As normas de ordem pública lato sensu são formas de proteção a interesses gerais da coletividade e do Estado, ou seja, “as bases jurídicas fundamentais sobre as quais repousa a ordem econômica e moral da sociedade”⁹⁸, com escopo à tutelar “alguma finalidade pública”.⁹⁹

⁹³ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 386.

⁹⁴ ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 197.

⁹⁵ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 162.

⁹⁶ RAATZ, Igor. **Autonomia Privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental**: da insuficiência normativa do “princípio dispositivo” à construção compartilhada do caso concreto. 2015. 531 f. Tese (doutorado em direito). Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio do Sinos, São Leopoldo, 2015, p. 520 (no prelo).

⁹⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 73.

⁹⁸ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 150.

⁹⁹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 389.

Em sentido estrito, quando atinente ao processo judicial, a ordem pública se identifica com os direitos fundamentais processuais previstos no texto constitucional¹⁰⁰, sendo, portanto, inderrogáveis, indisponíveis, “seja pela vontade do juiz, seja pela vontade das partes”, pois compõem aquilo que se considera necessário para constituição e desenvolvimento de um processo devido¹⁰¹, justo. Nota-se que, ao dispor no texto constitucional sobre os princípios e garantias processuais, o Poder Constituinte originário procurou “evitar que a atividade jurisdicional fosse exercida sem o respeito a um núcleo essencial, garantidor da conformação mínima do processo judicial” no Estado Democrático de Direito.¹⁰²

Nessa linha, empenhando-se em identificar quais são os princípios que compõem a ordem pública processual, Diogo Assumpção Rezende de Almeida aponta para a igualdade e capacidade das partes, para o contraditório a ampla defesa, para o devido processo legal, para o princípio do juiz natural, independência e imparcialidade do julgador, para a fundamentação das decisões judiciais, para a busca da verdade, a celeridade e a coisa julgada material¹⁰³. Na verdade, sem adentrar em maiores digressões, pode-se dizer que o autor lastreia o conceito de “ordem pública processual” nos chamados direitos fundamentais processuais.

Não há dúvida, porém, que os direitos fundamentais são irrenunciáveis pelas partes e que elas “podem, *conjuntamente*, renunciarem à determinado meio de prova ou à interposição de determinados recursos” Em tais casos, desde que ambas as partes renunciem a essas posições jurídicas que lhe são outorgadas não haverá qualquer tipo de nulidade, uma vez que não criado nenhum prejuízo ou situação de desigualdade.¹⁰⁴

¹⁰⁰ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, UERJ, n. 1, dez./2007, p. 8-28. Disponível em: < http://www.redp.com.br/edicao_01.htm>. Acesso em: 07 nov. 2015.

¹⁰¹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 153.

¹⁰² OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 430.

¹⁰³ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 153.

¹⁰⁴ RAATZ, Igor. **Autonomia Privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental**: da insuficiência normativa do “princípio dispositivo” à construção compartilhada do caso concreto. 2015. 531 f. Tese (doutorado em direito). Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio do Sinos, São Leopoldo, 2015, p. 524 (no prelo).

No mesmo sentido, Diogo Assumpção Rezende de Almeida afirma que “*a ordem pública não é o escopo do processo, somente baliza seu percurso*” (grifou-se), cabendo, portanto, ao juiz declarar a nulidade do negócio processual, ainda que contrarie a ordem pública processual, somente se este causar prejuízo a uma das partes da relação jurídica.¹⁰⁵ Ademais, o processo, considerado como meio, “não pode se sobrepor aos escopos a que serve”.¹⁰⁶

Por fim, as partes não podem convencionar negócios jurídicos processuais sobre matéria que seja caracterizada como “reserva legal”¹⁰⁷, ou seja, “cuja regulamentação está exclusivamente reservada à lei”¹⁰⁸, como, por exemplo, ressalta Flávio Luiz Yarshell, “a) excluir ou restringir a intervenção do Ministério Público, quando ditada pela Constituição ou pela lei; b) dispensar as partes (mesmo que de forma bilateral) dos deveres inerentes à litigância proba e leal.”¹⁰⁹

Desse modo, a ordem pública processual (entendida aqui como as normas fundamentais processuais que compõem o modelo constitucional de processo) e as normas cogentes constituem limites ao exercício da autonomia privada no processo, visto que “as partes [não podem] desnaturar a própria concepção democrática de processo, sepultando princípios constitucionais”.¹¹⁰ Com efeito, ao convencionarem um negócio processual, o

¹⁰⁵ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 154.

¹⁰⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 71-72.

¹⁰⁷ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 388.

¹⁰⁸ RAATZ, Igor. **Autonomia Privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental**: da insuficiência normativa do “princípio dispositivo” à construção compartilhada do caso concreto. 2015. 531 f. Tese (doutorado em direito). Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio do Sinos, São Leopoldo, 2015, p. 524 (no prelo).

¹⁰⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 72.

¹¹⁰ RAATZ, Igor. **Autonomia Privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental**: da insuficiência normativa do “princípio dispositivo” à construção compartilhada do caso concreto. 2015. 531 f. Tese (doutorado em direito). Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio do Sinos, São Leopoldo, 2015, p. 524 (no prelo).

escopo das partes é de “melhorar suas posições processuais”¹¹¹, não podendo afastar as balizas mínimas do modelo democrático e constitucional de processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da autonomia privada é, sem dúvida, uma expressão normativa do princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana, sendo caracterizado, em uma de suas possíveis facetas, como poder jurígeno atribuído aos indivíduos. Essa concepção ampla da autonomia privada permite que se possa visulizar, nos negócios jurídicos processuais, um instrumento do exercício desse poder atribuído às partes no processo civil de dar para si um ordenamento jurídico. É no campo, portanto, dos negócios jurídicos processuais que autonomia privada assume seu papel de destaque no processo civil contemporâneo. O incremento da autonomia privada no processo está afinado com o modelo democrático-constitucional de processo garantindo às partes que possam construir, para si, um procedimento mais adequados às suas necessidades concretas e às respectivas necessidades do direito material deduzido em causa. O modo como o tema é tratado pelo Novo CPC, certamente, abre um espaço para o que o tema ganhe cada vez mais fôlego e esteja no rol dos grandes temas do processo civil contemporâneo.

¹¹¹ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual no Novo CPC. In: **Revista do Advogado**. São Paulo, AASP, n. 126, mai./2015, ano XXXV, p. 90.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 26, n. 102, abr./jun. 1989. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>>. Acesso em: 04 mai. 2015.
- BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 57, jan/2014. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000150a1d4248d0564745d&docguid=1128e6660bfa811e39d90010000000000&hitguid=1128e6660bfa811e39d90010000000000&spos=1&epos=1&td=2&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 25 out 2015.
- BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**, tomo I. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1986.
- BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 12 nov. 2015.
- CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. **Civil Procedure Review**. v.3, n.3, ago./dez. 2012, p. 3-35. Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/index.php?option=com_content&view=article&id=280%3A-los-acuerdos-procesales-en-derecho-frances-situacion-actual-de-la-contractualizacion-del-proceso-y-de-la-justicia-en-francia&catid=68%3Apdf-revista-n3-2012&Itemid=82&lang=pt>. Acesso em: 07 nov. 2015.

CAPONI, Remo. Autonomia privada e o processo civil: os acordos processuais. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 228, fev/2014, p. 359-376. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srcguid=i0ad8181600000150cb1d307f2d0a4c4a&docguid=Ifc336dd0832e11e3a057010000000000&hitguid=Ifc336dd0832e11e3a057010000000000&spos=3&epos=3&td=6&context=5&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 17 jun 2015.

CATALAN, Marcos Jorge. Autonomia privada: o poder jurígeno dos sujeitos de direito. *Scientia Iuris*: **Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL**, Londrina, v.5/6, p. 430-463, 2001/2002.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

DAMAŠKA, Mirjan. **I volti della gistizia e del potere**: analisi comparatistica del processo. Traduzione di Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 1991

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

_____, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. Autonomia privada e estipulação contratual. In: **Soluções práticas de direito**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Traducción y notas por Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial revista de derecho privado, 1969.

FIUZA, César Augusto de Castro; POLI, Luciana Costa. Autonomia privada e intervenção no estado democrático de direito: a (im)possibilidade de casamento entre homossexuais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n.106, p. 95-131, jan./jun. 2013.

GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, UERJ, n. 1, dez./2007, p. 8-28. Disponível em: <http://www.redp.com.br/edicao_01.htm>. Acesso em: 07 nov. 2015.

LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. O princípio do auto regramento da vontade em Pontes de Miranda. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**. Brasília, conselho federal da OAB, 1995. v. 60.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial, tomo XXIII. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

RAATZ, Igor. **Autonomia Privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental**: da insuficiência normativa do “princípio dispositivo” à construção compartilhada do caso concreto. 2015. 531 f. Tese (doutorado em direito). Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio do Sinos, São Leopoldo, 2015, p. 515 (no prelo).

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SANTOS, Tatiana Simões dos. Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. **Boletim Científico**: Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, n. 14, p. 167-217, jan/mar, 2005.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das Obrigações**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1980.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

_____, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual no Novo CPC. In: **Revista do Advogado**. São Paulo, AASP, n. 126, mai./2015, ano XXXV.

a proteção internacional do meio ambiente: uma análise do tribunal internacional de direito do mar

Mariani Panzenhagen Bernardes

Acadêmica de Direito pela

Universidade Feevale.

E-mail: marianipb@gmail.com.

Ana Paula Atz

Advogada. Mestre em Direito

pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).

E-mail: anapaulaatz@feevale.br.

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata de temática envolvendo o Direito Ambiental, propondo-se a estudar a efetividade do Tribunal Internacional de Direito do Mar no tocante à proteção internacional do meio ambiente.

Por meio da exposição de informações científicas, o trabalho procura identificar os fatores e acontecimentos históricos que levaram ao surgimento do Direito Internacional do Meio Ambiente, bem como conceituar as fontes dessa área do Direito.

De forma a possibilitar a análise da efetividade do Tribunal Internacional de Direito do Mar na proteção do meio ambiente, realiza-se um estudo da Convenção que o instituiu – a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar –, com a exposição dos principais pontos abordados por tal documento e explanação acerca da estrutura do Tribunal, destacando-se a relevância da sociedade de risco quando da criação deste.

Por último, o trabalho traz um estudo de caso, efetuando uma análise do *Southern Bluefin Tuna Case*, uma das mais marcantes jurisprudências ambientais emitidas pelo Tribunal Internacional de Direito do Mar, buscando verificar se o Tribunal de fato consegue ser parte atuante na proteção dos recursos marinhos vivos.

Para a elaboração deste artigo, utilizaram-se os níveis de pesquisa exploratório e descritivo, valendo-se do método dedutivo como método de abordagem e da pesquisa bibliográfica e documental como técnica de pesquisa.

Quanto à temática escolhida, a mesma se torna relevante frente à atual situação do planeta, onde os riscos ambientais são globais: os danos causados ao meio ambiente acarretam consequências que afetam não somente a região envolvida, mas, sim, o mundo como um todo. No âmbito marítimo, a situação é a mesma: todos os recursos marinhos vivos estão interligados, e a exploração desenfreada de um desses elementos gera danos a todos os demais. Por isso, a importância da existência de um Direito Internacional do Meio Ambiente, e, dentro dessa seara, o destaque do Tribunal Internacional de Direito do Mar quanto à conservação do meio ambiente marinho: o Tribunal, geralmente utilizado para questões envolvendo a pronta liberação de embarcações e tripulações, será cada vez mais acionado para analisar casos envolvendo a

proteção do mar e de seus recursos vivos, tendo a oportunidade de ajudar na construção de um futuro onde haja equilíbrio entre desenvolvimento econômico e conservação dos biomas marinhos.

1 SURGIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE

A ideia de um Direito Internacional que também zelasse pelo meio ambiente surgiu depois da década de 60¹, quando os efeitos da industrialização iniciada no século XVIII começaram a se manifestar.²

Durante a Revolução Industrial, quando a Europa almejava mais do que tudo o desenvolvimento material e econômico, o meio ambiente era visto como obstáculo frente ao crescimento da sociedade.³ Àquela época, a população apresentava uma excessiva necessidade de consumir e produzir, impulsionada pela falsa ideia de que, para se alcançar o progresso, era necessário o intenso uso dos recursos encontrados na natureza.⁴ Como não havia manifestação de problemas ambientais agudos, entendia-se que o meio ambiente era capaz de manter seu próprio equilíbrio, podendo suportar a exploração ilimitada de recursos naturais.⁵

¹ REI, Fernando. A Peculiar Dinâmica do Direito Internacional do Meio Ambiente. In: NASSER, Salem Hikmat; REI, Fernando (Org.). **Direito Internacional do Meio Ambiente**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 05.

² MELO, Marciano Almeida. **O desenvolvimento industrial e o impacto no meio ambiente**. Santa Catarina. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-desenvolvimento-industrial-e-o-impacto-no-meio-ambiente>>. Acesso em: 04 abr. 2015.

³ MELO, Marciano Almeida. **O desenvolvimento industrial e o impacto no meio ambiente**. Santa Catarina. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-desenvolvimento-industrial-e-o-impacto-no-meio-ambiente>>. Acesso em: 04 abr. 2015.

⁴ MCLAMB, Eric. **The Ecological Impact of the Industrial Revolution**. [S.l.], 18 set. 2011. Disponível em: <<http://www.ecology.com/2011/09/18/ecological-impact-industrial-revolution/>>. Acesso em: 04 abr. 2015.

⁵ SANTANA, Anina Di Fernando. Uma análise da evolução histórica do Direito Ambiental e o artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 89, jun. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9701&revista_caderno=5>. Acesso em: 04 abr. 2015.

De acordo com Guido Fernando Silva Soares, o constante crescimento do setor industrial trouxe, também, a expansão da população urbana, fato que só aumentou a contaminação do ambiente próximo às cidades. Essa degradação ambiental, concentrada principalmente nos grandes centros industriais, tornou-se aparente somente na segunda metade do século XX. A essa época, segundo o autor, o dano ao meio ambiente já mostrava consequências prejudiciais à saúde do ser humano. Nesse período, então, emergiram as primeiras regras jurídicas destinadas a combater os “efeitos cumulativos da Revolução Industrial e da consagração de uma filosofia de produção” distorcida, visando, primordialmente, “à saúde e ao bem-estar da espécie humana”.⁶

Assim, as mudanças pelas quais o meio ambiente passava e, conseqüentemente, o declínio na qualidade de vida da população provocaram o desenvolvimento de uma consciência internacional relacionada à proteção ambiental.⁷ Por sua vez, essa preocupação acerca do meio ambiente demonstrada por um considerável número de países – com destaque para os Estados Unidos e as potências europeias ocidentais –, foi a faísca inicial, a base na qual se firmou a ideia de um Direito Internacional Ambiental.⁸

Os anos 1960 foram tão cruciais porque foi nesse período que o cenário internacional constatou “que o meio ambiente, ao contrário do que ocorre com os Estados, não se separa com fronteiras”.⁹ Ou seja: a poluição do ar e das águas é carregada pelos ventos e pelas correntes marítimas, o que faz da questão ambiental um problema de todos.

⁶ SOARES, Guido Fernando Silva. **A Proteção Internacional do Meio Ambiente**. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 15-18. (Série Entender o mundo, v. 2).

⁷ MONTEIRO, Egle dos Santos; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. Direito Internacional do Meio Ambiente. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. [São Paulo], v. 10, jan. 1995, p. 21. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad818160000014ccffd6737ec0065f5&docguid=1663167a0f25511dfab6f010000000000&hitguid=1663167a0f25511dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=4000&context=3&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 04 abr. 2015.

⁸ REI, Fernando. A Peculiar Dinâmica do Direito Internacional do Meio Ambiente. In: NASSER, Salem Hikmat; REI, Fernando (Org.). **Direito Internacional do Meio Ambiente**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 04.

⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1061.

Portanto, na perspectiva de Fernando Rei, desse momento em diante a sociedade internacional foi forçada a conhecer problemas comuns a todos os Estados, sendo que, dentre eles, encontravam-se a preservação e o controle de danos ambientais. O autor ainda diz que, quando se trata de encontrar uma solução para esses assuntos, especialmente por envolverem o mundo como um todo, é necessário um diálogo internacional multilateral¹⁰, e, conseqüentemente, um maior engajamento acerca do desenvolvimento da diplomacia multilateral.¹¹

Na concepção de Valério de Oliveira Mazzuoli, esse diálogo internacional, impulsionado pela criação da Organização das Nações Unidas – ONU e pela globalização para a qual o mundo estava abrindo as portas, criou o cenário adequado para o surgimento e maturação do Direito Internacional do Meio Ambiente, que nada mais é do que a “internacionalização da temática ambiental”¹² e que tem por objeto a relação dos sujeitos de Direito Internacional com a seara ambiental, buscando a proteção e a melhor gestão possível dos recursos ambientais disponíveis.¹³

1.1 FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE

De acordo com Valério de Oliveira Mazzuoli, fontes do Direito Internacional do Meio Ambiente são meios “capazes de criar regra de direito ambiental no plano internacional”.¹⁴ Para Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, sendo o Direito Internacional do Meio Ambiente um desdobramento do Direito Internacional, conseqüentemente ambos possuem as mesmas fontes. A respeito dessas fontes, o autor destaca que elas estão elencadas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ), “que menciona os tratados, o costume internacional, os princípios gerais do direito,

¹⁰ REI, Fernando. A Peculiar Dinâmica do Direito Internacional do Meio Ambiente. In: NASSER, Salem Hikmat; REI, Fernando (Org.). **Direito Internacional do Meio Ambiente**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 04.

¹¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 990-992.

¹² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1061.

¹³ REI, Fernando. A Peculiar Dinâmica do Direito Internacional do Meio Ambiente. In: NASSER, Salem Hikmat; REI, Fernando (Org.). **Direito Internacional do Meio Ambiente**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 05.

¹⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 998.

as decisões judiciais e a doutrina dos autores mais qualificados” como fontes do Direito Ambiental Internacional.¹⁵ Além destas, Guido Fernando Silva Soares aponta duas outras fontes que, apesar de não estarem arroladas no Estatuto da Corte Internacional, também merecem destaque: as deliberações de organizações internacionais e as decisões unilaterais dos Estados.¹⁶

Para este estudo, imprescindível é uma análise com enfoque maior nos tratados, definidos, para Hildebrando Accioly, Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella, como atos jurídicos que transmitem e dão publicidade a um “acordo de vontades entre dois ou mais sujeitos de direito internacional”.¹⁷

Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, por sua vez, vê os tratados como “fonte por excelência do direito ambiental internacional”, principalmente porque determinam, “de maneira nítida, ou quase nítida, os direitos e as obrigações das partes contratantes”. No que tange, especificamente, aos tratados de cunho ambiental, o autor aponta que eles são classificados como genéricos ou específicos: nos tratados ambientais genéricos (também conhecidos como *umbrella treaties*), traçam-se apenas os princípios norteadores da matéria, “deixando-se a protocolos suplementares traçar as regras mais objetivas”; nos tratados específicos, por sua vez, como a própria denominação já antecipa, trata-se de temas específicos, “como a proteção da flora e da fauna ou a proteção dos mares, rios, lagos ou da atmosfera”.¹⁸

Assim, tendo-se realizado uma breve conceituação das fontes do Direito Internacional do Meio Ambiente – com análise especial no que tange aos tratados e convenções internacionais –, passa-se ao estudo da convenção mais relevante frente ao tema do presente artigo: a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

¹⁵ SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito Ambiental Internacional**. 2. ed. rev. a atual. Rio de Janeiro: Thex, 2002, p. 07.

¹⁶ SOARES, Guido Fernando Silva. **A Proteção Internacional do Meio Ambiente**. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 83. (Série Entender o mundo, v. 2).

¹⁷ ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 158.

¹⁸ SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito Ambiental Internacional**. 2. ed. rev. a atual. Rio de Janeiro: Thex, 2002, p. 08-09.

1.2 A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR

Dentro desse tópico de convenções, destaca-se a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, assinada em 1982, em Montego Bay, na Jamaica, tendo como objetivo estabelecer objetivo de estabelecer

uma ordem jurídica para os mares e oceanos que facilite as comunicações internacionais e promova os usos pacíficos dos mares e oceanos, a utilização equitativa e eficiente dos seus recursos, a conservação dos recursos vivos e o estudo, a proteção e a preservação do meio marinho [...].¹⁹ (traduziu-se)

Assim, baseando-se, em especial, nos princípios da cooperação e da responsabilidade dos países pelo dano transfronteiriço²⁰, a Convenção da ONU sobre o Direito do Mar delimitou os espaços marítimos e a plataforma continental (além das águas interiores, águas arquipelágicas)²¹, estabelecendo, também, de acordo com Édis Milaré, “regras práticas relativas a padrões e a normas de proteção ambiental”, procurando assegurar um controle sobre a poluição do meio ambiente marinho.²² Além disso, é essencial mencionar que a Convenção sobre o Direito do Mar também instituiu o Tribunal Internacional de Direito do Mar, dedicando inteiramente um de seus nove Anexos ao seu respectivo Estatuto.²³

¹⁹ “[...] a legal order for the seas and oceans which will facilitate international communication, and will promote the peaceful uses of the seas and oceans, the equitable and efficient utilization of their resources, the conservation of their living resources, and the study, protection and preservation of the marine environment [...]” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations Convention on the Law of the Sea**, 1982. Disponível em: <http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf>. Acesso em: 20 set. 2015.

²⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Training Manual on International Environmental Law**. [S.l.], p. 159. Disponível em: <http://www.unep.org/environmentalgovernance/Portals/8/documents/training_Manual.pdf>. Acesso em: 20 set. 2015.

²¹ BORGES, Thiago Carvalho. **Curso de Direito Internacional Público e Direito Comunitário**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 150.

²² MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: A gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1605.

²³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 833.

Para Eliane Maria Octaviano Martins, além de delimitar os espaços marítimos, estabelecendo regras para a exploração de recursos marítimos vivos e não vivos, a importância da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar está na instituição de “preceitos atinentes aos procedimentos de solução de controvérsias”, estabelecendo que qualquer conflito entre nações envolvendo a temática do mar ou a interpretação/aplicação da Convenção deverá ser solucionado por meio diplomático, pacífico, como os elencados no art. 33, § 1º, da Carta da ONU.²⁴

De forma a facilitar essa solução de controvérsias, a Convenção da ONU sobre o Direito do Mar instituiu o Tribunal Internacional de Direito do Mar²⁵, notando-se, entretanto, que os litígios também poderão ser direcionados a outras cortes, como o “Tribunal Internacional de Justiça, Corte Internacional de Justiça da ONU, Tribunal Arbitral ou tribunais arbitrais especiais”.²⁶ Flávia Machado Cruz aprofunda a explanação acerca desta situação, apontando que o Tribunal Internacional de Direito do Mar possui jurisdição concorrente com os outros órgãos acima citados quando se trata de litígio envolvendo a aplicação da Convenção sobre o Direito do Mar ou sobre normas de Direito Internacional Público que envolvam o uso, exploração ou conservação do mar e de seus recursos. Portanto, mesmo que o Tribunal Internacional de Direito do Mar seja o meio preferencial para solução de controvérsias de temática marítima, nada impede que os Estados signatários da Convenção sobre o Direito do Mar optem por encaminhar seus litígios a outros tribunais.²⁷

Então, através da análise dos principais aspectos da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar – a sua definição acerca dos espaços marítimos e a exposição de seus métodos de solução de controvérsias –, constata-se que o Tribunal Internacional de Direito do Mar não é o único tribunal ao qual as partes podem recorrer numa disputa envolvendo o Direito Marítimo. Todavia, cabe apontar que, dentre esses métodos oferecidos, o Tribunal Internacional de Direito do Mar é o que ocupa a posição de maior relevância, fato que o faz objeto de estudo do capítulo que segue.

²⁴ MARTINS, Eliane Maria Octaviano. **Curso de direito marítimo**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Barueri: Manole, 2008, vol. I, p. 87. Disponível em: <<http://feevale.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788520426746/pages/63>>. Acesso em: 20 set. 2015.

²⁵ CRUZ, Flávia Machado. **Direito Internacional Público**. Niterói: Impetus, 2010, p. 177.

²⁶ MARTINS, Eliane Maria Octaviano. **Curso de direito marítimo**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Barueri: Manole, 2008, vol. I, p. 87. Disponível em: <<http://feevale.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788520426746/pages/63>>. Acesso em: 21 set. 2015.

²⁷ CRUZ, Flávia Machado. **Direito Internacional Público**. Niterói: Impetus, 2010, p. 177.

2 A SOCIEDADE DE RISCO GLOBAL: O SURGIMENTO E A ESTRUTURA DO TRIBUNAL INTERNACIONAL DE DIREITO DO MAR

De acordo com Denise Hammerschmidt, os contornos da sociedade de risco global tornaram-se visíveis juntamente com o surgimento da globalização, da industrialização acelerada, da revolução tecnológica. Nessa época, após o fim da Guerra Fria e com a abertura do mundo para o capitalismo, foram utilizados, a fim de desenvolver e fortalecer a economia mundial, “sistemas e tecnologias de produção” que, eventualmente, levaram o planeta a uma situação limite em termos ambientais.

Portanto, a sociedade industrial, com seus excessos em todos os sentidos, transformou-se em uma sociedade de risco, que, segundo a autora, é definida como aquela que enfrenta “os desafios da possibilidade de autodestruição real de todas as formas de vida no planeta”.²⁸

Sobre a relação entre desenvolvimento e sociedade de risco, Mauricio Mota explica:

As sociedades contemporâneas são concebidas como sociedades simultaneamente produtoras de mercadorias em grande escala e produtoras de riscos. As sociedades contemporâneas não se singularizam apenas por sua capacidade de produção de riquezas, mas também pelos riscos que elas mesmas produzem através de seus sistemas produtivo e científico. Desta maneira, as pessoas hoje estão expostas a riscos de toda a natureza – sociais, sanitários, tecnológicos, ecológicos – ligados à modernização das sociedades. Isso caracteriza o que Ulrich Beck denomina de uma “outra modernidade”, na qual emerge uma sociedade industrial diferente da sociedade industrial clássica: a sociedade de risco [...].²⁹

²⁸ HAMMERSCHIMIDT, Denise. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no Direito Ambiental. **Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental**. [São Paulo], v. 01, mar. 2011, p. 361-383. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000150d33dbeb3a6ab2d3e&docguid=I0262b3e0f25111dfab6f01000000000&hitguid=I0262b3e0f25111dfab6f01000000000&spos=4&epos=4&td=4000&context=3&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 26 set. 2015.

²⁹ MOTA, Mauricio. Princípio da precaução no Direito Ambiental: uma construção a partir da razoabilidade e da proporcionalidade. **Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental**. [São Paulo], v. 01, mar. 2011, p. 551-589. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000150d3501884a6ac31be&docguid=I4678fb80f25511dfab6f01000000000&hitguid=I4678fb80f25511dfab6f01000000000&spos=15&epos=15&td=4000&context=3&startChunk=1&endChunk=1#DTR.2008.750-n1>>. Acesso em: 02 out. 2015.

No entendimento de Ulrich Beck, os desenvolvimentos científico e industrial, dentro da sociedade de risco, tornam-se fatores perigosos, uma vez que, além de acarretarem consequências incertas – havendo dúvidas, portanto, quanto a seus resultados para a população mundial e para o meio ambiente –,³⁰ trazem à tona, também, a questão da desigualdade social, da má distribuição de riquezas, do eterno abismo – econômico, social e cultural – entre nações desenvolvidas e nações em processo de desenvolvimento.³¹ É um quadro que o autor denomina de “processo de modernização reflexivo”, onde o desenvolvimento acaba “convertendo-se a si mesmo em tema e problema”, já que, ao passo em que se busca o crescimento econômico com o fim de melhorar a qualidade de vida da população, esta qualidade de vida decai em razão da exploração do meio ambiente – que é necessária para impulsionar o desenvolvimento.³²

No que tange ao Direito do Mar, de acordo com Alberto do Amaral Júnior, já se começava a verificar, no período entre as décadas de 1960 e 1970, que os efeitos da má distribuição de riquezas presente na sociedade em terra firme também avançavam para a seara marítima. O progresso tecnológico possibilitou a descoberta de uma diversa gama de recursos marinhos – petróleo e demais riquezas minerais, em especial –, bem como seus respectivos potenciais econômicos, mas a exploração de tais recursos permanecia exclusivamente nas mãos dos Estados de primeiro mundo, que detinham o suporte financeiro e a tecnologia necessária para tal operação. Para o autor, “o desenvolvimento tecnológico [...] contribuiu para ampliar o grau de desigualdade entre os Estados na exploração dos recursos marinhos”; inconformados, os países não costeiros ou em desenvolvimento iniciaram uma onda de pesadas críticas contra a Organização das Nações Unidas, cobrando medidas que trouxessem

³⁰ BECK, 1999, *apud* MOTA, Mauricio. Princípio da precaução no Direito Ambiental: uma construção a partir da razoabilidade e da proporcionalidade. **Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental**. [São Paulo], v. 01, mar. 2011, p. 551-589. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000150d3501884a6ac31be&docguid=l4678fb80f25511dfab6f010000000000&hitguid=l4678fb80f25511dfab6f010000000000&spos=15&epos=15&td=4000&context=3&startChunk=1&endChunk=1#DTR.2008.750-n1>>. Acesso em: 02 out. 2015.

³¹ NUNES, Denise Silva. Educação ambiental: Perspectivas e desafios na sociedade de risco. **Revista Âmbito Jurídico**. Rio Grande, n. 75, abr. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7349>. Acesso em: 02 out. 2015.

³² BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Traduzido por Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 24.

algum tipo de regulamentação para a atividade nos mares.³³ Então, após duas tentativas – uma em 1958 e outra em 1960 –, em 1982 realizou-se a assinatura da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, que, em suma, disciplinou os espaços marítimos e instituiu o Tribunal Internacional de Direito do Mar.³⁴

Todavia, importante mencionar que, apesar de ter sido aberta para assinaturas em 1982, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar só entrou em vigor internacional em 16 de novembro de 1994, e o Tribunal Internacional de Direito do Mar, mesmo tendo sido criado pela Convenção, só passou a operar em 18 de outubro de 1996.³⁵

Como já mencionado, a Convenção sobre o Direito do Mar instituiu o Tribunal Internacional de Direito do Mar como uma de suas formas compulsórias de solução de controvérsias (a Convenção estabelece que, no caso de conflito envolvendo o Direito do Mar, as partes, em acordo, decidem perante qual Corte ou Tribunal irão apresentar seu caso).³⁶³⁷ Entretanto, segundo John E. Noyes, a ideia acerca da criação do Tribunal provocou certas críticas, uma vez que, antes de sua instituição, a Corte Internacional de Justiça já tinha um histórico quanto à resolução de conflitos envolvendo o Direito do Mar.³⁸

³³ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 393-394.

³⁴ BORGES, Thiago Carvalho. **Curso de Direito Internacional Público e Direito Comunitário**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 150.

³⁵ INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **History**. Hamburg, 2015. Disponível em: <<https://www.itlos.org/en/the-tribunal/history/>>. Acesso em: 03 out. 2015.

³⁶ MARTINS, Eliane Maria Octaviano. **Curso de direito marítimo**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Barueri: Manole, 2008, vol. I, p. 87. Disponível em: <<http://feevale.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788520426746/pages/63>>. Acesso em: 03 out. 2015.

³⁷ “Se as partes em um conflito concordarem acerca de um meio específico de solução da controvérsia, os procedimentos compulsórios dispostos na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar só serão aplicados se tais meios não forem exitosos, se o acordo entre as partes não excluir outro procedimento de resolução ou se a disputa for acerca da aplicação ou interpretação da Convenção”. In: SEYMOUR, Jillaine. The International Tribunal for the Law of the Sea: A Great Mistake? (The Earl Snyder Lecture in International Law). **Indiana Journal of Global Legal Studies**. Indiana, v. 13, n. 01, jan. 2006, p. 04. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1319&context=ijgls>>. Acesso em: 03 out. 2015.

³⁸ NOYES, John E. The International Tribunal for the Law of the Sea. **Cornell International Law Journal**. [Ithaca], v. 32, n. 01, 1999, p. 111-115. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1439&context=cilj>>. Acesso em: 03 out. 2015.

Ainda de acordo com John E. Noyes, os opositores à criação do Tribunal Internacional de Direito do Mar, amparados pela disponibilidade da Corte Internacional de Justiça e de formas alternativas de solução de conflitos – como o Tribunal Arbitral, por exemplo – alegavam que, se instituído, a partir do momento que começasse a operar, o Tribunal Internacional de Direito do Mar poderia contribuir para o surgimento de jurisprudências divergentes a respeito do tema. Os defensores da criação do Tribunal, por sua vez, argumentavam que ele era mais acessível às partes interessadas do que a Corte Internacional de Justiça, além do fato de que um tribunal especializado daria mais celeridade ao procedimento. Apesar das opiniões divergentes, John E. Noyes reafirma que o Tribunal começou a operar em 1996, propagando a ideia de que sua criação ajudaria a dar obrigatoriedade aos compromissos assumidos com a assinatura da Convenção sobre o Direito do Mar.³⁹

Quanto à jurisdição do Tribunal Internacional de Direito do Mar, Jillaine Seymour observa que “há inúmeras possíveis interpretações a respeito da extensão da jurisdição do Tribunal”, principalmente no que tange à natureza das controvérsias trazidas perante a ele e quanto às entidades que têm legitimidade para apresentar tais controvérsias.⁴⁰

Primeiramente, acerca da natureza das reivindicações levadas ao Tribunal Internacional de Direito do Mar, Jillaine Seymour expõe a existência de duas teorias a respeito desse ponto: a primeira teoria baseia-se no art. 288 da Convenção sobre o Direito do Mar, segundo o qual os meios de solução compulsória de controvérsias têm jurisdição sobre qualquer dúvida concernente à aplicação ou interpretação da referida Convenção, além de terem jurisdição sobre disputa a respeito da aplicação ou interpretação de qualquer outro acordo internacional que tenha relação com os objetivos e propósitos da Convenção sobre o Direito do Mar; a segunda teoria defende uma maior amplitude quanto à jurisdição do Tribunal, baseada no art. 21 do Anexo VI da Convenção, de acordo com o qual o Tribunal tem jurisdição sobre todos os casos levados perante a ele que estejam de acordo com os requisitos presentes na Convenção sobre o Direito do Mar, além de todos os casos referentes a acordos que concedam jurisdição ao Tribunal

³⁹ NOYES, John E. The International Tribunal for the Law of the Sea. *Cornell International Law Journal*. [Ithaca], v. 32, n. 01, 1999, p. 111-115. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1439&context=cilj>>. Acesso em: 03 out. 2015.

⁴⁰ SEYMOUR, Jillaine. The International Tribunal for the Law of the Sea: A Great Mistake? (The Earl Snyder Lecture in International Law). *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Indiana, v. 13, n. 01, jan. 2006, p. 05. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1319&context=ijgls>>. Acesso em: 03 out. 2015.

Internacional de Direito do Mar. Como a discussão decorre em razão do próprio texto da Convenção, que deixa espaço para o surgimento de dúvidas acerca da amplitude da jurisdição do Tribunal Internacional de Direito do Mar, a autora entende como mais adequada a segunda teoria, uma vez que é mais abrangente e, portanto, mais benéfica – já que quanto mais restrita a jurisdição, mais difícil é o acesso ao Tribunal.⁴¹

Ainda assim, de acordo com Eliane Maria Octaviano Martins, é importante salientar que, em situações nas quais é necessária a liberação imediata de embarcações ou tripulações apresadas ou nos casos de medidas provisórias, quando ainda não estiver constituído o correspondente tribunal arbitral, a jurisdição do Tribunal Internacional de Direito do Mar é obrigatória.⁴²

Sobre a questão de quais entidades têm legitimidade para apresentar reclamações perante o Tribunal Internacional de Direito do Mar, John E. Noyes estabelece que os Estados são os entes com preferência quando se trata de acesso ao Tribunal,⁴³ sejam eles Estados-parte, ou não, da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar.⁴⁴ Contudo, o autor aponta para uma peculiaridade: a definição dada para o termo “Estados” não se restringe somente a países, mas, sim, “a outras entidades autorizadas a tornarem-se partes da Convenção, como territórios com completa autonomia interna e organizações internacionais com competência para elaboração de tratados”. Quanto à possibilidade de indivíduos ou corporações figurarem como partes em uma controvérsia levada ao Tribunal, John E. Noyes explica que isso é, sim, possível, mas que tal situação configura um caso de jurisdição restrita – ou seja, quando se trata de indivíduos, pessoas físicas, a Convenção sobre o Direito do Mar permite apenas um acesso limitado ao Tribunal.⁴⁵

⁴¹ SEYMOUR, Jillaine. The International Tribunal for the Law of the Sea: A Great Mistake? (The Earl Snyder Lecture in International Law). *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Indiana, v. 13, n. 01, jan. 2006, p. 05-07. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1319&context=ijgls>>. Acesso em: 03 out. 2015.

⁴² MARTINS, Eliane Maria Octaviano. *Curso de direito marítimo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Barueri: Manole, 2008, vol. I, p. 90. Disponível em: <<http://feevale.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788520426746/pages/63>>. Acesso em: 04 out. 2015.

⁴³ NOYES, John E. The International Tribunal for the Law of the Sea. *Cornell International Law Journal*. [Ithaca], v. 32, n. 01, 1999, p. 130. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1439&context=cilj>>. Acesso em: 03 out. 2015.

⁴⁴ CRUZ, Flávia Machado. *Direito Internacional Público*. Niterói: Impetus, 2010, p. 177.

⁴⁵ NOYES, John E. The International Tribunal for the Law of the Sea. *Cornell International Law Journal*. [Ithaca], v. 32, n. 01, 1999, p. 130-131. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1439&context=cilj>>. Acesso em: 03 out. 2015.

No que tange a esta temática, Flávia Machado Cruz discorre:

Para que o Tribunal Internacional do Mar seja acionado é imprescindível que as partes envolvidas no litígio tenham expressamente manifestado, por escrito, a aceitação desta Corte como organização competente para o deslinde da controvérsia (o que pode ser feito a qualquer tempo até o início do procedimento), sendo franqueado o acesso ao Tribunal de todos os Estados partes da Convenção, assim como das entidades descritas no art. 305 da CMB [Convenção de Montego Bay ou Convenção da ONU sobre o Direito do Mar] e, eventualmente, de Estados não partes, nos termos do art. 21 do Estatuto do Tribunal (constante no Anexo VI da CMB).⁴⁶

Por sua vez, quanto à composição do Tribunal Internacional de Direito do Mar, John E. Noyes aponta que tal questão está prevista no art. 2, Anexo VI, da Convenção, restando estipulado que o Tribunal será composto por 21 juízes de reconhecida integridade e possuidores de notório conhecimento na área do Direito Internacional do Mar, eleitos, dentre candidatos indicados pelos Estados-parte da Convenção sobre o Direito do Mar, a cada nove anos, com mandatos renováveis. A seleção dos escolhidos é feita, novamente, pelos Estados-parte da Convenção.⁴⁷

Para que a disputa entre as partes chegue ao Tribunal Internacional de Direito do Mar e seja apreciada por seus juízes, Eliane Maria Octaviano Martins explica que a controvérsia deve ser redigida em forma de petição (com exceção dos casos em que a controvérsia se faz conhecida por meio de notificação de acordo especial).⁴⁸ Com o recebimento desta, o Tribunal estipulará a maneira adequada e os prazos para que as partes apresentem suas alegações acerca do caso, determinando, também, as medidas necessárias para apresentação de provas.⁴⁹ Passadas estas etapas e realizada a deliberação dos juízes, passa-se à sentença, que deverá, de acordo com Eliane Maria Octaviano Martins,

⁴⁶ CRUZ, Flávia Machado. **Direito Internacional Público**. Niterói: Impetus, 2010, p. 177.

⁴⁷ NOYES, John E. The International Tribunal for the Law of the Sea. **Cornell International Law Journal**. [Ithaca], v. 32, n. 01, 1999, p. 126. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1439&context=cilj>>. Acesso em: 04 out. 2015.

⁴⁸ MARTINS, Eliane Maria Octaviano. **Curso de direito marítimo**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Barueri: Manole, 2008, vol. I, p. 90. Disponível em: <<http://feevale.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788520426746/pages/63>>. Acesso em: 04 out. 2015.

⁴⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar**. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/cepsul/images/stories/legislacao/Decretos/1995/dec_1530_1995_convencionacoessunidasobredireitomar.pdf>. Acesso em: 04 out. 2015.

ser fundamentada, contendo o nome dos julgadores que tomaram parte na decisão. Cumpridos estes requisitos, a sentença terá força obrigatória e definitiva, devendo ser acatada pelas partes envolvidas na disputa.⁵⁰

Assim, abordados o contexto histórico que levou à instituição do Tribunal Internacional de Direito do Mar e a estrutura e funcionamento de tal corte, passa-se, então, à análise de sua efetividade quanto à proteção internacional ao meio ambiente, ressaltando-se que o Tribunal é um órgão relativamente recente e que, no que tange à competência para tratar de controvérsias envolvendo o meio ambiente marinho, ele rivaliza com os demais meios de solução de disputas previstos na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

3 ESTUDO DE CASO: *SOUTHERN BLUEFIN TUNA CASE*

O *Southern Bluefin Tuna Case*, também conhecido como o “caso do atum da barbatana azul”, foi uma controvérsia envolvendo Japão, Austrália e Nova Zelândia acerca da conservação do *Southern Bluefin Tuna*.

Segundo Simon Marr, o *Southern Bluefin Tuna Case*, considerado um dos casos mais emblemáticos tratados pelo Tribunal Internacional de Direito do Mar, começou a tomar forma quando os principais países pesqueiros do Oceano Pacífico – quais sejam, Austrália, Nova Zelândia e Japão –, ao tomarem conhecimento do decréscimo da população de *Southern Bluefin Tuna*, assinaram, em 1993, a Convenção para Conservação do *Southern Bluefin Tuna* (CCSBT), que almejava à proteção da espécie através do estabelecimento de quotas de pesca para cada um dos três países. Em 1998, contudo, o Japão pôs em prática um programa de pesca experimental no Oceano Índico, capturando uma quantidade de peixes da espécie *Southern Bluefin Tuna* exorbitantemente maior do que sua quota.⁵¹

⁵⁰ MARTINS, Eliane Maria Octaviano. **Curso de direito marítimo**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Barueri: Manole, 2008, vol. I, p. 90. Disponível em: <<http://feevale.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788520426746/pages/63>>. Acesso em: 04 out. 2015.

⁵¹ MARR, Simon. The Southern Bluefin Tuna Cases: The Precautionary Approach and Conservation and Management of Fish Resources. **European Journal of International Law**. [S.l.], v. 11, n. 04, 2000, p. 816. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/11/4/555.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2015.

Frente a essa situação, Leah Sturtz observa que Austrália e Nova Zelândia, em conjunto, notificaram o Japão acerca da existência de uma controvérsia envolvendo o referido programa de pesca experimental, alegando que o governo japonês, ao conduzir tal programa de forma unilateral, havia descumprido os termos da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar quanto à conservação e administração do *Southern Bluefin Tuna* no alto-mar, além de violar um dos mais importantes princípios do Direito Ambiental – o princípio da precaução. Notificado, o governo japonês concordou em reunir-se com os representantes das outras duas nações a fim de resolver a disputa com base nos termos da Convenção para Conservação do *Southern Bluefin Tuna*, mas, mesmo após vários encontros, a questão ainda não havia sido solucionada.⁵²

Não disposto a esperar para colher os lucros de sua exploração pesqueira, o Japão, em junho de 1998, envia nota diplomática à Austrália e à Nova Zelândia, declarando a ambas as nações que retomaria seu programa unilateral de pesca experimental, deixando claro, entretanto, que quando e se houvesse acordo acerca da questão, faria o possível para adequar seu programa de pesca às novas regras.⁵³ Inconformados, Austrália e Nova Zelândia, segundo os ensinamentos de Barbara Kwiatkowska, enviaram simultaneamente ao Tribunal Internacional de Direito do Mar requisições para constituição de um Tribunal Arbitral e para emissão de medidas provisórias que impedissem a pesca do *Southern Bluefin Tuna* durante o período necessário para formação de tal Tribunal Arbitral. Após analisar as alegações das partes, Thomas A. Mensah, Presidente do Tribunal Internacional de Direito do Mar à época dos acontecimentos, determinou que o governo japonês teria até o dia nove de agosto de 1999 para apresentar resposta às acusações lançadas pela Nova Zelândia e Austrália, fixando para dezoito de agosto do mesmo ano a data da audiência inicial do caso.⁵⁴

⁵² STURTZ, Leah. Southern Bluefin Tuna Case: Australia and New Zealand v. Japan. *Ecology Law Quarterly*. California, v. 28, n. 02, 2001, p. 469-470. Disponível em: <<http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=04ca4caf-b995-4054-bedd-c6e168e9d393%40sessionmgr4002&vid=8&hid=4213>>. Acesso em: 16 out. 2015.

⁵³ STURTZ, Leah. Southern Bluefin Tuna Case: Australia and New Zealand v. Japan. *Ecology Law Quarterly*. California, v. 28, n. 02, 2001, p. 469-470. Disponível em: <<http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=04ca4caf-b995-4054-bedd-c6e168e9d393%40sessionmgr4002&vid=8&hid=4213>>. Acesso em: 16 out. 2015.

⁵⁴ KWIATKOWSKA, Barbara. The Southern Blefin Tuna (New Zealand v Japan; Australia v Japan) Cases. *International Journal of Marine & Coastal Law*. [S.l.], v. 15, n. 01, mar. 2000, p. 05. Disponível em: <<http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=54356ddc-2c92-4322-83f8-dfad42253cd9%40sessionmgr198&vid=15&hid=117>>. Acesso em: 16 out. 2015.

Ainda de acordo com Barbara Kwiatkowska, o Japão, em sua resposta, contestou as afirmações feitas pelos outros dois países, alegando que o Tribunal Internacional de Direito do Mar não tinha competência para resolver a controvérsia⁵⁵, uma vez que, devido ao teor da disputa, a Convenção para Conservação do *Southern Bluefin Tuna* é que deveria incidir sobre o caso.⁵⁶ Quanto às concessões de medidas provisórias requeridas por Austrália e Nova Zelândia, o Japão afirmou que tal ação seria impossível, tendo em vista que o Tribunal Internacional de Direito do Mar não detinha competência sobre a controvérsia – e mesmo que detivesse, a interrupção do programa de pesca experimental acarretaria prejuízos econômicos e científicos para a nação japonesa.⁵⁷ Por medida de precaução, contudo, o Japão também requisitou a concessão de medidas provisórias, apelando ao Tribunal para que interviesse na questão e auxiliasse na retomada das negociações entre os três Estados acerca do programa de pesca experimental japonês.⁵⁸

Apesar disso, segundo Barbara Kwiatkowska, em agosto de 1999 o Tribunal Internacional de Direito do Mar emitiu uma ordem às partes envolvidas na disputa, estabelecendo que o Tribunal Arbitral previsto no Anexo VII da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar teria, sim, competência para analisar a controvérsia, concedendo à Austrália e à Nova Zelândia as medidas provisórias requisitadas, utilizando como

⁵⁵ KWIATKOWSKA, Barbara. The Southern Bluefin Tuna (New Zealand v Japan; Australia v Japan) Cases. **International Journal of Marine & Coastal Law**. [S.l.], v. 15, n. 01, mar. 2000, p. 05. Disponível em: <<http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=54356ddc-2c92-4322-83f8-dfad42253cd9%40sessionmgr198&vid=15&hid=117>>. Acesso em: 16 out. 2015.

⁵⁶ LEGGETT, Kristina. The Southern Bluefin Tuna Cases: ITLOS order on provisional measures. **Review of European Community & International Environmental Law**. [S.l.], v. 09, n. 01, 2000, p. 76. Disponível em: <<http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=5f17f61b-358b-4fa2-8b51-9b8d06847d87%40sessionmgr114&vid=7&hid=11>>. Acesso em: 16 out. 2015.

⁵⁷ LEGGETT, Kristina. The Southern Bluefin Tuna Cases: ITLOS order on provisional measures. **Review of European Community & International Environmental Law**. [S.l.], v. 09, n. 01, 2000, p. 76. Disponível em: <<http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=5f17f61b-358b-4fa2-8b51-9b8d06847d87%40sessionmgr114&vid=7&hid=11>>. Acesso em: 16 out. 2015.

⁵⁸ LEGGETT, Kristina. The Southern Bluefin Tuna Cases: ITLOS order on provisional measures. **Review of European Community & International Environmental Law**. [S.l.], v. 09, n. 01, 2000, p. 76. Disponível em: <<http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=5f17f61b-358b-4fa2-8b51-9b8d06847d87%40sessionmgr114&vid=7&hid=11>>. Acesso em: 16 out. 2015.

base para tal decisão a urgência da questão, uma vez que a continuação do programa de pesca experimental japonês poderia causar sérios danos ao meio ambiente marinho.⁵⁹

Para Leah Sturtz, a decisão do Tribunal Internacional de Direito do Mar de conceder as medidas provisórias postuladas pela Austrália e Nova Zelândia foi de suma importância, uma vez que foi

[...] a primeira vez que o Tribunal Internacional de Direito do Mar havia arbitrado uma disputa de tal conteúdo entre nações. A decisão foi vista como não somente protetiva ao atum de barbatana azul, mas, também, como benéfica ao meio ambiente como um todo, já que poderia influenciar a atitude de outras partes em outros acordos pesqueiros.⁶⁰ (traduziu-se)

Complementando a observação da autora, Tim Stephens expõe:

[...] foi uma decisão extremamente significativa para o Direito Internacional do Meio Ambiente, especialmente porque o Tribunal Internacional de Direito do Mar parece ter aplicado o princípio da precaução (mesmo que não tenha se referido expressamente a esse conceito na ordem emitida).⁶¹

⁵⁹ KWIATKOWSKA, Barbara. The Southern Bluefin Tuna (New Zealand v Japan; Australia v Japan) Cases. *International Journal of Marine & Coastal Law*. [S.l.], v. 15, n. 01, mar. 2000, p. 16-21. Disponível em: <<http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=54356ddc-2c92-4322-83f8-dfad42253cd9%40sessionmgr198&vid=15&hid=117>>. Acesso em: 16 out. 2015.

⁶⁰ “[...] the first time ITLOS had arbitrated such a dispute between nations. The decision was heralded as not only protecting the southern Bluefin tuna, but also as beneficial to the environment because it could frighten other parties into compliance with other fisheries agreements”. STURTZ, Leah. Southern Bluefin Tuna Case: Australia and New Zealand v. Japan. *Ecology Law Quarterly*. California, v. 28, n. 02, 2001, p. 473. Disponível em: <<http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=04ca4caf-b995-4054-bedd-c6e168e9d393%40sessionmgr4002&vid=8&hid=4213>>. Acesso em: 16 out. 2015.

⁶¹ “[...] was a highly significant decision for international environmental law not least because ITLOS appears to have applied a precautionary approach (although it did not refer expressly to the concept in its order). STEPHENS, Tim. The Limits of International Adjudication in International Environmental Law: Another Perspective on the Southern Bluefin Tuna Case. *International Journal of Marine & Coastal Law*. [S.l.], v. 19, n. 02, mai. 2004, p. 182. Disponível em: <<http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=3db1e14e-605c-4926-b2bf-e7ef2fb171cb%40sessionmgr4005&vid=6&hid=4213>>. Acesso em: 16 out. 2015.

Então, constituído o Tribunal Arbitral para tratar da disputa envolvendo o *Southern Bluefin Tuna*, seus membros passaram a deliberar sobre a controvérsia, e, em meados dos anos 2000, de acordo com Tim Stephens, foi divulgado o laudo arbitral: o Tribunal Arbitral *ad hoc*, instituído especialmente para examinar o *Southern Bluefin Tuna Case*, chegou a uma conclusão totalmente oposta àquela anteriormente emitida pelo Tribunal Internacional de Direito do Mar quanto à questão da jurisdição – por quatro votos contra um, os membros do Tribunal Arbitral concluíram que nem o próprio Tribunal Arbitral, nem o Tribunal Internacional de Direito do Mar tinham jurisdição sobre a disputa⁶², não detendo, por consequência, o poder para autorizar ou para banir o programa de pesca experimental liderado pelo Japão e revogando as medidas provisórias impostas sobre a nação japonesa.⁶³

De acordo com Leah Sturtz, o Tribunal Arbitral baseou a sua negativa de jurisdição quanto ao *Southern Bluefin Tuna Case* no fato de que tal controvérsia surgiu, primeiramente, sob a égide da Convenção para Conservação do *Southern Bluefin Tuna* – “portanto, concluiu-se que os procedimentos para resolução de controvérsias estabelecidos em tal Convenção é que regeriam a disputa”.⁶⁴

Segundo a autora, o Tribunal Arbitral, no laudo emitido, não rebateu as alegações da Austrália e da Nova Zelândia quanto ao fato de que o programa de pesca experimental japonês infringiu normas expostas na Convenção sobre o Direito do Mar, optando por focar sua fundamentação na análise de sob qual tratado os mais relevantes pontos da controvérsia se encontravam: “revisando os pontos de discussão entre a partes – o TAC [total de captura permitido] e o EFP [programa de pesca experimental] –”, o Tribunal Arbitral constatou que, em suma, os principais fatores da

⁶² STEPHENS, Tim. The Limits of International Adjudication in International Environmental Law: Another Perspective on the Southern Bluefin Tuna Case. *International Journal of Marine & Coastal Law*. [S.l.], v. 19, n. 02, mai. 2004, p. 182. Disponível em: <<http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=3db1e14e-605c-4926-b2bf-e7ef2fb171cb%40sessionmgr4005&vid=6&hid=4213>>. Acesso em: 16 out. 2015.

⁶³ STURTZ, Leah. Southern Bluefin Tuna Case: Australia and New Zealand v. Japan. *Ecology Law Quarterly*. California, v. 28, n. 02, 2001, p. 474. Disponível em: <<http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=04ca4caf-b995-4054-bedd-c6e168e9d393%40sessionmgr4002&vid=8&hid=4213>>. Acesso em: 16 out. 2015.

⁶⁴ STURTZ, Leah. Southern Bluefin Tuna Case: Australia and New Zealand v. Japan. *Ecology Law Quarterly*. California, v. 28, n. 02, 2001, p. 474. Disponível em: <<http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=04ca4caf-b995-4054-bedd-c6e168e9d393%40sessionmgr4002&vid=8&hid=4213>>. Acesso em: 16 out. 2015.

controvérsia entre os três países estão contidos na Convenção para Conservação do *Southern Bluefin Tuna*, razão pela qual a Convenção sobre o Direito do Mar – e, conseqüentemente, o próprio Tribunal Internacional de Direito do Mar – não teriam jurisdição sobre a causa.⁶⁵

Para Simon Marr, a ordem emitida pelo Tribunal Internacional de Direito do Mar – que instituiu o Tribunal Arbitral como competente para tratar do *Southern Bluefin Tuna Case* e concedeu à Austrália e à Nova Zelândia as pretendidas medidas provisórias –, mesmo que posteriormente contrariada pelo laudo emitido pelo Tribunal Arbitral, é um marco memorável na história do Direito Internacional do Meio Ambiente, especialmente porque, pela primeira vez nessa área do Direito, uma corte internacional determinou medidas de proteção ambiental frente a incertezas científicas – uma vez que, mesmo sendo de conhecimento comum entre os ambientalistas o fato da diminuição da população de atum de barbatana azul, não foi possível comprovar cientificamente que o programa de pesca experimental conduzido pelo Japão efetivamente reduziria a níveis críticos a quantidade dessa espécie de peixe nos oceanos do Hemisfério Sul.⁶⁶

Barbara Kwiatkowska, por sua vez, percebe o *Southern Bluefin Tuna Case* de uma maneira mais profunda, afirmando que a decisão do Tribunal Arbitral de rejeitar a jurisdição para tratar da controvérsia e de revogar as medidas provisórias foi, sim, correta, pois trouxe à tona a questão dos tratados ambientais genéricos (também conhecidos como *umbrella treaties*): a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, por traçar os princípios mais relevantes quanto ao Direito Marítimo, é classificada como um *umbrella treaty*, já que suas lacunas são complementadas por tratados mais específicos (como é o caso da Convenção para Conservação do *Southern Bluefin Tuna*). Para a autora, o paralelismo entre

⁶⁵ STURTZ, Leah. Southern Bluefin Tuna Case: Australia and New Zealand v. Japan. *Ecology Law Quarterly*. California, v. 28, n. 02, 2001, p. 474. Disponível em: <<http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=04ca4caf-b995-4054-bedd-c6e168e9d393%40sessionmgr4002&vid=8&hid=4213>>. Acesso em: 16 out. 2015.

⁶⁶ MARR, Simon. The Southern Bluefin Tuna Cases: The Precautionary Approach and Conservation and Management of Fish Resources. *European Journal of International Law*. [S.l.], v. 11, n. 04, 2000, p. 830. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/11/4/555.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2015.

umbrella treaties e seus respectivos tratados complementares e a existência de vários meios de solução de controvérsias listados pela Convenção sobre o Direito do Mar dão flexibilidade ao Direito Marítimo, facilitando uma pacífica e efetiva resolução de disputas.⁶⁷

Cesare Romano, porém, discorda de Barbara Kwiatkowska, analisando a situação de forma mais crítica, apontando para um problema que, segundo o autor, já existia, mas que teve a oportunidade de aflorar em razão da disputa acerca do *Southern Bluefin Tuna*: a ampla gama de possíveis meios de solução de controvérsias, principalmente quando se trata de situação em que há “questões complexas a respeito da seleção de foro” – como é o caso do *Southern Bluefin Tuna Case* –, faz surgir dúvidas pertinentes acerca da matéria (dúvidas estas que, na visão do autor, só tendem a aumentar, uma vez que a quantidade de órgãos judiciais internacionais só se expande). Para o autor, essa vasta seleção de meios de solução de controvérsias – que mistura tribunais permanentes com tribunais ad hoc - caracteriza uma falha na formulação da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, já que não há ordem hierárquica entre os órgãos judiciais previstos na Convenção: de acordo com Cesare Romano, órgãos adjudicativos internacionais têm a função de resolver disputas e, principalmente, “interpretar, clarificar e possivelmente fazer evoluir o Direito”, razão pela qual tarefas tão relevantes “não devem ser deixadas nas mãos de tribunais arbitrais transitórios”.⁶⁸

Através dos estudos das informações acima, é possível constatar que a questão envolvendo o programa japonês de pesca exploratória do *Southern Bluefin Tuna* não restou solucionada nem pelo Tribunal Internacional de Direito do Mar, nem pelo Tribunal Arbitral posteriormente instituído. Segundo Cesare Romano, a controvérsia foi resolvida em 2001, através de negociações diplomáticas entre Austrália, Nova Zelândia e Japão, negociações estas motivadas pela divulgação de um estudo que trazia dados concretos referentes ao fato de que a pesca exploratória

⁶⁷ KWIATKOWSKA, Barbara. The *Southern Bluefin Tuna* Arbitral Tribunal Did Get It Right: A Commentary and Reply to the Article by David A. Colson and Dr. Peggy Hoyle. **Ocean Development & International Law**. [S.l.], v. 34, n. 3-4, jul. 2003, p. 384-385. Disponível em: <<http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=939782c9-fe2b-4f1d-91f9-d00dc5dd101b%40sessionmgr198&vid=7&hid=117>>. Acesso em: 19 out. 2015.

⁶⁸ ROMANO, Cesare. The *Southern Bluefin Tuna* Dispute: Hints of a World to Come... Like It or Not. **Ocean Development & International Law**. [S.l.], v. 32, n. 04, out. 2001, p. 314. Disponível em: <<http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=45e77cf5-2b3f-45c6-9c99-176873981a09%40sessionmgr110&vid=14&hid=117>>. Acesso em: 17 out. 2015.

colocava, sim, a população de atuns de barbatana azul em situação vulnerável. Com isso, o programa de pesca exploratória foi interrompido e um novo patamar para o total de captura permitido foi elaborado.⁶⁹

Mas o maior legado deixado pelo *Southern Bluefin Tuna Case* é o problema trazido pelos *umbrella treaties*, que, na tentativa de assegurar meios pacíficos para a solução de disputas, oferecem um número exorbitante de tribunais capazes de resolver controvérsias, causando transtornos desnecessários às partes envolvidas na questão. A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, por exemplo, ao oferecer aos Estados-parte um vasto leque de tribunais a quem recorrer, retira uma parte da efetividade do Tribunal Internacional de Direito do Mar quanto aos casos que envolvem a proteção dos recursos marinhos vivos, uma vez que ele é um órgão relativamente novo e utilizado, majoritariamente, para a pronta liberação de embarcações e tripulações. Dessa forma, parece anormal a existência de um Tribunal específico para a proteção do mar e de seus recursos se, quando a controvérsia envolver a proteção do meio ambiente marinho, dito Tribunal, em decisão, constatar que não tem jurisdição para analisar a disputa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da análise das informações acima dispostas, foi possível verificar que o Direito Internacional do Meio Ambiente, seara jurídica que zela pela proteção ambiental a nível internacional, começou a ser idealizado a partir dos anos 1960, quando a degradação ambiental iniciada pela Revolução Industrial do século XVIII começou a mostrar sinais. Constatou-se, então, que o meio ambiente era um elemento único, que não obedecia às regras de fronteiras impostas aos Estados – pois as consequências da degradação ambiental ultrapassam fronteiras, afinal –, e que medidas deveriam ser tomadas de modo a controlar maiores danos ambientais. O despertar das nações para a globalização e a criação da

⁶⁹ ROMANO, Cesare. The *Southern Bluefin Tuna* Dispute: Hints of a World to Come... Like It or Not. *Ocean Development & International Law*. [S.l.], v. 32, n. 04, out. 2001, p. 334. Disponível em: <<http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=45e77cf5-2b3f-45c6-9c99-176873981a09%40sessionmgr110&vid=14&hid=117>>. Acesso em: 17 out. 2015.

Organização das Nações Unidas formaram o cenário adequado para o desabrochar do Direito Ambiental Internacional, que foi se desenvolvendo e ganhando solidez através das subseqüentes conferências convocadas pela Organização das Nações Unidas.

Verificou-se, também, que, dentre os elementos que integram as fontes de Direito Internacional do Meio Ambiente, figuram as convenções referentes à matéria ambiental. Nesse contexto, destaca-se a distinção entre tratados ambientais genéricos e específicos: os tratados genéricos, também conhecidos como *umbrella treaties*, trazem em seu conteúdo apenas os pontos norteadores acerca da matéria, sendo, portanto, mais abrangentes. Os tratados específicos, por sua vez, como a denominação já antecipa, têm amplitude reduzida quando comparados com os *umbrella treaties*, apresentando, entretanto, a função de preencher as lacunas deixadas pelos tratados genéricos.

Ainda no tocante aos *umbrella treaties*, observa-se que Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, devido a sua grande amplitude, enquadra-se no grupo dos tratados genéricos, necessitando, para certas questões, acordos complementares. Em seu texto, a Convenção delimitou os espaços marítimos, e, principalmente, instituiu o Tribunal Internacional de Direito do Mar, desenvolvendo, também, seu respectivo Estatuto.

Dentro da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, o Tribunal Internacional de Direito do Mar figura como um dos procedimentos disponíveis para solução de controvérsias, tendo competência para dirimir qualquer disputa entre Estados envolvendo o Direito Marítimo ou a interpretação ou aplicação da Convenção sobre o Direito do Mar.

Todavia, apesar de ter sido instituído em 1982, o Tribunal passou a operar somente em 1996, e o seu funcionamento provocou certas críticas: para alguns, um Tribunal Internacional de Direito do Mar era desnecessário, uma vez que, historicamente, quem decidia questões concernentes ao Direito Marítimo era a Corte Internacional de Justiça. Além disso, em razão dos múltiplos procedimentos de solução de controvérsias oferecidos pela Convenção sobre o Direito do Mar, os críticos temiam que a existência do Tribunal pudesse contribuir para o surgimento de jurisprudências conflitantes acerca da temática. No entanto, as críticas foram rebatidas com alegações de que os benefícios de um tribunal especializado eram muitos, e que o Tribunal Internacional de Direito do Mar dava mais acessibilidade às partes se comparado com a Corte Internacional de Justiça.

Essencial destacar, porém, que as críticas à criação do Tribunal Internacional de Direito do Mar não eram tão infundadas quanto pareciam: o fator genérico da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, elaborado de forma intencional para dar maior flexibilidade às partes envolvidas numa controvérsia, deixava brechas para o surgimento de muitas dúvidas, especialmente no tocante à jurisdição do Tribunal. Esse quadro restou comprovado pelo surgimento de duas correntes de interpretação referente ao assunto: para a primeira corrente, o Tribunal teria jurisdição sobre qualquer disputa concernente à interpretação da Convenção sobre o Direito do Mar, bem como jurisdição sobre disputa envolvendo interpretação de qualquer acordo que compartilhasse dos propósitos e objetivos da Convenção; para a segunda corrente, no entanto, o Tribunal Internacional de Direito do Mar teria jurisdição sobre todos os casos que estivessem de acordo com os requisitos impostos pela Convenção sobre o Direito do Mar, bem como jurisdição sobre todos os casos relativos a acordos que concedessem jurisdição ao Tribunal.

A existência dessas teorias distintas, nota-se, já antecipava que falhas no texto da Convenção sobre o Direito do Mar prejudicariam a efetividade do Tribunal Internacional de Direito do Mar na solução de controvérsias, fato este que foi legitimado com o desenrolar do *Southern Bluefin Tuna Case*.

Através do estudo deste caso, por sua vez, pôde-se demonstrar como o fator genérico e demasiado abrangente presente nos *umbrella treaties* dificulta a efetividade do Tribunal Internacional na proteção ao meio ambiente. Com o escopo de dar flexibilidade ao Direito Marítimo, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar oferece às partes envolvidas na controvérsia vários procedimentos de solução de disputa, provocando incertezas e causando discussões extensas sobre qual tribunal ou corte tem jurisdição sobre o caso. Tal comportamento leva a duas situações: ou as partes submetem a controvérsia ao Tribunal Internacional de Direito do Mar, correndo o risco de serem surpreendidas com uma decisão que em nada solucionou a disputa, ou as partes recorrem à Corte Internacional de Justiça, que, como já mencionado, apresenta um histórico mais confiável e é o mais tradicional meio de solução de controvérsias no âmbito internacional.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Traduzido por Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BORGES, Thiago Carvalho. **Curso de Direito Internacional Público e Direito Comunitário**. São Paulo: Atlas, 2011.

CRUZ, Flávia Machado. **Direito Internacional Público**. Niterói: Impetus, 2010.

HAMMERSCHIMIDT, Denise. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no Direito Ambiental. **Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental**. [São Paulo], v. 01, mar. 2011, p. 361-383. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000150d33dbeb3a6ab2d3e&docguid=I0262b3e0f25111dfab6f010000000000&hitguid=I0262b3e0f25111dfab6f010000000000&spos=4&epos=4&td=4000&context=3&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 26 set. 2015.

HARRIS, Paul G. **Routledge Handbook of Global Environmental Politics**. Londres: Routledge, 2013, p. 126. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=en&lr=&id=aY9mAQAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA124&dq=international+environmental+treaties&ots=nnB2x6LgiH&sig=GBIo52TSmPTKIMEbcHLn11fzqZU#v=onepage&q=international%20environmental%20treaties&f=false>>. Acesso em: 15 mai. 2015.

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **History**. Hamburg, 2015. Disponível em: <<https://www.itlos.org/en/the-tribunal/history/>>. Acesso em: 03 out. 2015.

KWIATKOWSKA, Barbara. The Southern Bluefin Tuna (New Zealand v Japan; Australia v Japan) Cases. **International Journal of Marine & Coastal Law**. [S.l.], v. 15, n. 01, mar. 2000, p. 16-21. Disponível em: <<http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=54356ddc-2c92-4322-83f8-dfad42253cd9%40sessionmgr198&vid=15&hid=117>>. Acesso em: 16 out. 2015.

_____. The *Southern Bluefin Tuna* Arbitral Tribunal Did Get It Right: A Commentary and Reply to the Article by David A. Colson and Dr. Peggy Hoyle. **Ocean Development & International Law**. [S.l.], v. 34, n. 3-4, jul. 2003, p. 384-385. Disponível em: <<http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=939782c9-fe2b-4f1d-91f9-d00dc5dd101b%40sessionmgr198&vid=7&hid=117>>. Acesso em: 19 out. 2015.

LEGETT, Kristina. The Southern Bluefin Tuna Cases: ITLOS order on provisional measures. **Review of European Community & International Environmental Law**. [S.l.], v. 09, n. 01, 2000, p. 76. Disponível em: <<http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=5f17f61b-358b-4fa2-8b51-9b8d06847d87%40sessionmgr114&vid=7&hid=11>>. Acesso em: 16 out. 2015.

MARR, Simon. The Southern Bluefin Tuna Cases: The Precautionary Approach and Conservation and Management of Fish Resources. **European Journal of International Law**. [S.l.], v. 11, n. 04, 2000, p. 830. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/11/4/555.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2015.

MARTINS, Eliane Maria Octaviano. **Curso de direito marítimo**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Barueri: Manole, 2008, vol. I. Disponível em: <<http://feevale.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788520426746/pages/63>>. Acesso em: 04 out. 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MCLAMB, Eric. **The Ecological Impact of the Industrial Revolution**. [S.l.], 18 set. 2011. Disponível em: <<http://www.ecology.com/2011/09/18/ecological-impact-industrial-revolution/>>. Acesso em: 04 abr. 2015.

MELO, Marciano Almeida. **O desenvolvimento industrial e o impacto no meio ambiente**. Santa Catarina. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-desenvolvimento-industrial-e-o-impacto-no-meio-ambiente>>. Acesso em: 04 abr. 2015.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: A gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MONTEIRO, Egle dos Santos; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. Direito Internacional do Meio Ambiente. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. [São Paulo], v. 10, jan. 1995, p. 21. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/wid_getshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014ccffd6737ec0065f5&docguid=I663167a0f25511dfab6f010000000000&hitguid=I663167a0f25511dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=4000&context=3&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 04 abr. 2015.

NOYES, John E. The International Tribunal for the Law of the Sea. **Cornell International Law Journal**. [Ithaca], v. 32, n. 01, 1999, p. 126. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1439&context=cilj>>. Acesso em: 04 out. 2015.

NUNES, Denise Silva. Educação ambiental: Perspectivas e desafios na sociedade de risco. **Revista Âmbito Jurídico**. Rio Grande, n. 75, abr. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7349>. Acesso em: 02 out. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar**. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/cepsul/images/stories/legislacao/Decretos/1995/dec_1530_1995_convencaoacoesunidassobredireitomar.pdf>. Acesso em: 04 out. 2015.

_____. **Training Manual on International Environmental Law**. [S.l.], p. 24-25. Disponível em: <http://www.unep.org/environmentalgovernance/Portals/8/documents/training_Manual.pdf>. Acesso em: 19 set. 2015.

_____. **United Nations Convention on the Law of the Sea**, 1982. Disponível em: <http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf>. Acesso em: 20 set. 2015.

ROMANO, Cesare. The *Southern Bluefin Tuna* Dispute: Hints of a World to Come... Like It or Not. **Ocean Development & International Law**. [S.l.], v. 32, n. 04, out. 2001, p. 334. Disponível em: <<http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=45e77cf5-2b3f-45c6-9c99-176873981a09%40sessionmgr110&vid=14&hid=117>>. Acesso em: 17 out. 2015.

REI, Fernando. A Peculiar Dinâmica do Direito Internacional do Meio Ambiente. In: NASSER, Salem Hikmat; REI, Fernando (Org.). **Direito Internacional do Meio Ambiente**. São Paulo: Atlas, 2006.

SANTANA, Anina Di Fernando. Uma análise da evolução histórica do Direito Ambiental e o artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 89, jun. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9701&revista_caderno=5>. Acesso em: 04 abr. 2015.

SEYMOUR, Jillaine. The International Tribunal for the Law of the Sea: A Great Mistake? (The Earl Snyder Lecture in International Law). **Indiana Journal of Global Legal Studies**. Indiana, v. 13, n. 01, jan. 2006, p. 05-07. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1319&context=ijgls>>. Acesso em: 03 out. 2015.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito Ambiental Internacional**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Thex, 2002.

SOARES, Guido Fernando da Silva. **A Proteção Internacional do Meio Ambiente**. Barueri, SP: Manole, 2003. (Série Entender o mundo, v. 2).

STEPHENS, Tim. The Limits of International Adjudication in International Environmental Law: Another Perspective on the Southern Bluefin Tuna Case. **International Journal of Marine & Coastal Law**. [S.l.], v. 19, n. 02, mai. 2004, p. 182. Disponível em: <<http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=3db1e14e-605c-4926-b2bf-e7ef2fb171cb%40sessionmgr4005&vid=6&hid=4213>>. Acesso em: 16 out. 2015.

STURTZ, Leah. Southern Bluefin Tuna Case: Australia and New Zealand v. Japan. **Ecology Law Quarterly**. California, v. 28, n. 02, 2001, p. 474. Disponível em: <<http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=04ca4caf-b995-4054-bedd-c6e168e9d393%40sessionmgr4002&vid=8&hid=4213>>. Acesso em: 16 out. 2015.

a imputação penal segundo a teoria do domínio da organização criminosa

Gilberto Waldyr Kirsch Júnior

Advogado. Bacharel em Direito
pela Universidade Feevale.
E-mail: gilberto@kirschjr.com.

Paulo Eduardo de Almeida Vieira

Promotor de Justiça. Mestre em
Direito Processual Civil pela Universidade
Unisinos. Doutorando em Direito pela
UNISINOS. Docente do Curso de Direito
da Universidade Feevale.
E-mail: peavieira@uol.com.br.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como intuito pesquisar a legislação de combate às organizações criminosas no Brasil, com enfoque na imputação penal do chefe dessas organizações de acordo com a teoria do domínio do fato – em virtude de aparatos de poder. Hodiernamente, em decorrência do desenvolvimento tecnológico e social, ocorreu uma evolução dos meios de ações criminosas e modernização de suas estruturas para a prática de crimes. Em virtude dessas considerações, necessária interpretação doutrinária que possa suprir a falta de previsão nos dispositivos atuais.

Fato é que os crimes elencados pelo Código Penal (Decreto-Lei n.º 2848/1940), em sua maioria, independem da contribuição de dois ou mais indivíduos para a sua consumação, porém, como se examinará, a violação aos bens jurídico-penais podem e são perpetrados por uma união de pessoas, muitas vezes por aparatos de poder. Nesse diapasão, verificar-se-á a possibilidade de imputação penal no concurso de agentes de forma dinâmica para alcançar todos os envolvidos na ação delituosa.

O concurso de agentes é um tema que sempre suscitou grandes debates, sendo que a temática de maior controvérsia é a autoria, com destaque à autoria mediata. Deste modo, imprescindível tratar deste assunto para melhor compreender a possibilidade de responsabilização de todos os envolvidos nas estruturas ordenadas de divisão de tarefas de cunho criminoso.

Este estudo será desenvolvido com nível de pesquisa descritivo, com métodos de abordagem comparativo e histórico evolutivo. Discorrendo-se sobre a legislação de combate ao crime organizado no ordenamento jurídico pátrio, e, ao final chegar ao caso particular de análise à imputação penal do chefe da organização criminosa, baseando-se todo o trabalho em pesquisa bibliográfica, amparada em livros, periódicos, artigos científicos, jurisprudências, teses, revista e demais ferramentas de estudo disponíveis.

Por fim, o ponto principal deste trabalho é evidenciar a possibilidade de responsabilização penal do chefe da organização criminosa, que comanda todo o aparato de poder de forma organizada e com disposição hierárquica, sendo que, na maioria das vezes, não pratica de forma direta o crime, mas, sim, valendo-se de executores imediatos que podem facilmente ser substituídos em caso de recusa. Por todo o exposto, crucial a

compreensão dessa teoria para não serem deixados os verdadeiros culpados impunes e atuantes na prática criminosa e, bem como para não se imputar como autores meros partícipes.

1 CRIME ORGANIZADO NO BRASIL

As legislações referentes ao combate do crime organizado no Brasil evoluíram com o decorrer dos anos, sendo que a primeira legislação relevante sobre o combate às organizações criminosas foi a Lei n.º 9.034/1995 que, apesar de não definir o que era uma organização criminosa, definia os meios extraordinários de investigação e foi utilizada com apoio da Convenção de Palermo, até o ano de 2012, com o advento da Lei n.º 12.694/12, que trouxe uma definição de crime organizado e também as hipóteses de julgamento colegiado. Então, um ano depois, em 2013, entrou em vigência a Lei n.º 12.850, revogando em partes a anterior (Lei n.º 12.694/2012) e totalmente a Lei n.º 9.034/95 em razão de tratar dos meios extraordinários de investigação de forma mais completa.¹

Diferente das leis que a antecederam, a Lei n.º 12.850/13 trouxe grandes modificações em seus institutos, sendo bastante específica nas hipóteses de sua aplicação, abordando em seus dispositivos as possibilidades de colaboração premiada e outras ferramentas úteis na investigação das organizações criminosas.²

Em seu art. 1º, § 1º, já se percebe a mudança na definição de organização criminosa, que passou a ser uma associação de 4 (quatro) ou mais pessoas, diferentemente da Lei n.º 12.694/12 e da conceituação trazida pela Convenção de Palermo, que previam um mínimo de 3 (três) pessoas para caracterização de uma organização criminosa. De igual modo, não se fala mais de crime com pena superior a 4 (quatro) anos, mas

¹ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. (e-book).

² MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 5.ed. São Paulo, SP: Atlas, 2015, p. 425.

sim em infrações penais, o que pode ser visto como uma atecnia, pois boa parte das contravenções penais possui pena inferior a 4 anos, não incidindo a presente lei.³

De mais a mais, em seu art. 2º, a lei define o crime relativo à promoção, constituição, participação, financiamento ou integração em organismos criminosos, punindo essas práticas com penas de 3 (três) a 8 (oito) anos, sem prejuízo das sanções pelas práticas dos demais crimes realizados pela organização criminosa, aplicando-se o concurso de crimes (sistemas do cúmulo material ou exasperação).⁴

Deve ser salientado que se trata de uma *novatio legis in pejus*, não retroagindo para atingir fatos praticados antes de sua vigência. Além disso, ressalta-se que, no número mínimo de integrantes para caracterizar uma organização criminosa, não será levado em conta o policial infiltrado (infiltração de agentes), pois ele tem como finalidade, justamente, desmantelar a atuação criminosa.⁵

De extrema relevância é destacar o § 3º do já mencionado art. 2º da lei abordada, que trata de uma punição mais severa para aqueles com poder de comando, mesmo que não praticando pessoalmente os atos de execução, como será visto posteriormente, pois se tratam daqueles que têm o domínio da organização criminosa.⁶

Importante trazer o tema da produção de provas previsto no art. 3º da lei n.º 12.850/13, que prevê, em seus incisos, a possibilidade de colaboração premiada, captação ambiental de sinal eletromagnético, ótico, ou acústico, ação controlada (conhecido como flagrante retardado), infiltração por policiais, cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais, além de outros mecanismos que não serão abordados neste trabalho.

³JALIL, Mauricio Schaun. Novaleisobreorganizaçõescriminosas(lei12.850/2013):primeirasconsiderações. **RevistadoInstituto dos Advogados de São Paulo**. V32/2013, jul-dez. 2013, p. 87 - 96. Disponível em: < <http://www.revistadoTribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014fdc5d36e77d9f9cd1&docguid=I3bfd3ed0694111e3917001000000000&hitguid=I3bfd3ed0694111e3917001000000000&spos=6&epos=6&td=45&context=16&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 17 set. 2015.

⁴JALIL, Mauricio Schaun. Novaleisobreorganizaçõescriminosas(lei12.850/2013):primeirasconsiderações. **RevistadoInstituto dos Advogados de São Paulo**. V32/2013, jul-dez. 2013, p. 87 - 96. Disponível em: < <http://www.revistadoTribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014fdc5d36e77d9f9cd1&docguid=I3bfd3ed0694111e3917001000000000&hitguid=I3bfd3ed0694111e3917001000000000&spos=6&epos=6&td=45&context=16&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 17 set. 2015.

⁵CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado**: Comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/2013. 2. ed. Salvador, BA: juspodivm, 2014, p. 17.

⁶CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado**: Comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/2013. 2. ed. Salvador, BA: juspodivm, 2014, p. 21.

A colaboração premiada, prevista nos artigos 4º ao 7º da lei n. 12.850/13, tem como objetivo estimular a delação, aqui chamada de colaboração, por parte dos investigados, ou seja, o integrante da organização criminosa poderá ajudar nas investigações prestando informações relevantes, como nomes dos coautores, modo de operação, forma de hierarquia da organização e todas demais informações úteis à investigação, com o intuito de receber benefícios em seu processo.⁷

Notadamente, a lei prevê que somente serão concedidos benefícios, tais como o perdão judicial, a redução de 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou a substituição por restritiva de direitos (art. 4º, *caput*), quando levado em conta a personalidade do colaborador, a natureza de sua colaboração, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão do fato criminoso, bem como a eficácia da colaboração, conforme insculpido no §1º do art. 4º da lei n.º 12.850/13.⁸

No que toca a ação controlada, também chamada de flagrante retardado, consiste em postergar a intervenção policial, mantendo-se em observação e acompanhamento, com o fim de buscar o melhor momento possível para concretizar o flagrante, para obtenção de provas e informações, conforme o art. 8º da lei ora em análise. Além disso a ação controlada deve ser previamente comunicada ao juiz competente, de acordo com seu §1º.⁹

Um aspecto interessante, que não pode ser esquecido, é a possibilidade de infiltração de agentes, ou seja, policiais atuando no seio da organização criminosa, agindo de maneira disfarçada para colher provas, obter informações sobre membros, estrutura e demais meios de atuação da organização criminosa, com a intenção de pôr fim à prática delituosa.¹⁰

⁷ JALIL, Mauricio Schaun. Novaleisobreorganizaçõescriminosas(lei12.850/2013):primeirasconsiderações. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. V32/2013, jul-dez. 2013, p. 87 - 96. Disponível em: < <http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014fdc5d36e77d9f9cd1&docguid=I3bfd3ed0694111e39170010000000000&hitguid=I3bfd3ed0694111e39170010000000000&spos=6&epos=6&td=45&context=16&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 17 set. 2015.

⁸ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado**: Comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/2013. 2. ed. Salvador, BA: juspodivm, 2014, p. 17.

⁹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado**: Comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/2013. 2. ed. Salvador, BA: juspodivm, 2014, p. 95.

¹⁰ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado**: Comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/2013. 2. ed. Salvador, BA: juspodivm, 2014, p. 96.

Vale lembrar que, com a edição da lei n.º 10.217/2001, passou a ser possível a infiltração de agentes em organização criminosa já na Lei n.º 9.034/95. Entretanto, mesmo com a possibilidade legal, sua aplicabilidade era nula, pois a lei não trazia definições quanto aos limites temporais e formais a serem adotados na execução da medida.¹¹

Luiz Regis Prado, ao tratar do tema ora em tela, é enfático ao afirmar que a lei 12.850/2013 é mais detalhada do que a lei anterior (Lei n.º 9.034/1995, revogada), passando a tratar da infiltração de agentes como uma medida excepcional, não sendo admitida quando houver outras formas para obtenção de provas e cabível somente quando comprovado tratar-se de uma organização criminosa.¹²

A respeito disso, acrescenta Guilherme de Souza Nucci, ao abordar a infiltração policial como um mecanismo subsidiário, de *ultima ratio*, da mesma forma que o é a interceptação telefônica, por serem medidas invasivas, podendo somente ser utilizadas quando não restarem outros meios possíveis de obtenção da prova.¹³

Por fim, verifica-se que a lei em comento trouxe muitos avanços na investigação das organizações criminosas, introduzindo figuras típicas específicas, detalhando os meios de investigação, trazendo também benefícios como a colaboração premiada, possibilitando a infiltração de agentes, o flagrante retardado e oportunizando, dessa forma, a evolução dos mecanismos para o combate ao crime organizado.

2 MODELOS DE IMPUTAÇÃO NO CONCURSO DE AGENTES: AUTORIA MEDIATA

Para falar da imputação penal do chefe da organização criminosa, de acordo com a teoria do domínio da organização, é preciso distinguir de forma clara quem é o autor mediato. *Ab initio*, verifica-se na doutrina majoritária brasileira, a compreensão do autor mediato como aquele que

¹¹ SOUZA, Marllon. **Crime Organizado e Infiltração Policial**: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo, SP: Atlas, 2015, p. 77. (e-book).

¹² PRADO, Luiz Regis. Associação Criminosa—crime organizado (LEI 12.850/2013). **Revista dos Tribunais**. V. 938, Dez 2013, p. 241–297. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014ff109bfda6e315928&docguid=I53707aa04b6411e3b4c0010000000000&hitguid=I53707aa04b6411e3b4c0010000000000&spos=3&epos=3&td=45&context=19&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 21 set. 2015.

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. (e-book).

se utiliza de um agente sem culpabilidade para prática do crime, conforme entendimento de Guilherme de Souza Nucci,¹⁴ Fernando Capez,¹⁵ Julio Fabbrini Mirabete e Renato Fabbrini,¹⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli,¹⁷ Cezar Roberto Bitencourt e Francisco Conde.¹⁸

Ainda é relevante trazer à baila o entendimento de Nilo Batista, para quem autor mediato é aquele que utiliza como instrumento um agente executor que não pode ser punido, pois age atipicamente, licitamente ou sem culpabilidade, devendo assim, somente o autor mediato ser responsabilizado pela conduta realizada.¹⁹

Nesse sentido, ressalta-se o ensinamento de Antonio José Miguel Feu Rosa, que distingue de maneira geral a autoria direta e indireta:

A doutrina distingue entre autoria direta (ou imediata) e autoria indireta (ou mediata). Autor é aquele que realiza o tipo penal. Autor direto é o que age pessoalmente, com sua vontade e com sua atividade física. Diz-se “autor com mão própria”. Autor indireto ou mediato é o que age através de um coagido, menor, demente ou incapaz. Utiliza-se de outra pessoa como seu instrumento. É “autor com mão de outrem”.²⁰

Porém, o ponto de análise que é imperioso contemplar neste trabalho, uma vez que a questão crucial é a imputação penal do chefe da organização criminosa de acordo com o domínio da organização, é a autoria mediata, em consonância com a classificação do domínio do fato, que subdivide a autoria mediata pelo domínio da vontade em: domínio da coação, domínio do erro e também em autoria mediata através do domínio da organização, tema que será trabalhado no próximo título desse estudo.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2011, p. 380.

¹⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 15. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2011, v. 1, p. 370.

¹⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 28. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2007, v.1, p. 219.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte geral. 5.ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2004, p. 637.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo, SP: Saraiva, 2000, p. 495.

¹⁹ BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes**. 3. ed. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2005, p. 141 - 145.

²⁰ ROSA, Antonio José Miguel Feu. Do concurso de pessoas. **Revista dos Tribunais**. V. 634, Agos. 1988, p. 243–261. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000014ff65fca7767984eb0&docguid=lb273c370f25411dfab6f010000000000&hitguid=lb273c370f25411dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=4000&context=3&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 13 out. 2015.

No tocante ao domínio da vontade, Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán asseveram que:

En la autoría mediata, el dominio del hecho se fundamenta en el dominio de la voluntad del que actúa por parte del autor mediato, lo que supone normalmente la ausencia de acción en el *instrumento humano* del que se sirve. E nestos casos no se puede hablar de participación, porque la persona, instrumento de la que se sirve el autor mediato, nisiquiera actúa típicamente.²¹

Ao que se refere em domínio da coação, é verificado sua incidência no momento em que o homem de trás (autor mediato), utiliza-se de meios para coagir o autor imediato, o qual realiza a conduta delitativa, ou seja, apesar do autor imediato deter o domínio da ação é o homem de trás que o coage a realizar tal conduta, detendo desse modo o domínio da vontade.²²

No domínio da coação, apesar do executor imediato realizar a conduta típica, este não será responsabilizado, uma vez que sua ação somente ocorreu em um estado de necessidade causado pela coação irresistível sofrida. Conforme explica Nilo Batista ao analisar o art. 22 do Código Penal, que trata dos casos de inexigibilidade de conduta diversa em razão da coação moral irresistível e obediência hierárquica, sendo resistível a coação moral sofrida, não se estará diante de um caso de autoria mediata, mas sim uma simples instigação.²³

Já o domínio da vontade em virtude do erro, ocorre quando o homem de trás vale-se do executor direto, como alguém que faz uso de uma marionete, ou seja, aquele que pratica a conduta, na grande maioria das vezes, não tem consciência da prática criminosa que está realizando. Ademais, Claus Roxin faz a divisão de diversos tipos de erro, podendo ser erro de tipo, ou até mesmo o erro de proibição evitável.²⁴

²¹ CONDE, Francisco Muñoz; Arán, Mercedes García. *Derecho Penal: Parte General*. 7. ed. Valencia: TirantloBlanch, 2007, p. 433.

²² ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª ed. Alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 167-170.

²³ BATISTA, Nilo. *Concurso de Agentes*. 3. ed. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2005, p. 136 - 137.

²⁴ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do Domínio do Fato*. 1.ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2014, p. 113.

Conforme Luís Greco e Alaor Leite, tratando-se de domínio do erro, importante destacar a possibilidade de um autor mediato, que se vale de alguém plenamente responsável, causando assim a possibilidade de um autor por trás de outro autor. Entretanto, ao agir sem dolo ou culpa, o executor direto não poderá ser punido.²⁵

Uma vez encerrada a abordagem sobre a teoria acerca da autoria mediata, deve-se registrar que será tratado, no próximo título, a possibilidade do autor mediato se valer de um aparato de poder para a prática criminosa. Com isso, poderá ser verificada a ocorrência de dois autores, aquele que detém o domínio da vontade (homem de trás) e o autor direto, que realiza a conduta criminosa, sendo, portanto, ambos responsabilizados criminalmente.

3 A IMPUTAÇÃO PENAL DO CHEFE DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA DE ACORDO COM A TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO

Antes de falar da teoria do domínio da organização, de forma imprescindível deve-se referir que ela é uma espécie do gênero domínio do fato, uma vez que se pode vislumbrar a sua ocorrência da teoria desenvolvida por Claus Roxin, em três formas: o domínio da ação, o domínio funcional do fato e o domínio da vontade, sendo que é nessa última que se encontra a teoria do domínio da organização, quando o agente mediato vale-se de um aparato organizado de poder para realização típica.²⁶

²⁵ GRECO, Luís; ET alii. **Autoria como domínio do fato**: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. Ed. São Paulo, SP: Marcial Pons, 2014, p. 26.

²⁶ ROXIN, Claus. O domínio da organização como forma independente de autoria mediata. Tradução de Paulo César Busato. **Revista Justiça e Sistema Criminal**: modernas tendências do sistema criminal. Curitiba, v. 3, n. 5, p.7-22, jul./dez. 2011.

Nessa senda, começa-se a tratar do tema central do presente estudo, a possibilidade de imputação penal do chefe da organização criminosa com a utilização da teoria do domínio da organização. Trata-se da possibilidade de autoria mediata através de maquinários de poder organizado. Ressalta-se que a presente teoria foi apresentada por Claus Roxin, no ano de 1963, como uma forma autônoma de autoria mediata.²⁷

Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán, ao falarem da autoria na criminalidade organizada estatal e paraestatal, esclarecem acerca do surgimento da teoria do domínio da organização:

Para resolver este problema, y en relación concretamente com los crímenes contra la Humanidad y genocidios cometidos por los miembros, altos cargos y funcionarios del aparato de poder del Gobierno nacional socialista alemán en el período de 1933 a 1945, Claus Roxin desarrolló en 1963 una sugestiva teoría, conforme a la cual podía fundamentarse una *autoría mediata* de quienes, sin haber intervenido directamente en la ejecución de tan horribles hechos, dominaban su realización sirviéndose de todo un *aparato de poder* de organización estatal que funcionaba como una máquina perfecta, desde lá cúpula donde se daban las órdenes criminales, hasta los meros ejecutores materiales de las mismas, pasando por las personas intermedias que organizaban y controlaban el cumplimiento de estas órdenes.²⁸

Claus Roxin fala em três formas de dominar o fato, que são: o domínio da ação, o domínio funcional do fato e o domínio da vontade. No domínio da vontade é que se verifica a autoria mediata e caso o sujeito não atue em erro ou coação, mas sim de forma livre e consciente, podendo facilmente ser substituído em caso de recusa no cumprimento da ordem. Restará evidente, estar-se diante do domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder.²⁹

²⁷ SILVA, Joyce Keli do Nascimento. A ampliação do conceito de autoria por meio da teoria do domínio da organização. **Revista Liberdade**. N.º 17, set - dez. 2014, p. 69 - 84. Disponível em: <http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo04.pdf>. Acesso em: 27 out. 2015.

²⁸ CONDE, Francisco Muñoz; Arán, Mercedes García. **Derecho Penal: Parte General**. 7. ed. Valencia: TirantloBlanch, 2007, p. 448 - 449.

²⁹ AMBOS, Kai. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder: una valoración crítica y ulteriores aportaciones. **Ciencias Penales: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**. San José, v. 12, n. 17, p.29-47, mar. 2000.

Como questão relevante, perceptível que, quando se fala em chefe de um aparato organizado de poder, vislumbra-se não ser possível a sua caracterização como coautor, uma vez que não age o chefe da organização criminosa de forma a dividir as tarefas da execução. Igualmente não desempenha um papel conjunto na ação criminosa, “tampouco se aprecia no domínio da organização uma união recíproca de cúmplices que colaboram ao mesmo nível, que é característico da coautoria.”³⁰

Da mesma forma, incabível seria tratar o “homem de trás” como um mero partícipe na realização da conduta típica, pois, na participação, o autor direto, ao realizar a prática delitiva, tem o poder em realizar ou não a conduta criminosa, e caso não realize nada vai acontecer, eis que o partícipe só poderá ser penalmente responsabilizado caso o autor direto pratique um fato típico e antijurídico.³¹

Claus Roxin, ao falar da indução na prática criminosa, exclui essa possibilidade ao chefe do aparato de poder:

O indutor permanece fora do evento e deixa aquele que atua imediatamente na decisão de se e como será executado o fato. Pelo contrário, em uma organização delitiva, o homem de trás no mando do poder toma a determinante decisão se o fato deve ser executado, enquanto aquele que executa imediatamente quase sempre chega apenas casualmente à concreta situação de ação.³²

De outro modo, como já visto, a concepção tradicionalmente aceita de autoria mediata é quando o homem de trás utiliza-se de um agente inculpável para realização do delito, não sendo o executor direto responsabilizado criminalmente, pois age em erro, coação ou por ser inimputável.

Com base nisso, Joyce Keli do Nascimento Silva esclarece sobre a ampliação do conceito de autoria mediata para os chefes dos aparatos organizados de poder:

³⁰ ROXIN, Claus. O domínio da organização como forma independente de autoria mediata. Tradução de Paulo César Busato. **Revista Justiça e Sistema Criminal: modernas tendências do sistema criminal**. Curitiba, v. 3, n. 5, p.7-22, jul./dez. 2011.

³¹ BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes**. 3. ed. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2005, p. 182.

³² ROXIN, Claus. O domínio da organização como forma independente de autoria mediata. Tradução de Paulo César Busato. **Revista Justiça e Sistema Criminal: modernas tendências do sistema criminal**. Curitiba, v. 3, n. 5, p.7-22, jul./dez. 2011.

A inovação constitui em ampliar o conceito de autoria mediata para nela inserir as hipóteses em que o executor tinha plena consciência de seus atos, como nos casos do extermínio de judeus pelos nazistas e do homicídio de alemães orientais durante tentativas de cruzar o muro de Berlim. Em ambos os casos é impossível falar em autoria mediata na definição até então conhecida (autoria mediata por erro, coação ou uso de incapazes como instrumento), ou em mera participação dos “chefes”.³³

Contudo, com a intenção de desenvolver este estudo, passar-se-á à análise da possibilidade de responsabilização criminal, tanto daquele que age diretamente, realizando a conduta típica (autor direto), bem como a responsabilização do autor mediato, que se vale de uma estrutura criminosa para emanar a ordem.

Nesse sentido, poderá ser afirmado que a teoria do domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder é a mais adequada ao se falar do chefe de uma organização criminosa, buscando-se estabelecer as condições necessárias para que se verifique um efetivo domínio da vontade por parte dos chefes dessas organizações. Para tanto, necessária a configuração de três requisitos: fungibilidade de executores, domínio da organização de forma verticalizada (poder de mando) e sua atuação à margem da legalidade.³⁴

Luís Greco e Alaor Leite, ao falarem sobre o domínio da organização, destacam os requisitos necessários para sua ocorrência:

Aquele que, servindo-se de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica, emite uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática, não se limita a instigar, mas é verdadeiro autor mediato dos fatos realizados.³⁵

³³ SILVA, Joyce Keli do Nascimento. A ampliação do conceito de autoria por meio da teoria do domínio da organização. **Revista Liberdade**. N.º 17, set - dez. 2014, p. 69 - 84. Disponível em: <http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo04.pdf>. Acesso em: 27 out. 2015.

³⁴ BAILONE, Matías. O domínio da organização como autoria mediata.. **De jure**: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. N.º 16, jan – jun2011, p. 23 - 44. Disponível em:<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/40985/dom%C3%ADnio_organizacao_como_bailone.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 out. 2015.

³⁵ GRECO, Luís; ET alii. **Autoria Como Domínio do Fato**: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. Ed. São Paulo, SP: Marcial Pons, 2014, p. 27 - 28.

Alguns anos mais tarde, mais precisamente no ano de 2006, Claus Roxin adicionou aos requisitos configuradores da autoria mediata através de um aparato organizado de poder, um quarto pressuposto: “a disposição essencialmente elevada dos executores ao fato”, não alterando de forma significativa o entendimento que já havia sobre a teoria.³⁶

Percebe-se que as estruturas organizadas de poder aqui discutidas são aquelas cujo funcionamento é quase “automático”, ou seja, a figura do executor direto do crime, quando considerado de forma individual, é prescindível, pois têm essas organizações uma estrutura com uma variedade de membros, o que torna irrelevante qual deles irá realizar o crime ordenado.³⁷

A fungibilidade de executores se dá em razão da troca de qualquer um dos executores imediatos, ou seja, independe de quem irá realizar a ordem do chefe da organização criminosa, não sendo necessário nem ser de conhecimento deste quem será o executor imediato. A execução da ordem do homem de trás se assegura, em razão do número elevado de potenciais autores diretos disponíveis, sendo que a negativa de um em nada impede a concretização do delito.³⁸

Ao falar sobre a fungibilidade de executores, Arthur Pinto de Lemos Júnior explica que o autor direto não tem o poder de impedir que o “homem de trás” tenha êxito em seu objetivo:

Embora responsável – não atua sob erro ou coação –, *o executor não tem o domínio do fato* delituoso que comete e *tampouco pode impedir o “homem de trás” de alcançar o resultado visado*, vez que ocupa uma posição subordinada e é caracterizada pela fungibilidade. Ou seja, os executores são *engrenagens numa máquina*, que, se falharem, serão substituídos por *outras* rapidamente – sem a participação direta do “homem de trás”.³⁹

³⁶ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do Domínio do Fato**. 1.ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2014, p. 142.

³⁷ ROXIN, Claus. **Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal**. Tradução da 7ª ed. Alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 272.

³⁸ ROXIN, Claus. O domínio da organização como forma independente de autoria mediata. Tradução de Paulo César Busato. **Revista Justiça e Sistema Criminal: modernas tendências do sistema criminal**. Curitiba, v. 3, n. 5, p.7-22, jul./dez. 2011.

³⁹ LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de. A responsabilidade criminal do homem de trás das organizações criminosas. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**. São Paulo, v. 3, n. 2, p.129-156, jul./dez. 2002.

Teresa Serra também salienta que o domínio da vontade reside na total fungibilidade de seus executores, podendo ser facilmente substituídos, em qualquer momento e sempre que necessário for, assim, o chefe da organização criminosa poderá alterar o executor imediato sempre que quiser.⁴⁰

Em um ponto de vista mais prático, pode-se considerar que o domínio do “homem de trás” permite que, ao acionar seus mecanismos criminosos e dar uma ordem de matar, poderá ficar tranquilo quanto a sua execução, mesmo que desconheça quem a realizará.⁴¹

Dessa forma, verifica-se que os executores diretos são meras engrenagens na realização do crime, sendo totalmente substituíveis no aparato de poder. Ou seja, o ator principal é o autor mediato, que ao apertar os “botões” no aparato de poder, sabe que o crime será, de qualquer modo, realizado.⁴²

Na configuração da autoria mediata pelo domínio da organização, só se considera autor mediato aquele que detém o poder de mando (que advém de uma estrutura verticalizada de poder), por meio do qual ordene e comande a realização do fato típico. Desse modo, Claus Roxin refere-se aos comandantes dos campos de concentração nazista, que ordenavam a execução de judeus, eram eles autores mediatos desses crimes, apesar de estarem cumprindo ordens de superiores. “Daí que possam encontrar-se nos distintos níveis de hierarquia de mando vários autores mediatos em cadeia.”⁴³

⁴⁰ SERRA, Teresa. A autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, v. 5, 3/4, p.303-327, jul./dez. 1995.

⁴¹ LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de. A responsabilidade criminal do homem de trás das organizações criminosas. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. São Paulo, v. 3, n. 2, p.129-156, jul./dez. 2002.

⁴² AMBOS, Kai. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder: una valoración crítica y ulteriores aportaciones. *Ciencias Penales: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. San José, v. 12, n. 17, p.29-47, mar. 2000.

⁴³ ROXIN, Claus. O domínio da organização como forma independente de autoria mediata. Tradução de Paulo César Busato. *Revista Justiça e Sistema Criminal: modernas tendências do sistema criminal*. Curitiba, v. 3, n. 5, p.7-22, jul./dez. 2011.

Oportuno ressaltar que o referido autor desenvolveu sua teoria ao analisar o julgamento de Eichmann, criando a partir da análise do caso paradigma a teoria do domínio da organização. Vale destacar que Eichmann era um funcionário do escalão intermediário do 3º Reich, responsável por ajudar no extermínio do povo judeu.⁴⁴

Assim, ao tratar da responsabilização de Eichmann como autor mediato dos crimes contra humanidade, o autor diz:

Por outra parte, Eichmann no era solo ejecutor, sino que también impartía ordenes a subordinados, siéndole, por tanto, de aplicación los criterios que convieten a sussujetos de trás en autores mediatos. Este aspecto del caso lotuvo presente el Tribunal regional de Jerusalén al decir que <<lproximidad o lejanía de uno o de outro, de entre estos muchos delincuentes, al que mato realmente a la víctima, no puede influir en absoluto en el alcance de la responsabilidad. [...]⁴⁵

Kai Ambos, ao tratar desse assunto, aponta que:

[...] De acuerdo com lo anterior, desde este punto de vista puede entrar en consideración como autor mediato cualquier a que esté incardinado en um aparato de organización de tal modo que “pueda dar ordenes a personas subordinadas a él” y haga uso de es afacultad “para realización de acciones punibles”.⁴⁶

⁴⁴ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Tradução da 7ª ed. Alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 273 - 275.

⁴⁵ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Tradução da 7ª ed. Alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 274.

⁴⁶ AMBOS, Kai. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder: una valoración crítica y ulteriores aportaciones. *Ciencias Penales: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. San José, v. 12, n. 17, p.29-47, mar. 2000.

Segundo Arthur Pinto de Lemos, na teoria de Claus Roxin é necessária a configuração de uma estrutura hierarquizada de seus membros, sendo que o chefe da organização estará no seu topo e os executores diretos na base, verificando-se que em grande parte das vezes os executores não conhecem o mandante, pois existem intermediários entre eles, que são encarregados de transmitir as ordens superiores.⁴⁷

No que concerne à desvinculação do ordenamento jurídico do aparato de poder como condição para configuração do domínio da organização, é imprescindível deixar registrado que essa desvinculação não precisa ocorrer em todos os aspectos do direito, “mas apenas no marco dos tipos penais realizados por ele.”⁴⁸

Por essa razão a autoria mediata, por meio dos aparatos organizados de poder, não se justifica unicamente no poder de mando, devendo, assim, o seu funcionamento ser ilegal, pois em uma empresa legal, quando emanadas ordens ilícitas, é esperado que aqueles que as recebam não realizem a conduta por ser contrária ao direito, salvo nos casos de estarem eles agindo em erro ou coação.⁴⁹

Para demonstrar de forma ainda mais clara as hipóteses de desvinculação do ordenamento jurídico, pode-se usar como exemplo as ações dos soldados (da República Democrática Alemã) que guarneciam o muro de Berlim, disparando contra quem quer que pretendesse saltá-lo do lado oriental para o lado ocidental, tratando-se de ações completamente desvinculadas ao direito. “E essa desvinculação ao direito não depende já, em segundo lugar, da maneira como se julgue o sistema político anterior, mas da atual valorização jurídica.”⁵⁰

⁴⁷ LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de. A responsabilidade criminal do homem de trás das organizações criminosas. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. São Paulo, v. 3, n. 2, p.129-156, jul./dez. 2002.

⁴⁸ ROXIN, Claus. O domínio da organização como forma independente de autoria mediata. Tradução de Paulo César Busao. *Revista Justiça e Sistema Criminal: modernas tendências do sistema criminal*. Curitiba, v. 3, n. 5, p.7-22, jul./dez. 2011.

⁴⁹ GRECO, Luís; ET alii. **Autoria como Domínio do Fato**: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. Ed. São Paulo, SP: Marcial Pons, 2014, p. 29 - 30.

⁵⁰ ROXIN, Claus. O domínio da organização como forma independente de autoria mediata. Tradução de Paulo César Busato. *Revista Justiça e Sistema Criminal: modernas tendências do sistema criminal*. Curitiba, v. 3, n. 5, p.7-22, jul./dez. 2011.

O último requisito na configuração do domínio da organização está na disposição elevada dos executores ao fato, esse pressuposto não havia sido referido por Claus Roxin em sua construção originária de 1963, sendo que foi somente apresentada no ano de 2006, quando o autor proferiu uma palestra e abordou esse aspecto da autoria mediata nos casos de aparatos organizados de poder.⁵¹

Somente o fato de pertencer a uma organização já leva o agente a uma adaptação das suas ações, tornando-o muito mais propenso a realizar as condutas a ele ordenadas. Dessa forma, pode-se dizer que, ao participarem de um aparato organizado de poder, os executores imediatos realizam a ação até mesmo de uma forma irrefletida. Nota-se que o empenho excessivo do indivíduo na organização pode ocorrer por soberba, por busca de reconhecimento, ou até mesmo por “impulsos criminais sádicos”, também ocorre a participação de executores “interiormente contrários como consequência da resignada reflexão: se não o faço eu, o faz, de qualquer forma, outro.”⁵²

Desse modo, quando realizada a conduta em virtude de um aparato organizado de poder, preenchidos os seus requisitos configuradores, será responsabilizado tanto o executor direto, que, detendo o domínio da ação, realiza a conduta típica, bem como será responsável o autor mediato, o “homem de trás” que, ao usar de seu poder dentro dessa organização, emana a ordem para que o crime ocorra, detendo o domínio da organização em virtude desse aparato organizado de poder.⁵³

Nesse sentir, Gustavo Eduardo Aboso:

La plena responsabilidad penal del ejecutor, como ocurren el caso del dominio por organización y en otros supuestos, aparece como un escollo para imputar al dirigente la calidad de autor mediato al faltar precisamente los distintos casos de déficit de aquél que permite trasladar su responsabilidad autoral al hombre de atrás. Por este motivo, desde hace tiempo se há elaborado en la doctrina alemana

⁵¹ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do Domínio do Fato**. 1.ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2014, p. 142.

⁵² ROXIN, Claus. O domínio da organização como forma independente de autoria mediata. Tradução de Paulo César Busato. **Revista Justiça e Sistema Criminal: modernas tendências do sistema criminal**. Curitiba, v. 3, n. 5, p.7-22, jul./dez. 2011.

⁵³ DONNA, Edgardo Alberto. El concepto de autoría y la autoría de los aparatos de poder de Roxin. In: CONGRESO INTERNACIONAL. FACULTAD DE DERECHO DE LA UNED. **Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología**. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001. p. 533-557.

principalmente la concepción de la “doble autoría” por um mesmo hecho, es decir, la posibilidad de calificar al ejecutor como autor penalmente responsable y al hombre detrás como autor (mediato) también penalmente responsable.⁵⁴

Pelo exposto, verifica-se que, caso ausente qualquer dos quatro elementos expostos, não restará configurada a autoria mediata em virtude do aparato organizado de poder. Devendo, assim, segundo Claus Roxin, sempre estarem preenchidos os requisitos de fungibilidade de executores, poder de mando (estrutura verticalizada), organização contrária ao direito e disposição essencialmente elevada dos executores ao fato.⁵⁵

A Ação Penal n.º 470 do STF, basicamente desenvolvida a partir da segunda metade do ano de 2012, constitui-se no julgamento de diversos políticos e autoridades do nosso país, em razão do cometimento dos mais diversos crimes, como: corrupção ativa, corrupção passiva, peculato, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta de instituição financeira, evasão de divisas e quadrilha ou bando.⁵⁶

Sobre o escândalo de corrupção que trouxe o caso “Mensalão”, Luciano Anderson de Souza diz:

O julgamento da Ação Penal n.º 470 é, portanto, preponderantemente, uma deliberação judicial de um escândalo de corrupção e apropriação de recursos públicos. A essência da reprovação das condutas encontra-se na ofensa ao regular funcionamento e ao patrimônio da administração. Os demais aspectos, embora certamente não irrelevantes, gravitam em torno desta idéia fundamental, que torna o caso concreto paradigmático na história forense brasileira. O inusitado na percepção popular, revelado pelos meios de comunicação, encontra-se no fato do processo criminal em foco envolver os chamados “poderosos”, no sentido geral de implicar criminalmente detentores de poder político ou econômico, em contraponto aos envolvidos na criminalidade dita “de massas” que estatisticamente dominam os tribunais e presídios do país.⁵⁷

⁵⁴ ABOSO, Gustavo Eduardo. Dominio por organización y autoría mediata. Análisis crítico del caso "Fujimori Fujimori". *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Lima, n. 23, p.75-122, 2012.

⁵⁵ ROXIN, Claus. O domínio da organização como forma independente de autoria mediata. Tradução de Paulo César Busato. *Revista Justiça e Sistema Criminal: modernas tendências do sistema criminal*. Curitiba, v. 3, n. 5, p.7-22, jul./dez. 2011.

⁵⁶ SOUZA, Luciano Anderson de. A essência da ação penal nº 470: o crime de corrupção. *Letrado*, São Paulo, n. 101, p.26-27, jul./dez. 2012.

⁵⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. A essência da ação penal nº 470: o crime de corrupção. *Letrado*, São Paulo, n. 101, p.26-27, jul./dez. 2012.

Nesse cenário, os Ministros da Suprema Corte passaram a utilizar a teoria do domínio da organização. O Ministro Celso de Mello, ao se referir à teoria do domínio da organização, usou seu conceito acertadamente, de acordo com o exposto pela teoria de Claus Roxin (fl. 56.822):

Essa orientação é consagrada pela doutrina e vem evoluindo no sentido de reconhecer, na discussão do tema pertinente ao concurso de pessoas, a noção de domínio da organização, que representa umas das vertentes em que se pluraliza a teoria do domínio do fato, notadamente como critério teórico, fundado no domínio da vontade, que permite formular o conceito de autor mediato, o qual, atuando na cúpula da organização criminosa, comanda a vontade do agente incumbido do cometimento direto da prática delituosa.⁵⁸

Em suas considerações, o Ministro Celso de Mello entende por ser plenamente concebível o uso da teoria do domínio do fato e seus desdobramentos em nosso sistema jurídico, ao dizer:

[...] não ofende o ordenamento brasileiro, eis que, além de se revelar compatível com a disciplina que o nosso Código Penal estabeleceu em tema e no tratamento jurídico do concurso de pessoas, a sua aplicação não enseja a consagração de uma inadmissível hipótese de responsabilidade penal objetiva.⁵⁹

De outra banda, o Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, alega estar ausente o requisito da fungibilidade de executores, ficando nesse ponto prejudicada a aplicação da teoria. Nota-se a ocorrência de uma confusão entre domínio do fato (gênero) e domínio da organização (espécie), na fl. 56.838:

Mas, naquele momento em que me pronunciei, eminente Decano, eu disse que não via, no caso presente, o requisito da fungibilidade; muito pelo contrário, eu entendia que os réus tinham nome, sobrenome, RG e endereço, e a suposta propina foi sempre endereçada a presidentes e líderes de partidos. Portanto, não há falar aqui, pelo menos na minha visão, eminente Ministro Celso de Mello, na presença do requisito da fungibilidade; e, por via de consequência, para mim, falta um dos requisitos essenciais, segundo a doutrina de Roxin, para aplicar a Teoria do Domínio do Fato.⁶⁰

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal n.º 470 do STF**. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2015.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal n.º 470 do STF**. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2015.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal n.º 470 do STF**. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2015.

Dessa forma, o Ministro Ricardo Lewandowski absolveu o acusado José Dirceu por entender não estar presente a possibilidade de aplicação da teoria do domínio da organização (apesar de usar erroneamente como sinônimo a teoria do domínio do fato).

Lenio Luiz Streck adverte sua preocupação no uso da teoria do domínio do fato no caso “Mensalão”, não pelo caso em si, mas em seu posterior uso e vulgarização em outras instâncias:

Começemos pela recepção da teoria do domínio do fato. O que me preocupa nessa recepção feita pela dogmática brasileira é a possibilidade de vulgarização de algumas teses. Mais: Talvez o mais importante nesse julgamento não seja “o caso” do “inominável”, mas o modo como serão julgadas, no futuro, causas semelhantes no restante do Brasil. Sim, porque o Brasil, ao que consta, não acaba com o mensalão. Não acredito em teses do tipo “Brasil AM-DM” – *antes do mensalão e depois do mensalão*.⁶¹

Alaor Leite também adverte para as incongruências ocorridas na Ação Penal n.º 470 do STF, ao indicar que, em alguns pontos, vislumbra-se uma confusão entre o gênero “domínio do fato” e a espécie “domínio da organização”. Vale lembrar que o domínio da organização é uma decorrência do domínio do fato, segundo a qual o autor mediato é aquele que detém o domínio da vontade em virtude de um aparato organizado de poder.⁶²

Segundo o mesmo autor, na análise da referida Ação Penal:

Afinal, a teoria do domínio da organização, de fato, propõe-se a tratar do problema da responsabilização penal de sujeitos que gozam de poder de mando, dentro, evidentemente, dos limites para os quais foi concebida. Sobre a confusão entre domínio do fato e domínio da organização na AP 470, é relevante ler a intervenção do Min. Ricardo Lewandowski, f. 56.816 e ss.: <<(…) eu não disse que a Teoria do Domínio do Fato se aplicaria apenas em momentos de anormalidade institucional. O que eu disse é que ela se aplica a

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. As incongruências da doutrina: o caso da AP 470, a teoria do domínio do fato e as citações descontextualizadas. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. 12, n. 56, p.97-111, jan./mar. 2015.

⁶² GRECO, Luís; ET alii. **Autoria como Domínio do Fato**: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. Ed. São Paulo, SP: Marcial Pons, 2014, p. 138 - 139.

situações excepcionais>>. A sequência da manifestação do Ministro confirma a confusão, na medida em que enuncia como requisito para aplicação da teoria do domínio do fato a <<fungibilidade do agente imediato que perpetra o crime>> (f. 56.816 e ss.)⁶³

Do mesmo modo o Ministro Ayres Britto, também incorreu no equívoco ao falar em teoria do domínio do fato (gênero), quando na verdade estava tratando da espécie a teoria do domínio da organização (fl. 56.841):

Agora, essa Teoria do Domínio do Fato pode ser compreendida no plano da fungibilidade, que é da substituição do agente, como também da infungibilidade: o agente não pode ser substituído. Então, quem não podia ser substituído nesse esquema, sob pena de fazer o esquema ruir? Quem era o regente da orquestra? O mais insubstituível ou infungível de todos. A Teoria do Domínio do Fato conduz, também, a esse raciocínio.⁶⁴

Lenio Luiz Streck, em razão dessas incongruências no uso da teoria de Claus Roxin, referiu que:

Preocupo-me porque, em um país em que o caso concreto não passa de um álbi teórico, onde não se respeita a cadeia decisional e se encaixa o caso fôrceps em teses previamente escolhidas, o que mais se utilizará do acórdão da AP 470 serão frases (ou verbetes) descontextualizados. E nisso mora o perigo do *bullyng* hermenêutico que poderá ocorrer a partir desse uso fora de contexto.⁶⁵

Diante disso, nota-se que a teoria do domínio da organização já está sendo utilizada pelo ordenamento jurídico pátrio, ainda que possa ser criticável o seu uso inadequado, primeiro pela confusão ao se falar em domínio do fato ao invés do domínio da organização, segundo por ser vazia em conteúdo, pela total ausência de fundamentação, como disse Alaor Leite:

⁶³ GRECO, Luís; ET alii. **Autoria como Domínio do Fato**: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. Ed. São Paulo, SP: Marcial Pons, 2014, p. 138 - 139.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal n.º 470 do STF**. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2015.

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. As incongruências da doutrina: o caso da AP 470, a teoria do domínio do fato e as citações descontextualizadas. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, v. 12, n. 56, p.97-111, jan./mar. 2015.

O STF teria de verificar se, superada a pergunta sobre a legitimidade da categoria, os seus requisitos acima mencionados estariam presentes no caso concreto, a saber: se o sujeito da cúpula emitiu ordens e se essas ordens obteriam cumprimento automático diante da existência de executores imediatos fungíveis. Nenhum dos dois esforços está presente na decisão da AP 470. A mera referência ao domínio da organização, que aparece sob o falseado manto de <<teoria do domínio do fato>>, é vazia de conteúdo e equivale à absoluta ausência de fundamentação.⁶⁶

Pablo Rodrigo Alflen também crítica o mau uso da teoria na Ação Penal n.º 470:

Por ocasião do julgamento da referida ação penal, na tentativa (e no afã) de proceder à delimitação da autoria dos acusados, o Supremo Tribunal Federal utilizou de uma anomalia, a qual intitulou de “teoria do domínio do fato”. De forma absolutamente incongruente, ao longo de mais de oito mil páginas que integram o acórdão, a Corte fundiu teorias incompatíveis entre si, não especificou os critérios que utilizou para nortear aquilo que denominou de “domínio do fato”, e, sobretudo, deixou de indicar analiticamente dados empíricos hábeis a fundamentar o suposto domínio do fato enfatizado na decisão. De maneira surpreendente, a Corte tentou, inclusive, proceder a um retrospecto histórico sintético da teoria do domínio do fato, sem sequer chegar ao seu conteúdo (o qual, no entanto, deveria ter sido o principal aspecto a ser discutido). Na decisão restou demonstrado de forma clara, que a “teoria” foi utilizada como simples retórica para fins de atribuição de responsabilidade.⁶⁷

A análise e a discussão acerca desse assunto permitem concluir que o ordenamento jurídico brasileiro já está utilizando a teoria do domínio da organização, devendo-se, entretanto, tomar o devido cuidado ao verificar o uso da teoria de Claus Roxin, eis que é patente a necessidade de preenchimento de todos os seus requisitos: poder de mando, fungibilidade de executores, organização contrária ao direito e uma disposição elevada dos executores ao fato. Caso contrário, não se poderá fazer uso dessa teoria, uma vez que seu surgimento somente ocorreu com a intenção de distinguir o autor mediato de um mero partícipe.

⁶⁶ GRECO, Luís; ET alii. **Autoria como Domínio do Fato**: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. Ed. São Paulo, SP: Marcial Pons, 2014, p. 144 - 145.

⁶⁷ ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira – Considerações sobre a AP n 470 do STF. **Revista Eletrônica de Direito Penal**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 138-164, dez. 2014.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vislumbrou-se que o legislador brasileiro buscou uma forma de combater o crime organizado com o advento da lei n.º 9.034/95, que teve como objetivo fundamental combater o crime organizado prevendo mecanismos de investigação. No entanto, essa lei falhou ao deixar de definir o que seria uma organização criminosa, o que somente foi sanado com a promulgação da convenção de Palermo (Decreto n.º 5.015/2004).

Com o passar dos anos, com a promulgação da lei n.º 12.694/2012, passou-se a ter uma definição de organização criminosa, porém o ponto mais importante a ser destacado é a possibilidade de um colegiado de juízes de primeiro grau, com a finalidade de garantir a segurança dos magistrados ao tomarem as decisões, como prisão, medidas cautelares e outras providências processuais.

Desta feita, um ano depois, no ano de 2013, entrou em vigência a lei n.º 12.850, que passou a definir o que era uma organização criminosa e tipificou o crime organizado, trouxe também meios extraordinários de obtenção de provas, definindo de forma clara e precisa a possibilidade de infiltração de agentes, colaboração premiada e interceptações telefônicas, sendo desse modo elogiável ao buscar o combate desses organismos de poder ilícitos.

A partir de então, passou-se a analisar a possibilidade de imputação penal do chefe das organizações criminosas que, valendo-se de um aparato organizado de poder, realiza diversos crimes. Para tanto, foi necessário entender o concurso de agentes analisando a autoria mediata, buscando-se, desse modo, a melhor possibilidade de imputação penal para os dirigentes desses organismos criminosos.

Dessa forma, abordada a autoria mediata em sua clássica concepção, é verificada a sua aplicação nos casos em que o autor mediato vale-se de um agente que não pode ser criminalmente responsabilizado, pois foi um instrumento para a prática criminosa, uma vez que agiu em erro, coação, ou por ser inimputável, devendo, assim, o homem de trás ser responsabilizado única e exclusivamente pelo crime.

Por tal razão, verifica-se que a teoria adequada ao tratar da possibilidade de imputação penal do chefe da organização é a teoria do domínio do domínio do fato, mais precisamente o seu desdobramento na teoria do domínio da organização, que nada mais é do que uma modalidade de

autoria mediata, quando o chefe da organização criminosa, valendo-se de uma estrutura hierarquizada de comando, emana a ordem para prática de um crime, sendo os seus executores fungíveis, ou seja, podendo ser facilmente substituídos caso neguem-se a realizar a ordem.

Desse modo, tanto aquele que realiza a conduta típica, o chamado executor direto do crime, ao cometer o delito de forma livre e consciente, detém o domínio da ação, sendo assim, imputável na qualidade de autor imediato do crime. E, por outro lado, o chefe do aparato organizado de poder, que se vale de uma estrutura com funcionamento automático, é considerado o autor mediato por deter o domínio da organização. É de se concluir que, apesar do destinatário da ordem ser livre e consciente para cumpri-la ou não, a sua negativa não impedirá que o crime ocorra. Assim, ocorre a responsabilização criminal do homem de trás, criando a figura de um autor (mediato) atrás de outro autor (direto).

REFERÊNCIAS

- ABOSO, Gustavo Eduardo. Dominio por organización y autoría mediata. Análisis crítico del caso “Fujimori Fujimori”. **Revista Peruana de Ciencias Penales**. Lima, n. 23, p.75-122, 2012.
- ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira – Considerações sobre a AP n 470 do STF. **Revista Eletrônica de Direito Penal**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 138-164, dez. 2014.
- _____. **Teoria do Domínio do Fato**. 1.ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2014.
- AMBOS, Kai. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder: una valoración crítica y ulteriores aportaciones. **Ciencias Penales: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**. San José, v. 12, n. 17, p.29-47, mar. 2000.
- BAILONE, Matías. O domínio da organização como autoria mediata. . **De Jure**: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. N.º 16, jan – jun2011, p. 23 - 44. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/40985/dom%C3%ADnio_organizacao_como_bailone.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 out. 2015.
- BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes**. 3. ed. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2005.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral.11. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2007, v. 1
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal n.º 470 do STF**. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2015.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 15. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2011, v. 1.
- CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre, RS: Fabris, 1988.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado**: Comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/2013. 2. ed. Salvador, BA: juspodivm, 2014.

DONNA, Edgardo Alberto. El concepto de autoría y la autoría de los aparatos de poder de Roxin. In: CONGRESO INTERNACIONAL. FACULTAD DE DERECHO DE LA UNED. **Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología**. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001. p. 533-557.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria Como Domínio do Fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo, SP: Marcial Pons, 2014.

JALIL, Mauricio Schaun. Nova lei sobre organizações criminosas (lei 12.850/2013): primeiras considerações. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. V32/2013, jul - dez 2013, p. 87 - 96. Disponível em: < <http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014fdc5d36e77d9f9cd1&docguid=l3bfd3ed0694111e39170010000000000&hitguid=l3bfd3ed0694111e39170010000000000&spos=6&epos=6&td=45&context=16&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 17 set. 2015.

LEMONS JÚNIOR, Arthur Pinto de. A responsabilidade criminal do homem de trás das organizações criminosas. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**. São Paulo, v. 3, n. 2, p.129-156, jul./dez. 2002.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. (e-book).

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. 5.ed. São Paulo, SP: Atlas, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 28. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2012, v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Organização Criminosa**. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2015. (e-book).

PRADO, Luiz Regis. Associação Criminosa – crime organizado (LEI 12.850/2013). **Revista dos Tribunais**. V. 938, Dez 2013, p. 241 – 297. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014ff109bfda6e315928&docguid=I53707aa04b6411e3b4c0010000000000&hitguid=I53707aa04b6411e3b4c0010000000000&spos=3&epos=3&td=45&context=19&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 21 set. 2015.

ROXIN, Claus. ***Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal***. Tradução da 7ª ed. Alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

_____. O domínio da organização como forma independente de autoria mediata. Tradução de Paulo César Busato. **Revista Justiça e Sistema Criminal**: modernas tendências do sistema criminal. Curitiba, v. 3, n. 5, p.7-22, jul./dez. 2011.

SILVA, Joyce Keli do Nascimento. A ampliação do conceito de autoria por meio da teoria do domínio da organização. **Revista Liberdade**. n.º 17, set - dez. 2014, p. 69 - 84. Disponível em: <http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo04.pdf>. Acesso em: 27 out. 2015.

SOUZA, Luciano Anderson de. A essência da ação penal nº 470: o crime de corrupção. **Letrado**, São Paulo, n. 101, p.26-27, jul./dez. 2012.

SOUZA, Marllon. **Crime Organizado e Infiltração Policial**: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo, SP: Atlas, 2015. (e-book).

STRECK, Lenio Luiz. As incongruências da doutrina: o caso da AP 470, a teoria do domínio do fato e as citações descontextualizadas. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, v. 12, n. 56, p.97-111, jan./mar. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte geral. 10. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2013.

aborto e direito à vida – de quem? reflexões sob a ótica do biodireito

Joice Regina Braun Alvarenga

Formanda do curso de Direito da
Universidade Feevale.

E-mail: joicealvarenga@feevale.br.

Henrique Alexander Grassi Keske

Doutor em Filosofia. Professor da
Universidade Feevale.

E-mail: henriquek@feevale.br.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a discussão ética e jurídica acerca do aborto, buscando a melhor compreensão acerca das justificativas pertinentes daqueles que entendem por se garantir um direito ao aborto, assim como daqueles contrários a essa prática.

A pesquisa se justifica inicialmente pela verificação do embate de princípios que se chocam, ainda que exista legislação ordinária que proíbe a prática, o que, no entanto, não a obsta. Além disso, os embates públicos sobre o tema têm sido recorrentes, já que, anualmente, a mídia é responsável pela divulgação de casos em que a prática ocasionou o fim trágico da vida de inúmeras mulheres. Verifica-se, ainda, a falta de legislação adequada capaz de solucionar o problema, seja no âmbito da correta promoção das políticas públicas voltadas à saúde da mulher e do planejamento familiar, seja com relação à real garantia de direitos fundamentais das mulheres.

A pesquisa se volta a demonstrar os impactos sobre a saúde pública causados pela prática do aborto inseguro. Traz-se a relevante abordagem dos direitos fundamentais pelos quais clamam os grupos de defesa ao abortamento, primeiramente, a liberdade da mulher, relacionada à autonomia de vontade. Essa autonomia, ademais, encontra estreita relação com o direito ao planejamento familiar, destinado à liberdade de escolha sobre o número de filhos que se deseja ter, analisadas as condições de cuidado para com esse, que a família ou a mulher é capaz de suportar. Finalizando-se a pesquisa com um breve estudo acerca de uma possibilidade de resolução do embate através da ponderação entre os direitos fundamentais trabalhados.

Utiliza-se da pesquisa exploratória que se dá com o exame de bibliografias, análise legislativa e jurisprudencial, além da observação de dados e gráficos. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, em razão do problema ocasionado pelo choque de direitos fundamentais, passando-se pela análise desses direitos, que são hipóteses de resolução desse problema, quando é possível verificar sua adequada aplicação, ou refutá-las.

1 NOÇÃO JURÍDICA DE PESSOA: O FETO SEGUNDO O STF

Busca-se, neste item, realizar uma análise a respeito do entendimento do Supremo Tribunal Federal, com base nos votos dos relatores da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, acerca da proteção da vida humana, definindo em que momento ela começa a ser exigível e, especificamente, em relação ao feto, qual a proteção que lhe cabe.

Inicialmente, analisando o voto do então Ministro Ayres Brito, relator da ADIN nº 3.510, é importante apontar que se verifica a não disposição pela Constituição Federal acerca do início da vida humana; que, contudo não dispõe a respeito de nenhuma forma de vida pré-natal e adota, portanto, através do previsto na legislação ordinária, a teoria *natalista*.¹

A teoria natalista define que os direitos do nascituro são eventuais e ficam salvaguardados até que esse venha a nascer com vida. O feto é considerado um ser em potencial, logo, não é pessoa, de modo que possui apenas uma expectativa de direito que se consolidará através do nascimento com vida. Afirmar isso não significa privar o feto de outros direitos. Entretanto, se o feto já fosse personificado também não necessitariam distinções legais para conferir-lhe alguns direitos que se consolidam somente com o nascimento com vida. Pode-se concluir que antes do parto que resulta de um nascimento com vida, não existe uma pessoa, o que resulta em dizer que não há personalidade jurídica ou capacidade de direito, mas ficam ressalvados legalmente os direitos que a eventual pessoa poderá adquirir.²

Assim sendo, quando se fala em direitos da pessoa humana, está se referindo aos direitos garantidos à pessoa já nascida e constituída. Portanto, os direitos fundamentais têm como destinatário esse alguém já formado e nascido. Nesse sentido advoga Ayres Brito:

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator Ministro Ayres Brito. Data do julgamento: 29/05/2008, p.163-164. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

² SILVA, Danúbia Cantieri. A tutela constitucional da vida embrionária: a ADIn 3.510 à luz do ativismo judicial. **Revistas dos Tribunais Sul**. v. 8, nov./dez. 2014, 143-175. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000014dcabf79c2429dbe8b&docguid=la0140860874811e4ac6e010000000000&hitguid=la0140860874811e4ac6e010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

Numa primeira síntese, então, é de se incutir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, *mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural*. [...]a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do *homo sapiens*, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo direito infraconstitucional e em que medida.³

A partir dos regulamentos infraconstitucionais se pode extrair que há proteções distintas nas diferentes fases de constituição da vida humana, e a proteção que o feto recebe a partir do Código Penal se deve à sua potencialidade de vida. Entretanto, fica claro que a proteção depreendida nessa hipótese é menos incisiva do que quando da proteção de uma pessoa já constituída; e isso é o que se extrai quando da verificação das penas aplicáveis à prática de aborto (de um a três anos) e à prática do homicídio (de seis a vinte anos), por exemplo, em que a primeira é menor do que a segunda, já que “o embrião é o embrião, o feto é o feto, e a pessoa humana é a pessoa humana”.⁴

Pode-se dizer que esse pensamento deriva do que entendia Dworkin acerca das diferentes etapas da vida e a proteção que cabia a cada uma, através de questionamentos quanto ao *status* jurídico que receberia o feto em cada Constituição: “[...]se o feto é ou não uma pessoa constitucional – como a questão de saber se a Constituição exige que os estados tratem o feto como se tivessem os mesmos direitos de que desfrutam as crianças e os adultos[...].”⁵

Nos votos da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54, levanta-se o que está disposto na legislação ordinária acerca do que seria vida para o Direito, propriamente, fazendo uso da Lei de Transplantes de Órgãos, que determina o fim da vida com a morte cerebral, compreende-se, por inversão do sentido, que há vida quando existe atividade cerebral; o critério de morte cerebral é adotado pelo Direito Penal, Civil

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator Ministro Ayres Britto. Data do julgamento: 29/05/2008, p. 165-166. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20%203510>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator Ministro Ayres Britto. Data do julgamento: 29/05/2008, p. 172. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20%203510>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

⁵ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 31.

e Biodireito pátrio. É com esse entendimento que se afasta a criminalização do aborto de fetos anencefálicos, que os Ministros preferem chamar de antecipação terapêutica do parto por não entenderem se tratar de aborto, em função de não se estar suprimindo uma vida existente, porque o feto anencéfalo não é um ser humano vivo, já que não possui o encéfalo responsável por conferir ao ser humano suas principais características, dentre elas a dor e a consciência de si. Logo, não interessa ao direito proteger a vida meramente orgânica, que é a vida de que dispõe.⁶

No que tange à vedação do aborto, afirma-se que não se está a proteger necessariamente uma pessoa física ou natural, mas uma vida pré-natal portadora de dignidade⁷. Assim, volta-se ao argumento da potencialidade, que se pode considerar um argumento arriscado do ponto de vista jurídico, em razão de se estar antecipando um status jurídico. Como se sabe, no ramo jurídico a mera expectativa de direito dificilmente produz efeitos concretos, ao contrário do que se estaria praticando com o argumento da potencialidade. Ademais, é possível comparar a potencialidade do feto para ser pessoa a todas as pessoas que tem como destino certo a morte; dessa forma, todos os que vivem, poderiam ser considerados cadáveres em potencial, o que não nos dá o direito de antecipar situações jurídicas advindas da morte, com exceção do testamento.⁸

Em contrapartida, há também o entendimento de que os embriões e fetos que se encontram no útero, são claramente titulares dos direitos fundamentais, principalmente no que diz respeito à proteção de sua vida.⁹ Porém, como afirmou o Ministro Marco Aurélio no seu voto, o direito à vida não exerce caráter absoluto sobre os demais direitos e garantias fundamentais, em virtude das exceções que se extraem da Constituição Federal e legislação ordinária. Na Constituição, o direito à vida fica afastado em razão da permissão de se impor a pena de morte no caso de

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54**. Relator Ministro Marco Aurélio. Data do julgamento: 12/04/2012, p. 108-109. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>. Acesso em 12 dez. 2014.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator Ministro Ayres Britto. Data do julgamento: 29/05/2008, p. 171-172. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20%203510>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

⁸ MARTINS Leonardo (Coord.), SCHLINK, Bernhard. **Bioética à luz da liberdade científica: Estudo de Caso Baseado na Decisão do STF Sobre a Constitucionalidade da Lei de Biossegurança e no Direito Comparado Alemão**. São Paulo: Atlas. 2014, p. 89.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed., rev. e atual. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2012, p. 220.

guerra declarada; além disso, o Código Penal prevê as excludentes da ilicitude quando da prática de abortamento em razão do iminente dano à saúde e vida da mulher, bem como quando da gravidez resultante de estupro. Nesses dois casos os direitos da mulher, pessoa já constituída, são sobrepostos aos direitos do feto.¹⁰

A afirmação acerca da não hierarquização dos direitos fundamentais é destacada em razão da possibilidade de existir conflito entre direitos fundamentais, quando então o caso concreto deverá ser analisado afim de que se chegue ao melhor resultado para a solução do caso específico. Além disso, os direitos fundamentais devem respeitar alguns limites no ordenamento jurídico para proteger efetivamente a integridade do interesse social, e também para garantir que todas as liberdades possam ser exercidas de maneira harmoniosa.¹¹

2 UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA

Aspecto de suma importância a ser trabalhado quando o aborto está em debate é a questão de saúde pública, por envolver a saúde da mulher que gesta, e antes disso, possui uma vida sexual e reprodutiva ativas e, ainda, por ser a prática abortiva clandestina uma das principais causas de morbimortalidade materna no país, causando gastos consideráveis para o sistema de saúde.

A Constituição Federal garante em seu artigo 6º o direito social à saúde, ao qual se denota como sendo um direito fundamental dentre os mais essenciais, tanto que se reafirmou seu caráter universal e integral, além do dever do Estado em prestá-lo mediante ações públicas, como

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54**. Relator Ministro Marco Aurélio. Data do julgamento: 12/04/2012, p. 58-59. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>. Acesso em 12 dez. 2014.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23.452-1**. Impetrante: Luiz Carlos Barreti Júnior. Impetrado: Presidente da comissão parlamentar de inquérito. Relator: Ministro Celso de Mello. Data do julgamento: 14/06/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

expõem os artigos 196 e 197 da Carta Magna. Nesse sentido, o artigo 198 da Constituição recepciona o Sistema Único de Saúde instituído através da Lei 8.080 de 1990, visando oferecer “tratamento integral e gratuito a toda a população”.¹²

No que tange propriamente à saúde da mulher, constata-se que é tema de discordância pela própria literatura, já que é vista de maneira abrangente ou restritiva. Na primeira, o aspecto biológico é relacionado à gama de direitos humanos e à cidadania, enquanto que na visão restritiva, a saúde da mulher é relacionada unicamente à reprodução, limitando à saúde materna e às doenças que possam estar relacionadas com a reprodução, desconsiderando as questões de saúde sexual e de gênero.¹³

No Brasil, a fiscalização e regulamentação de comitês de Morte Materna tiveram início somente em 1994, quando o Ministério da Saúde criou a Comissão Nacional de Morte Materna, propondo-se a diagnosticar as situações de sua ocorrência e recomendar ações para que se prevenissem essas mortes. Ressalte-se que, na esfera mundial, a Conferência das Nações Unidas de População e Desenvolvimento, realizada no Cairo em 1994, e a Conferência Mundial da Mulher, em Pequim 1995, acabaram incorporando aos direitos humanos os direitos reprodutivos, em razão dos efeitos causados pelas restrições a esses direitos, com a legislação proibitiva desses e do aborto em diversas nações, dado que se observou o grave problema de saúde pública como reflexo principalmente na saúde das mulheres. As modificações seriam guiadas por recomendações como a reformulação da legislação que deveria garantir a não-intervenção nas escolhas pessoais e individuais, além do adequado acesso à informação para o exercício da autonomia sexual e reprodutiva.¹⁴

¹² PIRES, Teresinha Inês Teles. O princípio da segurança jurídica e o direito da mulher à saúde reprodutiva: uma análise acerca do dever do Estado na prestação de assistência à saúde física e mental da mulher no contexto da ilegalidade do aborto. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.51, n.201, jan./mar. 2014, p. 135.

¹³ BRASIL. Ministério da Saúde. **Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher**: princípios e diretrizes. Brasília, 2004, p. 11. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2007/politica_mulher.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2015.

¹⁴ VENTURA, Miriam. A mortalidade materna: a persistente violação do direito de proteção da vida e autonomia feminina. **Revista Bioética**, v. 16, n. 2, 2008, p. 217-228. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/69/72>. Acesso em: 06 jun. 2015.

Questões históricas implicaram numa saúde da mulher voltada à gravidez e ao parto, deixando-se de lado as demais fases porque a mulher passa; em razão disso o Estado absteve-se de protegê-la no sentido de aprimoramento de questões primárias de saúde e de planejamento familiar.¹⁵ Mais do que proteger a gestante, a mulher deve ser protegida no âmbito de sua saúde sexual, que pressupõe uma vida sexualmente segura e satisfatória, o que exclui a premissa de existir saúde reprodutiva somente quando inexistem enfermidades e doenças, mais do que isso, deve-se resguardar a capacidade de escolha de quando e quantas vezes a mulher e seu parceiro desejam reproduzir.¹⁶

A grande quantidade de adolescentes grávidas em vários países é um fato que aponta para a necessidade de práticas efetivas de informação e educação sexual, já que as campanhas de prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, principalmente relacionadas ao vírus HIV, não resultam na consciência dos jovens de que, eliminado o perigo de contrair a doença, excluem o preservativo como meio adequado de contracepção. E, ainda, o preconceito e a demora em divulgar a pílula do dia seguinte, ou mesmo de difundir a contracepção masculina, deixam claro o desinteresse dos Estados e até mesmo de médicos em se aplicar a contracepção como forma de solução a muitos problemas decorrentes de gravidezes indesejadas.¹⁷

Realizado em más condições, o aborto é seguido de graves complicações que são ainda mais acentuadas com o desconhecimento das mulheres que o praticam, dado à demora em recorrer a um serviço de saúde que, muitas vezes, sequer tem os meios adequados de socorrer a paciente. Os principais e mais frequentes problemas resultantes do aborto inseguro “são a perfuração do útero, a hemorragia e a infecção, que podem levar a graus distintos de morbidade e mortalidade”.¹⁸

¹⁵ SANTOS, Vanessa Cruz. et. al. Criminalização do aborto no Brasil e implicações à saúde pública. *Revista Bioética*. vol. 21, n. 3, 2013. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/778/933>. Acesso em: 21 ago. 2014.

¹⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. **Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher**: princípios e diretrizes. Brasília, 2004, p. 11-13. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2007/politica_mulher.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2015.

¹⁷ HIRATA, Helena et. al. (Orgs.). **Dicionário crítico do feminismo**. São Paulo: Editora da Unesp, 2009, p. 22.

¹⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. **Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher**: princípios e diretrizes. Brasília, 2004, p. 31. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2007/politica_mulher.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2015.

O Comitê de Eliminação da Discriminação contra Mulheres das Nações Unidas recomendou mudanças legislativas, além de demais medidas eficazes à descriminalização do aborto, proporcionando maior acesso das mulheres à assistência, à saúde sexual e reprodutiva, incluindo o amparo nos casos dos problemas decorrentes de abortos inseguros. Sendo o Brasil signatário desses acordos, busca-se, assim, reforçar os compromissos assumidos pelo Brasil através de diferentes documentos internacionais, nos quais foi reconhecido que o aborto inseguro resulta em grave violação aos direitos humanos de mulheres, em razão da grande taxa de mortalidade ocorrida nesses casos.¹⁹

Ou seja, através de documentos internacionais, o Brasil afirma sua preocupação com o problema de saúde pública decorrente da prática de aborto clandestino, comprometendo-se com a melhoria das condições de saúde da mulher e de planejamento familiar. Por outro lado, impõe obstáculos ao discriminar o aborto, já que, em decorrência disso, dificulta a prestação de atendimento médico e hospitalar adequado e apto a reduzir os danos à saúde de muitas mulheres.²⁰

O Conselho Federal de Medicina, em março de 2013 expressou a vontade da maioria dos participantes ao sinalizar que, em um congresso interno, há a necessidade de reforma do Código Penal no que tange à descriminalização do aborto, permitindo que seja realizado até a 12ª semana de gestação, cabendo sua realização à livre decisão da mulher, a quem deve ser respeitado o direito de autonomia; afirmou-se ainda, que não se trata de ser favorável ao aborto, mas de se respeitar a autonomia da mulher e do médico; e reafirmam que a prática do aborto inseguro exerce “forte impacto sobre a saúde pública”.²¹

¹⁹ FREIRE, Nilcéia. Aborto seguro: um direito das mulheres? **Cienc. Cult.**, v. 64, n. 2, abr./ jun. 2012. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252012000200013&script=sci_arttext>. Acesso em: 14 jul. 2015.

²⁰ PIRES, Teresinha Inês Teles. O princípio da segurança jurídica e o direito da mulher à saúde reprodutiva: uma análise acerca do dever do Estado na prestação de assistência à saúde física e mental da mulher no contexto da ilegalidade do aborto. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.51, n.201, jan./ mar. 2014, p. 144-145.

²¹ ACAYABA, Cíntia. Conselho de Medicina defende liberação do aborto até a 12ª semana: entidade vai enviar parecer à comissão do Senado que reforma Código: pelo texto atual, aborto só é permitido em caso de risco à saúde e estupro. **G1 Política**, Brasília, 21 mar. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/03/medicos-defendem-liberacao-do-aborto-ate-12-semana-de-gestacao.html>>. Acesso em: 02 ago. 2015

Todavia, no mesmo ano, a Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei nº 478/07 que trata da proteção do nascituro desde a concepção, ignorando por completo qualquer fato, dados e os próprios direitos de todas as mulheres brasileiras, sem entender que “[...] o aborto não se manifesta como opção, mas como ausência de alternativa frente à realidade adversa”.²²

Além disso, está em tramitação o Projeto de Lei nº 5.069 de 2013, de autoria do presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Eduardo Cunha, que busca proibir a prática da contracepção de emergência, a pílula do dia seguinte, mesmo que a mulher tenha sido vítima de violência sexual, com a justificativa de que o aborto vem sendo imposto por uma ideologia que visa o controle populacional, ligada a interesses capitalistas, negando que o aborto seja uma luta de fato dos grupos feministas, e que apenas tem uma roupagem de luta por direitos sexuais e reprodutivos.²³

Analisados os países que possuem legislação proibitiva e aqueles onde é permissiva, observou-se que, onde as mulheres têm acesso a métodos seguros, a probabilidade de morte causada por complicações no abortamento não é mais elevada do que uma morte para 100 mil procedimentos realizados, enquanto nos países em desenvolvimento, essa taxa é aumentada em várias vezes, já que o procedimento não é realizado por profissionais e em boas condições. Estudos demonstraram que onde há uma forte influência religiosa e a legislação é restritiva, o aborto tem alta percentagem de ocorrência, causando altas taxas de mortalidade materna.²⁴

Uma novidade no campo da religião, foi a declaração do Papa Francisco que, reconhecendo o sofrimento das mulheres que abortam, em 1º de setembro de 2015, em razão da aproximação do Jubileu Extraordinário da Misericórdia, concedeu a todos os sacerdotes a faculdade de absolver do pecado àquelas que recorreram à prática, compreendendo o sofrimento das mulheres que o fazem, como demonstra o seguinte trecho

²² SANTOS, Vanessa Cruz. et. al. Criminalização do aborto no Brasil e implicações à saúde pública. *Revista Bioética*. vol. 21, n. 3, 2013. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/778/933>. Acesso em: 21 ago. 2014.

²³ CUNHA, Eduardo. **Projeto de Lei Câmara dos Deputados nº 5.069 de 27 de fevereiro de 2013**. Acrescenta o artigo 127-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. – Código Penal. Brasília: 2013. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5D09E657AE19AA5FF011C8614F815FE3.proposicoesWeb1?codteor=1061163&filename=PL+5069/2013>. Acesso em: 22 de setembro de 2015.

²⁴ Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. **Atenção humanizada ao abortamento**: norma técnica. 2. ed. Brasília: 2011, p. 9. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento_norma_tecnica_2ed.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2015.

de sua carta “[...] Sei que é um drama existencial e moral. Encontrei muitas mulheres que traziam no seu coração a cicatriz causada por esta escolha sofrida e dolorosa. O que aconteceu é profundamente injusto[...]”. Orientou, ainda, que os sacerdotes estivessem prontos para acolher àquelas que buscarem o perdão.²⁵

Entende-se, por todo o exposto, que o problema do aborto deve ser abordado “[...] fora do âmbito das políticas repressivas, excludentes, fortalecedoras da violência e reprodutoras de dor e sofrimento[...]”. Devendo-se investir na saúde pública para melhoria do acesso à educação sexual e reprodutiva, com a devida disseminação dos métodos anticoncepcionais, além da atenção à saúde da mulher nos seus mais diversos âmbitos. O abortamento nunca é algo desejável, mas, para muitas, é a única saída.²⁶

3 A PROTEÇÃO DA MULHER: OS DIREITOS À LIBERDADE E À AUTONOMIA

Importantes expressões do direito à liberdade, no que tange à proteção dos direitos da mulher, são a autonomia sobre seu corpo e autonomia reprodutiva que será melhor explorada quando se trata do planejamento familiar. Desde logo, o que se pode afirmar é que trabalhar direitos fundamentais e humanos sob uma ótica de proteção da mulher é tarefa que esbarra numa construção política e social realizadas aquém dos desejos e anseios da população feminina, encarados com preconceito e discriminação, mas que vem, gradativamente, sendo alcançados em razão das lutas dos movimentos de mulheres e demais setores da sociedade que defendem a igualdade de direitos entre gêneros.²⁷

²⁵ VATICANO. **Carta do Papa Francisco com a qual se concede a indulgência por ocasião do Jubileu Extraordinário da Misericórdia**. 2015. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/letters/2015/documents/papa-francesco_20150901_lettera-indulgenza-giubileo-misericordia.html>. Acesso em: 15 set. 2015.

²⁶ TORRES, José Henrique Rodrigues. Aborto inseguro: é necessário reduzir riscos. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**. Out. 2010, v. 5, p. 521. Disponível em: <[www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000014fe7436227c90dd2ea&docguid=le996ef60f25111dfab6f010000000000&hitguid=le996ef60f25111dfab6f0100000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=22&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000014fe7436227c90dd2ea&docguid=le996ef60f25111dfab6f01000000000&hitguid=le996ef60f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=22&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 27 jul. 2015.

²⁷ EMMERICK, Rulian. **Corpo e Poder: Um Olhar Sobre o Aborto à Luz dos Direitos Humanos e da Democracia**. Dissertação de Pós-Graduação strictu sensu em Teoria do Estado e Direito Constitucional (Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2007, p. 96-97. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp063091.pdf>>. Acesso em: 22 de mar. 2015.

O Ministro Marco Aurélio, no seu voto acerca da ADPF nº 54, trouxe a autodeterminação da mulher como um dos pontos a serem verificados quando da escolha pela antecipação do parto de fetos anencefálicos, enquanto a tese poderia residir exclusivamente na questão de saúde pública, teve-se a sensibilidade de entender que a interrupção da gravidez tem liames mais extensos e abrangem ampla gama de direitos a serem garantidos às mulheres, dentre eles, o de se autodeterminar.²⁸

A autonomia não está expressamente prevista na Constituição Brasileira, mas pode-se extraí-la do *caput* do artigo 5º e no seu inciso II, dispondo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (princípio da legalidade).²⁹ Desse modo, não reconhecer a existência de um direito à autodeterminação implicaria em não se reconhecer a dignidade humana.³⁰

Primar por essa autonomia é o mesmo que garantir que o indivíduo possa fazer suas escolhas íntimas, no que diz respeito a escolhas como a de se casar ou não, ter ou não filhos, definir sua orientação sexual.³¹ Assim, autores que estudam as ideias de Kant, trazem que, conforme o filósofo, o indivíduo existe como um fim em si mesmo, não como um objeto de satisfação da vontade alheia. Essa autonomia expressa o desejo mais verdadeiro do ser humano e, por essa razão, deve ser aceito e respeitado pela sociedade.³² A propósito desse mesmo entendimento, o Ministro Marco Aurélio declarou que a mulher “[...] deve ser tratada como um fim em si mesma, e não, sob uma perspectiva utilitarista [...]”.³³

²⁸ MENDES, Soraia da Rosa. Os direitos fundamentais das mulheres à autodeterminação e à proteção como limites ao poder punitivo - Reflexões sobre a criminalização do aborto no projeto de novo Código Penal e sobre a proibição de proteção deficiente no Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v.7, n.25, jan./ abr. 2013, p. 219-220.

²⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

³⁰ CONTI, Paulo Henrique Burg. **Aborto eugênico: aspectos jurídicos e jurídico-penais em face da Constituição Federal**. Criciúma: UNESC, 2012.

³¹ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 101.

³² NICOLAO, Hamilton Pessota. Direitos fundamentais: princípio da dignidade da pessoa humana frente a autonomia privada nas relações entre particulares. **Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 36, n. 2, p. 123-143, jul. /dez. 2010, p. 133.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54**. Relator Ministro Marco Aurélio. Data do julgamento: 12/04/2012, p. 21. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>. Acesso em 12 dez. 2014.

Efetuada uma análise acerca da proposta de um Novo Código Penal, Saad-Diniz aponta que, até o momento, não existem inovações, principalmente no que tange à mudança na área de proteção das liberdades individuais, já que o aborto continua sendo criminalizado, com o acréscimo do caso de descriminalização para o feto anencefálico, que já existe no ordenamento jurídico brasileiro; e a proposta que, até certo ponto, parece inovadora, de se permitir o abortamento até a 12ª semana de gestação do feto, porém, desde que havendo laudo de dois médicos. Aqui a crítica se relaciona com o fato de que a escolha da mulher sobre como e quando vai exercer sua maternidade continua esquecida e, além disso, apenas se transfere a médicos a decisão de abortar ou não.³⁴

É importante observar uma constatação interessante de Nacif, ao dizer que a necessidade de obtenção de laudo médico ou psicológico quanto às condições da mulher de abortar é redundante, a partir do momento que se entende que o simples fato de ter a mulher o forte desejo de não levar a termo uma gestação, já é capaz de demonstrar que a mulher não possui condições psicológicas de ser mãe e é a voz da mulher que deve ser ouvida e considerada no momento de se decidir sobre a continuidade ou não da gestação.³⁵

O fato de o Estado poder e dever considerar uma escolha calcada na autonomia privada, reside na constatação de que as pessoas que estejam sob o seu domínio devem ser consideradas agentes responsáveis por tomar decisões individualmente sobre questões que lhes digam respeito. Para se ter legitimidade para impedir essas decisões, deverão existir atos normativos com força de lei ordinária, mas, mesmo assim, observando-se o princípio da proporcionalidade.³⁶

O direito à autodeterminação, mais especificamente, o direito sobre decidir ser ou não mãe em determinado momento, é um direito fundamental exclusivo das mulheres. Qualquer outra decisão estranha aos desejos da mulher e que imponha a ela um agir, é o mesmo que lesar seu poder de se autodeterminar como um ser que é um fim em si mesmo. Privá-la da escolha de decidir, é obrigá-la a suportar uma

³⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. Observações sobre o movimento codificador no Brasil e a questão das liberdades pessoais da mulher no aborto. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n.263, p. 17-18, out. 2014.

³⁵ NACIF, Eleonora Rangel. Aborto, desejo e autodeterminação feminina. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 236, p. 16-17, jul. 2012.

³⁶ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 103-104.

gravidez indesejada, dar à luz, e ter que criar aquela prole. Do direito de liberdade decorrem prestações públicas plenamente exigíveis que são de assistência e cuidado no momento da maternidade, tanto quanto no momento em que se decide não a exercer.³⁷

Barroso, advogado nos dois casos de extrema relevância para o presente trabalho, julgados no STF, quais sejam, a ADPF nº 54 e a ADIn nº 3.510, discorreu acerca da autonomia da mulher, baseado nos estudos realizados antes do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, onde foram entrevistadas mulheres que realizaram a antecipação terapêutica do parto e aquelas que não o fizeram, sendo que tanto umas quanto as outras estavam felizes com sua decisão, entendendo-se, assim, que

[...] A decisão existencial de como lidar com essa dor deve, evidentemente, caber a mulher, e não ao Estado. Imaginar que o Poder Público possa utilizar seu aparato institucional e punitivo contra a mulher nessa situação viola todos os limites humanitários e civilizatórios que devem estar presentes em uma sociedade plural e democrática.

Com base nos pensamentos de Ferrajoli, afirma-se que o início da vida é considerado, para cada um, de acordo com suas concepções morais e religiosas, e distintamente de qualquer outra criminalização, a do aborto constitui em uma obrigação, que é a de tornar-se mãe.³⁸

Dietmar e Mieth consideram que a autonomia, por vezes, é um instrumento utilizado para afastar a responsabilidade social das pessoas; e, no caso do aborto, afasta também a responsabilidade do homem. Para eles, a autodeterminação deve estar relacionada com a devida orientação e aconselhamento incluindo uma conexão sócio jurídica de paternidade e maternidade, posto que antes de defenderem uma lei favorável ao

³⁷ MENDES, Soraia da Rosa. Os direitos fundamentais das mulheres à autodeterminação e à proteção como limites ao poder punitivo - Reflexões sobre a criminalização do aborto no projeto de novo Código Penal e sobre a proibição de proteção deficiente no Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v.7, n.25, jan./abr. 2013, p. 219-220.

³⁸ MENDES, Soraia da Rosa. Os direitos fundamentais das mulheres à autodeterminação e à proteção como limites ao poder punitivo - Reflexões sobre a criminalização do aborto no projeto de novo Código Penal e sobre a proibição de proteção deficiente no Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v.7, n.25, jan./abr. 2013, p. 219-222.

abortamento, defendem a difusão das políticas sociais, já que “[...] Quem usa indevidamente o direito penal como substitutivo do direito social, transfere o problema da decisão a mulheres fortemente oneradas”.³⁹

4 DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

Relação direta com o tema da autonomia, o planejamento familiar possibilita à mulher, ao homem ou ao casal determinar a quantidade de filhos que queira ter e em que espaço de tempo, garantindo, a qualquer pessoa, que exerça suas escolhas de maneira responsável conforme o artigo 226, § 7º da Constituição Federal, que assim prevê:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.⁴⁰

Nesse sentido caminhou o voto do Ministro Ayres Brito, no seu parecer sobre a afirmação de não ser inconstitucional o disposto no artigo 5º da Lei de Biossegurança, permitindo-se as pesquisas com células-tronco embrionárias, posto que não é dever do casal o aproveitamento de todos os embriões para a nidação no corpo da mulher, sendo imperativo o exercício da liberdade, nesse sentido, direcionada como autonomia de vontade, para que possa a mulher ou o casal planejar as “condições de bem-estar e assistência físico-afetiva”, assim como de projetar o número

³⁹ MIETH, Dietmar; MIETH, Irene. Consideramos necessário conectar a defesa do feto com a defesa da mulher. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*. São Leopoldo, 219. ed., 14 mai. 2007. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=924&secao=219>. Acesso em: 13 ago. 2015. Entrevista concedida ao IHU On-Line.

⁴⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

de filhos que se deseja ter de acordo com as possibilidades adequadas de educá-los.⁴¹ Ao contrário do que ocorria no Brasil até meados da década de 70 quando o governo prestava incentivos financeiros às famílias numerosas.⁴²

Após transcorridos 20 anos da proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, ocorreu a Conferência de Direitos Humanos em Teerã, em maio de 1968, com o objetivo de reforçar a promoção dos Direitos Humanos, quando então ocorreu a menção sobre a garantia do planejamento familiar⁴³, assim disposta: “A comunidade internacional deve continuar velando pela família e pelas crianças. *Os pais têm o direito humano fundamental de determinar livremente o número de filhos e seus intervalos de nascimento*”.⁴⁴ (Grifou-se).

Entretanto, é somente em 1974, na Conferência Mundial de Bucareste, que o Brasil ingressa no debate sobre planejamento familiar. Nessa conferência foram tratadas questões relacionadas a políticas demográficas, partindo-se do pressuposto de que, assim como ensinamentos relacionados à moral e à civildade são necessárias para uma formação social democrática, a organização sobre formação da família também o é. A concretização dessa necessidade, frise-se, não está associada ao controle de natalidade, mesmo porque o Brasil é um país subpovoado em comparação a sua dimensão territorial. Ela se volta à divulgação e informação sobre uma paternidade responsável, a distribuição de contraceptivos, levando-se em consideração os desníveis existentes entre classes sociais. Por isso, se propõe que através do planejamento familiar se possa

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator Ministro Ayres Britto. Data do julgamento: 29/05/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

⁴² FARAH, Eliseu. Planejamento Familiar. **Revista de Direito de Família e Sucessões**, v. 2, p. 45-68, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad60079000001507c97713959a704c3&docguid=I6d4e24508b3611e480ac01000000000&hitguid=I6d4e24508b3611e480ac01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=15&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁴³ FARAH, Eliseu. Planejamento Familiar. **Revista de Direito de Família e Sucessões**, v. 2, p. 45-68, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad60079000001507c97713959a704c3&docguid=I6d4e24508b3611e480ac01000000000&hitguid=I6d4e24508b3611e480ac01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=15&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁴⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Proclamação de Teerã. **Conferência de Direitos Humanos**. Teerã, 1968. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Confer%3%Aancias-de-C%3%BApula-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-sobre-Direitos-Humanos/proclamacao-de-teera.html>>. Acesso em: 3 out. 2015.

orientar o crescimento populacional harmonizado com o crescimento econômico, sempre guiado pelo exercício da autonomia esclarecida do casal. Porém, esses objetivos sempre encontraram obstáculos quanto aos recursos oficiais destinados para alcançá-los.⁴⁵

No ano de 1979, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, nos seus artigos 12 e 14, alínea “b” previam o acesso e aconselhamento sobre o planejamento familiar, possibilitando a eliminação da discriminação na esfera dos cuidados médicos, assegurando a igualdade entre os gêneros.⁴⁶

A Conferência do Cairo de 1994 possibilitou uma extensa análise sobre saúde reprodutiva e planejamento familiar. No seu capítulo VII trabalha especificamente sobre esses temas, e prevê em suas ações que até o ano de 2015 os Estados tornassem acessíveis os serviços de assistência à saúde reprodutiva, incluindo “aconselhamento, informação, educação, comunicação e serviços de planejamento familiar”, aproveitando também para reforçar o papel da mulher, envolvendo-a “na liderança, planejamento, tomada de decisões, gerenciamento, execução, organização e avaliação de serviços”.⁴⁷

Os Estados que assinaram o Plano de Ação dessa Conferência, comprometeram-se em realizar as alterações legislativas necessárias para garantia da promoção dos direitos previstos, assim como pela implementação de políticas públicas capazes de proporcionar a tomada de decisões livres e conscientes sobre gravidez, anticoncepção e demais métodos relacionados ao planejamento familiar. Nos casos de ocorrência

⁴⁵ FARAH, Eliseu. Planejamento Familiar. *Revista de Direito de Família e Sucessões*, v. 2, p. 45-68, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad60079000001507c97713959a704c3&docguid=l6d4e24508b3611e480ac01000000000&hitguid=l6d4e24508b3611e480ac01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=15&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁴⁶ NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres*. 1979. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10233.htm>. Acesso em: 24 out, 2015.

⁴⁷ NAÇÕES UNIDAS. *Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento*. Cairo, 1994, p. 31-32. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2015.

do aborto, os Estados também devem garantir o atendimento humanitário⁴⁸, embora não esteja elencado o aborto como método de realização do planejamento familiar.

Em resposta aos tratados ratificados pelo Estado brasileiro, o Congresso Nacional, no ano de 1996, aprovou a Lei nº 9.263, sancionada pela Presidência da República, regulando o parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição Federal que trata do planejamento familiar e estabelece que o Sistema Único de Saúde deve garantir à mulher, ao homem ou ao casal as devidas assistências relativas à promoção da saúde sexual e reprodutiva, prescindindo também da participação dos profissionais da saúde em atividades que possibilitem a difusão de informações baseadas no contexto em que cada indivíduo esteja inserido.⁴⁹

O manual técnico de Assistência ao Planejamento Familiar, visando difundir os diversos meios de promoção do planejamento familiar, em detrimento da popularização de um pequeno número de meios contraceptivos como a pílula e a laqueadura de trompas, traz explicações acerca de demais métodos contraceptivos, além da prevenção ao HIV. Aborda o tipo de atendimento que deve ser prestado pelos profissionais da saúde, visando abranger todos os aspectos da saúde integral da mulher: esse atendimento será prestado por meio de atividades educativas, aconselhamento e atividades clínicas, propiciando escolhas conscientes.⁵⁰

Entretanto, a referida Lei traz algumas disposições que são questionadas do ponto de vista da ampla promoção da autonomia da mulher, em razão de limitadores para esterilização somente a partir de 25 anos de idade, ou possuindo o casal dois filhos vivos. Além disso, o artigo 7º, III da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que trata como violência sexual a proibição da utilização de método contraceptivo, é invocado para

48 EMMERICK, Rulian. **Corpo e Poder**: Um Olhar Sobre o Aborto à Luz dos Direitos Humanos e da Democracia. Dissertação de Pós-Graduação strictu sensu em Teoria do Estado e Direito Constitucional (Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2007, p. 96-97. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp063091.pdf>>. Acesso em: 22 de mar. 2015.

49 ANJOS, Karla Ferraz dos, et. al. Aborto e saúde pública no Brasil: reflexões sob a perspectiva dos direitos humanos. **Saúde debate**. Rio de Janeiro, v. 37, n. 98, jul./set., 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042013000300014>. Acesso em: 14 jul. 2015.

50 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Política de Saúde. **Assistência em Planejamento Familiar**: manual técnico. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/0102assistencia1.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2015.

refutar o disposto no artigo 10, parágrafo 5º da Lei do Planejamento Familiar, que prevê a necessidade de anuência expressa do cônjuge para a realização da esterilização.⁵¹ Enquanto a autonomia de vontade deve ser priorizada pois “gera poder de decisão sobre a vida reprodutiva como princípio básico para uma democratização da vida privada”.⁵²

Afirma-se que o aborto é resultado de necessidades não satisfeitas pelas políticas de planejamento familiar e reprodutivo, causado pela deficitária prestação de informações acerca de métodos contraceptivos, pela dificuldade de acesso a esses métodos, a utilização inadequada e irregular desses, em decorrência da desinformação e ausência de acompanhamento pelos serviços de saúde.⁵³

5 A PROPORCIONALIDADE COMO MÉTODO DE DECIDIBILIDADE ENTRE PRINCÍPIOS

Realizada a abordagem acerca de alguns princípios envolvidos na discussão sobre o aborto, verifica-se a necessidade de uma breve análise acerca da possibilidade de decisão sobre a prevalência de um princípio sobre os demais, embora não se intente esgotar o debate apresentando uma solução jurídica ao problema. Por isso serão trabalhadas, de forma sucinta, questões relacionadas à diferenciação entre princípios e regras, *hard cases* (casos difíceis) e ponderação através da proporcionalidade.

Inicialmente, para uma melhor compreensão acerca do que significa falar em casos difíceis, é importante trazer a distinção que cerca os termos princípio e regra. Para Silva, no direito brasileiro, princípios “seriam as normas mais fundamentais do sistema”, já as regras constituiriam

⁵¹ FARAH, Eliseu. Planejamento Familiar. *Revista de Direito de Família e Sucessões*, v. 2, p. 45-68, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad60079000001507c97713959a704c3&docguid=l6d4e24508b3611e480ac010000000000&hitguid=l6d4e24508b3611e480ac0100000000&spos=1&epos=1&td=1&context=15&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁵² TAVARES, Silvana Beline. *A despenalização/descriminalização como estratégia dos movimentos feministas nas lutas pela legalização do aborto em Portugal e no Brasil*. 2008, p. 160. Tese (Doutorado em Sociologia). Universidade Estadual Paulista - UNESP. Araraquara, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp073383.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2015.

⁵³ ANJOS, Karla Ferraz dos, et. al. Aborto e saúde pública no Brasil: reflexões sob a perspectiva dos direitos humanos. *Saúde debate*. Rio de Janeiro, v. 37, n. 98, jul./set., 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042013000300014>. Acesso em: 14 jul. 2015.

no método de concretização desses princípios; e por isso, teriam um caráter instrumental, seriam mais estáticas, de modo que não há colisão entre regras, pois somente uma será aplicável ao caso concreto.⁵⁴

A colisão de princípios, entretanto, se dá pela ideia de que princípios constituem “mandamentos de otimização”, ou seja, não possuem precedência jurídica absoluta uns sobre os outros, mas devem ser realizados na maior medida possível, e a colisão surge justamente no momento em que mais de um princípio se aplique ao caso concreto.⁵⁵ Essa visão surge do pensamento de Alexy que, entretanto, não sugere que a não aplicação em maior medida de um princípio ao caso concreto signifique dizer que ele seja inválido, mas apenas que um deles exerce prevalência sobre os demais em determinado caso.⁵⁶

Assim, poder-se-ia inferir que, ao se falar em casos difíceis, trata-se de uma dificuldade relacionada ao “modo de ser-no-mundo” desse caso, então não seria possível resolvê-lo através da simples subsunção de uma norma, ou seja, pela aplicação de regras, devendo-se realizar uma ponderação entre princípios fundamentais envolvidos. Por outro lado, os casos fáceis estariam justamente relacionados a essa aplicação da regra, já que se ela é válida, simplesmente se aplica ou não ao caso concreto.⁵⁷

Partindo-se, assim, ao modelo de solução do conflito de princípios fundamentais sugerido por Alexy, surge a ponderação de princípios através da proporcionalidade como uma regra (com base na diferenciação entre regra e princípio do autor), “de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental [...] implica a restrição de outro direito fundamental”.⁵⁸

⁵⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1. 2003, p. 607-630.

⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1. 2003, p. 607-630.

⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 182-183.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed., rev. mod. ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 306-310.

⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. 2002, p. 23-50.

A ponderação, para Alexy, é a forma com que se aplicam os princípios. A necessidade de sua realização nasce das razões fortes que obstam a tomada de uma decisão, dificultando a resolução do conflito por existirem “outras razões que exigem *prima facie* outra decisão” e essas razões são os princípios, com isso se quer inferir que: se cada um dos princípios for aplicado isoladamente, de cada solução se terá um resultado incompatível com o outro.⁵⁹

Para que a ponderação entre princípios se dê de uma forma racional, se faz necessária a utilização de parâmetros metodológicos que confirmem de forma coerente o resultado a que se chegou. Para isso surge a proporcionalidade, entendida como a forma de viabilizar a otimização dos princípios, sendo aplicada através de três regras principais: a adequação e a necessidade (de determinados princípios frente à realidade fática), e a proporcionalidade em sentido estrito que avalia as possibilidades normativas para a relativização do princípio.⁶⁰

Conforme pontua Silva, as três sub-regras da regra da proporcionalidade devem ser analisadas de acordo com a ordem em que foram dispostas acima. Assim, não é necessário que se faça a análise de cada elemento para se chegar a um determinado resultado. Logo, caso se verifique a adequação do princípio ao caso, não será imperioso realizar a análise da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. A análise desse último, via de regra, só ocorre em casos mais complexos.⁶¹

Pela verificação da adequação, será avaliado se o meio escolhido está apto, se é idôneo, e se possui o nível de eficácia desejada para se alcançar determinado resultado.⁶² Mais do que alcançado, que o objetivo seja fomentado, nas palavras de Silva. Ainda para este autor, a

⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p.146-149; 263.

⁶⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. PRINCÍPIOS, REGRAS E A FÓRMULA DE PONDERAÇÃO DE ALEXY: um modelo funcional para a argumentação jurídica?. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 54, p. 76-107, jan./ mar. 2006. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000150e790e5f5e2db7eb7&docguid=I7314f720f25511dfab6f010000000000&hitguid=I7314f720f25511dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=99&context=16&startChunk=1&endChunk=1#DTR.2006.742-n11>>. Acesso em: 31 out. 2015.

⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. 2002, p. 34-35.

⁶² TERRON, Letícia Lourenço Sangaletto. **Colisão de direitos fundamentais: direito à vida e direito à liberdade**. 2007. 107f. Dissertação de Mestrado (Mestre em Direito), Programa de pós-graduação em Direito. Centro Universitário de Toledo. Araçatuba, 2007. p. 70-71. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp039741.pdf>>. Acesso em: 22 de mar. 2015.

necessidade está relacionada à limitação de um direito fundamental através de um ato estatal “[...] caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”.⁶³ Nesse caso, se analisa quais as possibilidades que resultam em menor prejuízo para o indivíduo.⁶⁴

A proporcionalidade em sentido estrito busca avaliar a “[...] intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”. Para que uma medida seja considerada desproporcional, basta que ela não tenha peso suficiente a justificar a restrição do direito fundamental atingido.⁶⁵ Nesse momento, portanto, se verificará a inconstitucionalidade da lei que vai contra outra, contaminando outro direito.⁶⁶

Entretanto, para Streck, a ponderação não exclui a discricionariedade, dessa forma é ao que Alexy destinava realizar ao propor as teorias da argumentação jurídica, para Streck, não existe propriamente a diferenciação entre regras e princípios anteriormente abordadas, ou seja, não se vale de princípios apenas quando não é possível se aplicar uma regra. As regras estão envolvidas por princípios. E sobre os princípios não cabe uma colisão, posto que todas as normas devem ser interpretadas de maneira a compreendê-las no caso em que serão aplicadas através da hermenêutica jurídica. Assim, a ponderação em realidade serviria tão somente de justificação para uma escolha de um “princípio” capaz de fundamentar a questão da maneira já escolhida pelo intérprete.⁶⁷

⁶³ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. 2002, p. 36-38.

⁶⁴ TERRON, Letícia Lourenço Sangaletto. **Colisão de direitos fundamentais**: direito à vida e direito à liberdade. Centro Universitário de Toledo, Araçatuba, 2007. Dissertação de Mestrado (Mestre em Direito.), Programa de pós-graduação em Direito, p. 70-71. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp039741.pdf>>. Acesso em: 22 de mar. 2015.

⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. 2002, p. 41-42.

⁶⁶ TERRON, Letícia Lourenço Sangaletto. **Colisão de direitos fundamentais**: direito à vida e direito à liberdade. Centro Universitário de Toledo, Araçatuba, 2007. Dissertação de Mestrado (Mestre em Direito.), Programa de pós-graduação em Direito, p. 70-71. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp039741.pdf>>. Acesso em: 22 de mar. 2015.

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed., rev. mod. ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 235-251.

Por outro lado, ainda que se entenda pela existência de colisão de princípios na discussão a respeito do aborto, aplicando-se assim a regra da proporcionalidade de Alexy, esse fato não afasta a realidade de que já exista uma regra no ordenamento jurídico Brasileiro que proíba a prática. No entanto, foi possível, no decorrer da presente pesquisa, perceber claramente que essa proibição acaba gerando impactos na saúde pública e no exercício da autonomia de milhares de mulheres, fatos esses que contribuem sobremaneira para a manutenção do debate, impondo a necessidade de ampliação da discussão acerca da proteção que deva ser conferida ao feto e à mulher, e a que vida se quer proteger. Diante dessa indagação, mostra-se imperioso a continuidade do debate e da pesquisa, na busca de um aprofundamento teórico, a fim de proporcionar uma concepção mais evoluída sobre o tema, de modo a, de fato, propiciar dignidade a todas e a todos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o objetivo de abordar os direitos defendidos para a mulher, trabalham-se os danos da ocorrência do abortamento para a saúde pública, extraindo-se que os gastos com procedimentos decorrentes de abortos mal feitos superam os gastos que seriam destinados a um programa de abortamento adequado, que resultaria numa maior proteção da mulher, menos sujeita ao risco de morte.

No que diz respeito ao direito de liberdade de escolha da mulher, mais precisamente o direito à autonomia de vontade, é interessante a conclusão de que esse é o direito que permite à pessoa realizar suas escolhas de acordo com suas crenças, ou seja, no caso de se ter uma restrição por alguma prática em razão de crença religiosa, o indivíduo é livre para se negar a realizá-la, enquanto que, no caso contrário, a pessoa não fica impedida de realizar a sua vontade, independentemente do que determinado grupo entende por ser o moralmente correto.

Derivado do direito à autonomia, trabalha-se o direito ao planejamento familiar, garantido constitucionalmente a fim de permitir à mulher, ao homem ou ao casal, decidir livremente sobre a formação de sua família, sobre quantos filhos desejam ter em que espaço de tempo, de acordo com as possibilidades afetivas e financeiras de que dispõem e entendem ser as melhores para constituir família. Diante disso, pressupõe-se um aconselhamento estatal acerca das possibilidades de planejamento, como o uso de contraceptivos, laqueadura, entre outros procedimentos.

Na busca por uma possível solução entre o conflito instaurado, aborda-se um método utilizado para a ponderação de direitos fundamentais em conflito, que é a proporcionalidade, por meio da qual se efetua o embate entre esses direitos através da análise de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito de cada um ao caso concreto. Tem-se que, embora o método possibilite uma análise aprofundada da temática, ainda está sujeita à discricionariedade do aplicador.

Ponto que permanece controvertido surge da análise de votos proferidos por alguns julgadores dos casos emblemáticos analisados no presente trabalho, em que se afirma o sofrimento da mulher que gesta um feto portador de grave anomalia fetal, que sofre ao gestar um ser que não sobreviverá por tempo suficiente, o que lhe causa distúrbios e temores. O mesmo sofrimento se entende que passam as mulheres vítimas de violência sexual. Entretanto, não se admite a possibilidade de uma mulher que afirma querer abortar, não ter desejo de gerar uma prole, passar pelo mesmo sofrimento.

Por fim, ressalte-se que o objetivo do presente estudo não foi apresentar uma possível solução ao tema, mas sim compreendê-lo como um assunto que não se restringe à afirmação de posicionamentos contrários ou favoráveis, posto que é repleto de nuances que sequer foram esgotadas nessa abordagem. Mas, frente ao temeroso impacto social e na vida íntima de mulheres que, no desespero, podem ser vítimas do descaso, urgem de um necessário debate aprofundado e crítico a respeito da promoção da saúde e dos direitos fundamentais das mulheres, em relação aos quais o Estado brasileiro firmou compromisso em vivificar, em diversos pactos internacionais.

REFERÊNCIAS

ACAYABA, Cíntia. Conselho de Medicina defende liberação do aborto até a 12ª semana: entidade vai enviar parecer à comissão do Senado que reforma Código: pelo texto atual, aborto só é permitido em caso de risco à saúde e estupro. **G1 Política**, Brasília, 21 mar. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/03/medicos-defendem-liberacao-do-aborto-ate-12-semana-de-gestacao.html>>. Acesso em: 02 ago. 2015

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

ANJOS, Karla Ferraz dos, et. al. Aborto e saúde pública no Brasil: reflexões sob a perspectiva dos direitos humanos. **Saúde debate**. Rio de Janeiro, v. 37, n. 98, jul./set., 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042013000300014>. Acesso em: 14 jul. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher**: princípios e diretrizes. Brasília, 2004. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2007/politica_mulher.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. **Atenção humanizada ao abortamento**: norma técnica. 2. ed. Brasília: 2011. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento_norma_tecnica_2ed.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Política de Saúde. **Assistência em Planejamento Familiar**: manual técnico. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/0102assistencia1.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator Ministro Ayres Britto. Data do julgamento: 29/05/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54**. Relator Ministro Marco Aurélio. Data do julgamento: 12/04/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>. Acesso em 12 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23.452-1**. Impetrante: Luiz Carlos Barreti Júnior. Impetrado: Presidente da comissão parlamentar de inquérito. Relator: Ministro Celso de Mello. Data do julgamento: 14/06/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. PRINCÍPIOS, REGRAS E A FÓRMULA DE PONDERAÇÃO DE ALEXYY: um modelo funcional para a argumentação jurídica?. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 54, p. 76-107, jan./ mar. 2006. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000150e790e5f5e2db7eb7&docguid=I7314f720f25511dfab6f010000000000&hitguid=I7314f720f25511dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=99&context=16&startChunk=1&endChunk=1 #DTR.2006.742-n11>>. Acesso em: 31 out. 2015.

CONTI, Paulo Henrique Burg. **Aborto eugênico**: aspectos jurídicos e jurídico-penais em face da Constituição Federal. Criciúma: UNESC, 2012.

CUNHA, Eduardo. **Projeto de Lei Câmara dos Deputados nº 5.069 de 27 de fevereiro de 2013**. Acrescenta o artigo 127-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. – Código Penal. Brasília: 2013. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5D09E657AE19AA5FF011C8614F815FE3.proposicoesWeb1?codteor=10611_63&filename=PL+5069/2013>. Acesso em: 22 de setembro de 2015.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

EMMERICK, Rulian. **Corpo e Poder: Um Olhar Sobre o Aborto à Luz dos Direitos Humanos e da Democracia**. Dissertação de Pós-Graduação strictu sensu em Teoria do Estado e Direito Constitucional (Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp063091.pdf>>. Acesso em: 22 de mar. 2015.

FARAH, Eliseu. Planejamento Familiar. **Revista de Direito de Família e Sucessões**, v. 2, p. 45-68, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&sr c=rl&srguid=i0ad60079000001507c97713959a704c3&docguid=l6d4e24508b3611e480ac010000000000&hitguid=l6d4e24508b3611e480ac010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=15&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 30 set. 2015.

FREIRE, Nilcéia. Aborto seguro: um direito das mulheres? **Cienc. Cult**, v. 64, n. 2, abr./ jun. 2012. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252012000200013&script=sci_arttext>. Acesso em: 14 jul. 2015.

HIRATA, Helena et. al. (Orgs.). **Dicionário crítico do feminismo**. São Paulo: Editora da Unesp, 2009.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS Leonardo (Coor.), SCHLINK, Bernhard. **Bioética à luz da liberdade científica: Estudo de Caso Baseado na Decisão do STF Sobre a Constitucionalidade da Lei de Biossegurança e no Direito Comparado Alemão**. São Paulo: Atlas. 2014.

MENDES, Soraia da Rosa. Os direitos fundamentais das mulheres à autodeterminação e à proteção como limites ao poder punitivo - Reflexões sobre a criminalização do aborto no projeto de novo Código Penal e sobre a proibição de proteção deficiente no Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v.7, n.25, jan./ abr. 2013.

MIETH, Dietmar; MIETH, Irene. Consideramos necessário conectar a defesa do feto com a defesa da mulher. **Revista do Instituto Humanitas Unisinos**. São Leopoldo, 219. ed., 14 mai. 2007. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=924&secao=219>. Acesso em: 13 ago. 2015. Entrevista concedida ao IHU On-Line.

NACIF, Eleonora Rangel. Aborto, desejo e autodeterminação feminina. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 236, p. 16-17, jul. 2012.

NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres**. 1979. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10233.htm>. Acesso em: 24 out, 2015.

NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento**. Cairo, 1994, p. 31-32. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2015.

NICOLAO, Hamilton Pessota. Direitos fundamentais: princípio da dignidade da pessoa humana frente a autonomia privada nas relações entre particulares. **Direito e Justiça**: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 36, n. 2, p. 123-143, jul. /dez. 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Proclamação de Teerã.

Conferência de Direitos Humanos. Teerã, 1968. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Confer%C3%AAncias-de-C%C3%BApula-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-sobre-Direitos-Humanos/proclamacao-de-teera.html>>. Acesso em: 3 out. 2015.

PIRES, Teresinha Inês Teles. O princípio da segurança jurídica e o direito da mulher à saúde reprodutiva: uma análise acerca do dever do Estado na prestação de assistência à saúde física e mental da mulher no contexto da ilegalidade do aborto. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.51, n.201, jan./mar. 2014.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Observações sobre o movimento codificador no Brasil e a questão das liberdades pessoais da mulher no aborto. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n.263, p. 17-18, out. 2014.

SANTOS, Vanessa Cruz. et. al. Criminalização do aborto no Brasil e implicações à saúde pública. **Revista Bioética**. vol. 21, n. 3, 2013. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/778/933>. Acesso em: 21 ago. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed., rev. e atual. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Danúbia Cantieri. A tutela constitucional da vida embrionária: a ADIn 3.510 à luz do ativismo judicial. **Revistas dos Tribunais Sul**. v. 8, nov./dez. 2014, 143-175. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000014dcabf79c2429dbe8b&docguid=la0140860874811e4ac6e010000000000&hitguid=la0140860874811e4ac6e0100000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1**. 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed., rev. mod. ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 306-310.

TAVARES, Silvana Beline. **A despenalização/descriminalização como estratégia dos movimentos feministas nas lutas pela legalização do aborto em Portugal e no Brasil**. 2008, p. 160. Tese (Doutorado em Sociologia). Universidade Estadual Paulista - UNESP. Araraquara, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp073383.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2015.

TERRON, Letícia Lourenço Sangaletto. **Colisão de direitos fundamentais**: direito à vida e direito à liberdade. 2007. 107f. Dissertação de Mestrado (Mestre em Direito), Programa de pós-graduação em Direito. Centro Universitário de Toledo. Araçatuba, 2007. p. 70-71. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp039741.pdf>>. Acesso em: 22 de mar. 2015.

TORRES, José Henrique Rodrigues. Aborto inseguro: é necessário reduzir riscos. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**. Out. 2010, v. 5, p. 521. Disponível em: <www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sr_guid=i0ad600790000014fe7436227c90dd2ea&docguid=le996ef60f25111dfab6f010000000000&hitguid=le996ef60f25111dfab6f010000000000&spo_s=1&epos=1&td=1&context=22&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 27 jul. 2015.

VATICANO. **Carta do Papa Francisco com a qual se concede a indulgência por ocasião do Jubileu Extraordinário da Misericórdia**. 2015. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/letters/2015/documents/papa-francesco_20150901_lettera-indulgenza-giubileo-misericordia.html>. Acesso em: 15 set. 2015.

VENTURA, Miriam. A mortalidade materna: a persistente violação do direito de proteção da vida e autonomia feminina. **Revista Bioética**, v. 16, n. 2, 2008, p. 217-228. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/69/72>. Acesso em: 06 jun. 2015.

o problema do “livre convencimento judicial” diante do direito fundamental à adequada valoração da prova: perspectivas à luz do estado democrático de direito

Juliane de Moraes

Acadêmica do Curso de Direito
da Universidade Feevale.

E-mail: julianedemoraes@gmail.com.

Igor Raatz dos Santos

Doutor e mestre em Direito pela UNISINOS.
Especialista em Direito Processual Civil pela
Academia Brasileira de Direito Processual
Civil. Membro do Instituto Iberoamericano
de Derecho Procesal. Parecerista ad hoc
da Revista de la Facultad de Derecho do
Uruguay – UDELAR. Editor da Revista Temas
Atuais de Processo Civil. Professor em cursos
de pós-graduação em direito processual
civil na PUCRS, UNOESC-SC, IMED Passo
Fundo e Florianópolis, UNIVATES e UNISC.
Professor convidado da UNISINOS, do
Ministério Público do Estado do Rio Grande
do Sul e da Escola Superior da Advocacia
– OAB/RS. Professor da Universidade
FEEVALE. Advogado.

E-mail: igorraatz@gmail.com.

INTRODUÇÃO

É sabido que o processo não lida com fatos brutos, mas, sim, com enunciados acerca do que, em princípio, teria ocorrido faticamente. Tais enunciados fáticos, no entanto, têm por característica constituírem-se como definições linguísticas definidas pelas partes e pelo juiz, o que pressupõe a eleição de uma descrição do fato entre um número infinito de outras possíveis descrições¹. Diante desse quadro, que denota a inexorável ligação entre o fato (que nunca é um fato bruto e carente de significação linguística) e o processo, já se chegou a apontar que o papel do juiz é semelhante ao de um historiador², pois visa a reconstruir e avaliar os fatos passados, com a finalidade de obter o máximo possível de certeza no presente³. Embora não seja possível levar às máximas consequências o paralelo entre o juiz e o historiador, o que se deve, justamente, ao fato de o processo lidar com narrativas a respeito de fatos e, portanto, com construções linguísticas, não se pode olvidar o relevante papel que a prova, no meio de tudo isso, desempenha no processo.

O modelo constitucional de processo consagra, nesse sentido, um verdadeiro *direito fundamental à prova*, o qual integra o direito de acesso à justiça, decorre do contraditório e visa a influir no convencimento do juiz⁴. Referido direito confere às partes o direito de produzir as provas que sejam admissíveis, pertinentes e relevantes para a causa⁵, motivo pelo qual não pode ser confundido com o juízo de valoração da prova. Dito de

¹ TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 19-20.

² CALAMANDREI, Piero. El juez y el historiador. **Estudios sobre el proceso civil**. Buenos Aires> EJEA, 1945, p.108.

³ Conforme Dellepiane, “tal analogia radicaria na identidade de fins, uma vez que a história também se propõe também estabelecer fatos pretéritos, mostrando e explicando como passaram as coisas no passado” (DELLEPIANE, Antonio. **Nova teoria general de la prueba**. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1919, p. 24). Segue essa mesma linha, MICHELE, Gian Antonio. Teoria geral da prova. **Revista de processo**. v. 3, jul. 1976, p. 161. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. v. 4, out. 2011, p. 25. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000148e27ef1388c50c3c3&docguid=Id6cbd9f0f25511dfab6f010000000000&hitguid=Id6cbd9f0f25511dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=2&context=31&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 05 out. 2014. p. 6.

⁴ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. volume I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 469. No mesmo sentido, CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2001, (Temas atuais de direito processual civil, 3), p. 44.

⁵ PICÓ I JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: J.M. Bosch, 1997, p. 154-155.

outro modo, viola o direito fundamental à prova a decisão judicial que, diante de prova admissível, pertinente e relevante, indefere a sua produção por considerá-la desfavorável à parte que postula a sua produção. O juízo acerca do direito à prova, portanto, deve pautar-se por sua necessidade e utilidade, e não pela visualização se ela será favorável ou não ao requerente⁶. Não se pode inverter o momento da admissibilidade, pertinência e relevância da prova com o da sua valoração⁷.

Essa forma de enxergar o direito à prova, autonomizando-o diante da valoração da prova produzida, é de grande valia, seja para que o direito à prova tenha o seu conteúdo mínimo respeitado, acabando-se com a ideia equivocada de que a prova é do juízo, e não do processo⁸, seja para que se possa explorar com mais atenção a problemática que envolve a valoração da prova no processo civil. A confusão entre os dois planos (admissibilidade/adequação da prova e valoração), sem dúvida, prejudica o debate a respeito da valoração da prova e de todas as questões que lhe são subjacentes.

Diante dessa perspectiva, o presente ensaio visa discutir o problema da valoração da prova no processo civil, abordando, inicialmente, algumas questões pontuais relativas aos “sistemas de valoração da prova”, para, em um segundo momento, problematizar a questão do “livre convencimento” à luz de possíveis alternativas criadas pelos chamados “modelos de constatação da prova”. Não se pretende esgotar o tema, mas, tão somente, contribuir para o debate acadêmico a respeito da matéria.

⁶ BUZAID, Alfredo; Processo e verdade no direito brasileiro. **Revista de processo civil**. v. 47, jul. 1987, p. 92. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. v. 1, out. 2011, p. 751. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000148dcef18f0af48bb74&docguid=I3959d7b0f25711dfab6f01000000000&hitguid=I3959d7b0f25711dfab6f01000000000&spos=5&epos=5&td=11&context=34&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 04. out. 2014. p. 4.

⁷ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p. 21.

⁸ Conforme Sentis Melendo, “la prueba no puede ser de una parte ni para una parte; ni para el juzgador. La prueba es para el proceso” (MELENDO, Santiago Sentis. Naturaleza de la prueba la prueba es libertad. **Doutrinas essenciais de Direito Civil**. v. 5, out. 2010, p. 1303. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000148dcfc7fd2f0c18d2c&docguid=lbe6e7e20682011e181fe000085592b66&hitguid=lbe6e7e20682011e181fe000085592b66&spos=1&epos=1&td=1&context=41&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 04 out. 2014. p. 05).

1 O PROBLEMA DA VALORAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO CIVIL E O ARTIFICIALISMO DOS “SISTEMAS DE VALORAÇÃO”

Não se pretende, aqui, aprofundar a questão dos sistemas de valoração da prova, mas, sim, apontar o seu desenvolvimento, iniciando por uma perspectiva crítica, suficiente, capaz de desvelar o artificialismo das construções teóricas realizadas a partir de tais sistemas. Para tanto, é importante deixar claro que a questão da valoração da prova está associada ao problema da verdade no processo civil, cujo estudo, em razão da sua complexidade, escapa dos estritos limites deste ensaio. De qualquer modo, mesmo sem um maior aprofundamento acerca da questão da “verdade” no processo, é indispensável que se tenha presente a seguinte premissa: muitas das questões subjacentes aos sistemas de valoração da prova dizem respeito a uma determinada concepção de mundo traçada a partir de certos marcos filosóficos.

Isso se mostra quando se procura distinguir dois possíveis modos de encarar a questão da prova e da verdade no processo, quais sejam, o modelo *demonstrativo* e o *modelo argumentativo* de prova. Nesse sentido, cabe referir que o denominado modelo *demonstrativo* começou o seu desenvolvimento a partir do século XIII, com o declínio da tradição retórica e o desenvolvimento de um conceito de provável sobre bases objetivas⁹. O desenvolvimento desse modelo de prova como demonstração atravessa o medievo e vai ganhar cada vez mais fôlego com o advento da modernidade, que traz consigo uma forma de pensar centrada na “insularidade do sujeito”¹⁰. No campo jurídico, a “lógica aristotélica” é superada pelo *modo geométrico*, e “o processo, de uma disciplina que estuda verdades ‘prováveis’, torna-se, pelo menos tendencialmente, uma ciência das verdades ‘absolutas’”¹¹.

⁹ ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial**. Tomo I. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1970, p. 67.

¹⁰ GROSSI, Paolo. **Dalla società di società alla insularità dello Stato fra medioevo ed età Moderna**. *Revista sequência*, n. 55, p. 9-28, dez. 2007, p. 24.

¹¹ PICARDI, Nicola. Do juízo ao processo. **Jurisdição e processo**. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 53.

Referido modelo impõe uma cisão entre o mundo fático e o mundo jurídico, conferindo ao “mundo fático” uma autonomia total. Seu ponto central está na apreensão do mundo fenomênico, a denominada “*verdade real*” ou “*verdade total*”¹², compreendida como “*a verdade, quanto aos fatos, existe sempre que a ideia que o juiz forma a respeito deles coincide exatamente com a realidade*”¹³. Essa adequação entre o juízo e a realidade que perpassa o modelo demonstrativo reforça o subjetivismo do julgador, pois passa a considerar que a realidade tem por fundamento o sujeito. Trata-se de um modo de encarar o mundo próprio da modernidade, em que se tem transportada a questão do fundamento para o sujeito. Nesse contexto, o homem vai procurar unicamente em si mesmo uma base segura e um ponto de partida para o conhecimento filosófico¹⁴. Entra em cena a questão do método, como caminho seguro para obtenção da verdade¹⁵. A cisão entre sujeito e mundo fica cada vez mais latente e a busca por um fundamento absoluto encontra no sujeito o elemento limitador do conhecimento. A análise, a observação e o cálculo, ativados por qualquer indivíduo em direção a algum objeto, conferem ao indivíduo o estatuto de *subjectum*, sujeito, fundamento do seu saber resultante do seu esforço de entendimento¹⁶.

O avesso desse modelo é o *argumentativo*. Nele duvida-se da cisão entre o mundo dos fenômenos e o mundo jurídico¹⁷. Prevalece, aqui, a ideia de prova como *argumentum* e rechaça-se a separação entre fato e direito, desconhecendo-se a autonomia do primeiro, porque não é concebido

¹² KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p.11-12.

¹³ DELLEPIANE, Antonio. **Nuva teoria general de la prueba**. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1919, p. 44.

¹⁴ ROHDEN, Luiz. **Interfaces da hermenêutica: método, ética e literatura**. Caxias do Sul, RS: Educus, 2008, p. 66. Conforme Stein “quando, no começo da metafísica moderna, é procurado um *fundamentum inconcussum e absolutum*, que como ente verdadeiro bate para fundamentar a essência da verdade, com o sentido de *certitudo cognitionis humanae*, então se pergunta por um *subiectum*, que, em qualquer representação e para qualquer representação já subjaz e que, na esfera da representação indubitável, seja o constante subsistente, então surge a subjetividade humana como sendo este fundamento” (STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 99).

¹⁵ ROHDEN, Luiz. **Interfaces da hermenêutica: método, ética e literatura**. Caxias do Sul, RS: Educus, 2008, p. 73.

¹⁶ SCHNEIDER, Paulo Rudi. Experiência e linguagem. **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método / Alexandre Morais da Rosa... [et. al.]; organizadores Ernildo Stein, Lenio Streck**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 26.

¹⁷ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p.11-12.

separado do último como *ratio artificialis*.¹⁸ A ênfase que se dá à reconstrução dos fatos para o modelo *persuasivo* assenta-se no diálogo, na medida em que eles não existem como um dado de conhecimento externo e objetivo¹⁹. Tal modo de pensar a prova é o que melhor se relaciona com o paradigma da linguagem (filosofia hermenêutica e hermenêutica filosófica) visto que rompe com a visão mundo fenomenológico e processo.

O problema da valoração da prova, independentemente do modelo de prova (demonstrativo ou argumentativo) sempre constituiu uma constante preocupação. Exemplo disso é o surgimento do *sistema da prova legal*, o qual, embora estivesse nitidamente atrelado ao modelo demonstrativo de prova, tinha o objetivo de assegurar a certeza, a economia e a agilidade da investigação, impondo ao juiz uma lógica oficial e abstrata para frear a arbitrariedade²⁰. Referido sistema, no entanto, mostrou-se incapaz de lidar com o problema, ao mesmo tempo em que conferia ao legislador a possibilidade de tarifar a prova, pré-valorando os meios de prova distante do caso concreto. Trata-se de um sistema em que, em tese, as provas não deveriam ser propriamente pesadas, mas sim contadas pelo magistrado, representando “um sistema de ‘valoração numérica’ ou ‘aritmética’ e, portanto, absolutamente mecânica das provas”. Sendo assim, nesse sistema de valoração cada prova tem um valor legal a ela atribuído, valor este que é imutável e constante.²¹

Esse sistema de tarifação legal representa excessos repugnantes a uma nova visão de direito, e por consequência, está praticamente extinto das codificações contemporâneas²². Entretanto, apesar de sua repulsa, ainda assim é possível observar seus resquícios no ordenamento brasileiro, e exemplo disso é a previsão constante no art. 345, inciso III, e no art. 447 do Novo Código de Processo Civil²³.

¹⁸ ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial**. Tomo I. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1970, p. 67.

¹⁹ GIULIANI, Alessandro. **Il concetto di prova**: contributo alla logica giuridica. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1971, p. 231.

²⁰ ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial**. Tomo I. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1970, p. 68.

²¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, v. 1, p. 348.

²² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 154.

²³ GRECO, Leonardo. A prova no processo Civil: Do código de 1.973 ao novo código civil. **Revista Scientia Iuris**. Londrina, v. 5/6, 2001/2002. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/viewFile/11161/9908>>. Acesso em: 04 out. 2014. p. 107.

Contrapõem-se ao sistema da prova legal os sistemas da livre valoração da prova e da persuasão racional, os quais são, para Sentis Melendo, duas faces da mesma moeda, não se tratando, pois, de sistemas distintos²⁴. Através do sistema do livre convencimento acredita-se que as provas devem ser valoradas livremente pelo juiz, sendo ele soberano para formar sua convicção, inclusive em impressões pessoais, a respeito dos fatos da causa²⁵, sem quaisquer regras apriorísticas pautadas em sinais concretos de veracidade²⁶, não havendo, então, qualquer limitação quanto aos meios de prova, origem ou qualidade desta, na qual o juízo deva se sub-rogar²⁷. Em suma, o livre convencimento pressupõe um sistema de valoração segundo o qual o juiz tem o poder discricionário da valoração probatória, estabelecendo sua credibilidade ou não, bem como fixando conclusões decadenciais sobre a veracidade das alegações fáticas formuladas²⁸.

Costuma-se referir que o direito brasileiro adota o sistema da *persuasão racional*, uma espécie de versão intermediária do sistema do livre convencimento, uma vez que, embora a prova, para ele, não tenha um valor prévio, a liberdade do juiz para valorá-la deve respeitar o dever de fundamentação das decisões judiciais, o que garantiria um melhor controle da arbitrariedade das decisões prolatadas frente aos demais métodos conhecidos²⁹. Ocorre que a sustentação de um Estado Democrático cai por terra se, quando diante dos mais elevados direitos fundamentais,

²⁴ MELENDO, Santiago Sentis. Naturaleza de la prueba la prueba es libertad. **Doutrinas essenciais de Direito Civil**. v. 5, out. 2010, p. 1303. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000148dcfc7fd2f0c18d2c&docguid=lbe6e7e20682011e181fe000085592b66&hitguid=lbe6e7e20682011e181fe000085592b66&spos=1&epos=1&t d=1&context=41&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 04 out. 2014. p. 05 - 06.

²⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, v. 1, p. 349 - 350.

²⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual: Quarta série**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 154.

²⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, v. 1, p. 350.

²⁸ TARUFFO, Michele. In: GOMERO, Santiago Ortega Gomer (Dir.). **Proceso, prueba y estándar**. 2. ed. Perú: ARA Editores, 2009, p. 41.

²⁹ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2001, (Temas atuais de direito processual civil, 3), p. 45.

o julgador tiver livre convencimento, podendo apreciar livremente a prova, em busca de uma verdade que ele considera real³⁰, se também a fundamentação quanto à valoração da prova não for objeto de controle.

Com efeito,

é necessário que se leve em conta não somente os meios de convicção que os sistemas probatórios atuais oferecem ao juiz, mesmo em relação à evolução da tecnologia moderna, mas, também, as possibilidades que estes sistemas dão às partes para que estas controlem a maneira através da qual se forma o convencimento.³¹

Nessa senda, o julgador não é livre para formar sua convicção. Sua “liberdade” deve ser exercida com reponsabilidade e mais do que isso deverá necessariamente cumprir o dever de motivar sua decisão, através da explicação quanto à valoração do material probatório constante nos autos traçando, ainda, um comparativo entre estas provas e as alegações sustentadas pelas partes³². Além disso, a fundamentação deverá levar em consideração os argumentos das partes na formação da prova, respeitando-se, assim, o princípio do contraditório. Afinal, “não haveria qualquer sentido em assegurar a participação ativa das partes na atividade probatória se, no momento da decisão, o juiz pudesse ignorar as provas produzidas”.³³

Nessa seara, Leonardo Greco também, indiretamente, reconhece no contraditório, a legitimação social que tratou Cambi, isso porque afirma que através desse diálogo humano interativo é possível extrair um particular modo de controle de escolhas e inferências do julgador,

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. Como assim: “cada um analisa de acordo com seu convencimento”? **Revista consultor jurídico – CONJUR**. Coluna Senso Incomum, 15 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-15/lenio-streck-assis-cada-analisa-acordo-convencimento>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

³¹ MICHELE, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. A prova. **Revista de processo**. v. 16, out. 1979, p. 155. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. v. 4, out. 2011, p. 51. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000148a3ca77937cd0f667&docguid=lc4568270f25511dfab6f01000000000&hitguid=lc4568270f25511dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=4&context=9&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 23 set. 2014. p. 1 e 2.

³² CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2001, (Temas atuais de direito processual civil, 3), p. 48 - 49.

³³ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2001, (Temas atuais de direito processual civil, 3), p. 180 - 181.

através do qual as próprias partes oferecem subsídios densos e razoáveis para auxiliar o julgador na tarefa de raciocínio lógico e valorativo dos elementos probatórios constantes nos autos, que por consequência, atenderá, facilmente, aos requisitos constitucionais, os quais exigem que “o livre convencimento seja formado através de critérios aceitáveis para todos e não apenas para o juiz”.³⁴

Sucedede que, diante de todas as considerações até aqui tecidas, não torna impossível que dois julgadores distintos cheguem a diferentes decisões quando se depararem com o mesmo caso, entretanto, a possibilidade de conclusões diferentes não a tornam incorreta, visto que no processo não se tem um grau tão alto de certeza que possa se excluir essa hipótese.³⁵ Nesse ínterim, é necessário ponderar, que apesar de ainda se enfrentar essa problemática da subjetividade mínima através do sistema da persuasão racional, já se tem um mecanismo baseado na razão, e, é melhor que se assuma o risco de, “a partir de um juízo racionalizado da verdade, constatar a ocorrência de causas infundadas” do que assumir o perigo de entregar os fatos à total discricionariedade do livre convencimento do julgador e estar, indiretamente, fomentando injustiças injustificadas.³⁶

Tudo isso evidencia uma possível precariedade no sistema da persuasão racional da prova. Nesse intervalo, Danilo Knijnik traça um rápido comparativo entre as diversas regras existentes, cujo intuito é limitar a arbitrariedade do juiz na seara procedimental, e as carentes limitações estabelecidas com o escopo de limitação deste mesmo julgador no âmbito da formação de juízo fático, constatando que “faz-se sobremaneira necessário um sistema conceitual melhor estruturado, valendo anotar-se que o só fato de a decisão ser fundamentada longe está de garantir que o juízo de fato se tenha adequadamente formalizado”³⁷.

³⁴ GRECO, Leonardo. A prova no processo Civil: Do código de 1.973 ao novo código civil. *Revista Scientia Iuris*. Londrina, v. 5/6, 2001/2002. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/viewFile/11161/9908>>. Acesso em: 04 out. 2014. p. 106.

³⁵ JOLOWICZ, John Anthony. Justiça substantiva e processual no processo civil: Uma avaliação do processo civil. *Revista de processo*. v. 135, mai. 2006, p. 161. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000148e26a76d214984535&docguid=lbe511ba0f25611dfab6f010000000000&hitguid=lbe511ba0f25611dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=15&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 05 out. 2014. p. 02.

³⁶ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2001, (Temas atuais de direito processual civil, 3), p. 68.

³⁷ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p. 193-194

A partir desse contexto, no próximo item se objetivará aprofundar mais a questão do problema da valoração da prova, discutindo as alternativas que vêm sendo traçadas em sede doutrinária para tanto.

2 O PROBLEMA DA ADEQUADA VALORAÇÃO DA PROVA DIANTE DA TEORIA DOS MODELOS DE CONSTATAÇÃO

A necessidade de conferir melhor controle no que tange à valoração da prova, exigindo-se uma *adequada valoração da prova*, é corolário do Estado Democrático de Direito e pauta-se fundamentalmente no fato de o direito estar intrinsecamente vinculado a questões fáticas, devendo o judiciário primar pela criação de mecanismos de vinculação e controle com o intuito de evitar o arbítrio judicial quando da reconstrução fática,³⁸ até porque, como lembrou Lenio Streck, “se acreditamos que o direito é, ao fim e ao cabo, o que os juízes dizem que é, então só nos resta torcer para que nossa causa caia na mão daquele cujo perfil não seja contrário à causa que defendemos”.³⁹

Tudo bem que ao fim e ao cabo, o poder judiciário não tem outro instrumento para perfectibilizar a prestação jurisdicional que não seja o homem, entretanto não se pode esconder atrás deste fato e utilizá-lo como escusa para associar o livre convencimento deste à inexistência de regras aptas a subtrair-lhe o arbítrio, justificando nisso a inércia na providência de um aparato conceitual mínimo, como o que se visualiza na atualidade.⁴⁰

³⁸ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p.16.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. Heróis, soldados, minimalistas ou mudos? São estes os perfis dos juízes? **Revista consultor jurídico – CONJUR**. Coluna Senso Incomum, 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-12/senso-incomum-heroi-soldado-minimalista-ou-mudo-sao-perfis-juizes>>. Acesso em: 13 nov. 2015. p.5.

⁴⁰ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p. 193.

Nesse sentido, Lenio Luiz Streck sustenta que

essa resposta (decisão) não pode - sob pena de ferimento do 'princípio democrático'- depender da consciência do juiz, do convencimento, da busca da 'verdade real', para falar apenas nesses artifícios que escondem a subjetividade 'assujeitadora' do julgador.⁴¹

A doutrina tem importante papel nesse contexto, uma vez que não pode abdicar de seu papel crítico próprio, que ao fim e ao cabo, é também o de “zelar pela racionalidade do direito”, ensejando constantes debates jurídicos com argumentos dirigidos a racionalizar subjetividades em uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”.⁴²

Observa-se que o poder de apreciar livremente as provas no momento da valoração não significa que o julgador não tenha que respeitar algumas regras para tanto, e o convencimento livre não pressupõe um convencimento pessoal e íntimo do juiz, mas uma avaliação lógica da prova, pautada em critérios e diretrizes objetivas.⁴³ Nessa direção, Jordi Ferrer I Beltrán destaca justamente que a livre valoração quer dizer tão somente que a prova não vem previamente valorada através da norma jurídica pré-positivada, cabendo ao juiz atribuir o valor a ela pertinente, o que será medido através de regras gerais da lógica e racionalidade.⁴⁴

Aliás, exige-se não mera justificativa racional, mas sim, regida por um raciocínio correto, que não infrinja também as regras que guiam o próprio pensar.⁴⁵

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2010. (O que é isto?, 1). p. 105.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. Heróis, soldados, minimalistas ou mudos? São estes os perfis dos juízes? **Revista consultor jurídico – CONJUR**. Coluna Senso Incomum, 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-12/senso-incomum-heroi-soldado-minimalista-ou-mudo-sao-perfis-juizes>>. Acesso em: 13 nov. 2015. p.6.

⁴³ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p.16.

⁴⁴ BELTRÁN, Jordi Ferrer I. In: GOMERO, Santiago Ortega Gomero (Dir.). **Proceso, prueba y estándar**. 2. ed. Perú: ARA Editores, 2009, p. 75.

⁴⁵ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p.17.

Nesse sentido, intenso foi o ganho a partir do advento do Novo Código de Processo Civil, mais precisamente seu art. 371, que afirma que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”, uma vez que retirou da redação a liberdade a que se referia seu artigo correspondente no Código de 1973, representando verdadeira e expressa superação da liberdade de convencimento que se entendia ter o julgador.

Sobre esse assunto, incansável é o debate traçado por Lenio Streck, para quem o sistema jurídico brasileiro é um sistema fragmentado e ainda bastante dependente da subjetividade do seu julgador, isso por que, embora não seja reconhecido pela grande maioria da doutrina, a população brasileira continua refém da posição pessoal-ideológica do juiz, “pela ênfase ao protagonismo judicial e pela crença nos livres convencimentos”.⁴⁶

Assim, conforme visto, a adoção do sistema de persuasão racional, embora carregue consigo a necessidade de motivação baseada na cooperação das partes condizente com um Estado Democrático, ainda assim carrega traços de subjetividade intrínseca a quaisquer instrumentos criados e aplicados por seres humanos. Logo, apesar de tal sistema já representar um avanço no âmbito jurídico brasileiro, ele por si só não é capaz de limitar satisfatoriamente o convencimento judicial.⁴⁷ Isso se dá principalmente pelo fato de que, muitas vezes, os doutrinadores modernos realizam pesquisas, cujo foco está voltado à descoberta de como os juízes decidem, depois desses já terem decidido, enquanto, na verdade, necessita-se de estudos com o intuito de investigar como o julgador deve decidir.⁴⁸

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. Heróis, soldados, minimalistas ou mudos? São estes os perfis dos juízes? **Revista consultor jurídico – CONJUR**. Coluna Senso Incomum, 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-12/senso-incomum-heroi-soldado-minimalista-ou-mudo-sao-perfis-juizes>>. Acesso em: 13 nov. 2015. p.3.

⁴⁷ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p.17-18.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. Heróis, soldados, minimalistas ou mudos? São estes os perfis dos juízes? **Revista consultor jurídico – CONJUR**. Coluna Senso Incomum, 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-12/senso-incomum-heroi-soldado-minimalista-ou-mudo-sao-perfis-juizes>>. Acesso em: 13 nov. 2015. p.5.

Ao lado da subjetividade, outra questão que influencia no problema do controle do convencimento judicial é a questão da verdade⁴⁹ ser inalcançável, problema este que, segundo Michele Taruffo, está “distante de ser resolvido”.⁵⁰

Logo, ponderadas tais dificuldades, surgiram algumas propostas teórico-doutrinárias, dentre as quais merece destaque a denominada *standards probatórios*, também conhecidos como modelos de constatação dos fatos, os quais representam verdadeira tentativa de auxílio na busca de uma valoração probatória mais adequada, que propõe critérios de racionalidade e controle do livre convencimento, através dos quais “o juízo de fato é formalizado”,⁵¹ afastando o que Lenio Streck denominou de predador endógeno.^{52 53}

Esses *standards*, ao lado do dever motivacional, regem e racionalizam a discricionariedade do julgador quando da valoração probatória, eliminando quaisquer resquícios de ilogicidade na fixação fática por ele formulada, e vinculando-o a utilização de critérios objetivos que facilitem o controle de sua subjetividade.⁵⁴

⁴⁹ No que diz respeito ao assunto “verdade”, cumpre destacar, que o presente trabalho, não oportuniza aprofundamento na matéria, primeiramente, por não ser objeto direto do estudo, necessitando-se apenas uma abordagem superficial para a compreensão da necessidade dos Standards, e em segundo lugar por ser assunto extremamente amplo e que oportuniza inúmeros embates doutrinários.

⁵⁰ TARUFFO, Michele. **A prova**. 1. ed. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 29.

⁵¹ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p.17-18.

⁵² STRECK, Lenio Luiz. Heróis, soldados, minimalistas ou mudos? São estes os perfis dos juízes? **Revista consultor jurídico – CONJUR**. Coluna Senso Incomum, 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-12/senso-incomum-heroi-soldado-minimalista-ou-mudo-sao-perfis-juizes>>. Acesso em: 13 nov. 2015. p.7.

⁵³ Ou seja, a subjetividade descontrolada, que por sua vez coloca em sério risco a criação, pelo direito pátrio, de “teorias próprias ou teorias que sirvam para criar previsibilidade”. In: STRECK, Lenio Luiz. Heróis, soldados, minimalistas ou mudos? São estes os perfis dos juízes? **Revista consultor jurídico – CONJUR**. Coluna Senso Incomum, 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-12/senso-incomum-heroi-soldado-minimalista-ou-mudo-sao-perfis-juizes>>. Acesso em: 13 nov. 2015. p.7.

⁵⁴ TARUFFO, Michele. In: GOMERO, Santiago Ortega Gomero (Dir.). **Proceso, prueba y estándar**. 2. ed. Perú: ARA Editores, 2009, p. 43.

Marina Gascón Abellán traça considerações sobre a valoração racional da prova, afirmando que:

De hecho esta es la tarea a la que se enfrenta una *valoración racional*, es decir, una valoración que se desarrolla conforme al principio de libre convicción, pero interpretando ésta no como convicción libérrima sino guiada por reglas racionales: si valorar consiste em avaliar si puede o no darse por probado um hecho controvertido, valorar libre y racionalmente consiste, más precisamente, em avaliar si el grado de probabilidad o de certeza alcanzado por la hipótesis que lo describe a la luz de las pruebas e informaciones disponibles es suficiente para aceptarla como verdadera.⁵⁵ (Grifos do autor)

Segue ainda afirmando que, como consequência, a principal tarefa enfrentada no momento de uma valoração probatória racional, é justamente “medir a probabilidade”,⁵⁶ isso porque, através dela busca-se “otorgar a cada uma de las hipótesis en conflicto un determinado grado de confirmación que nunca será igual a la certeza absoluta”.⁵⁷

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Michele Taruffo, para quem nenhuma verdade absoluta é alcançável, logo, o objetivo possível para a tomada de decisão é uma verdade relativa, ou seja, uma verdade fundada em probabilidade.⁵⁸

Assim, a teoria dos *standards* parte do princípio que toda “fundamentação trata-se do discurso justificativo da decisão”,⁵⁹ decisão essa baseada indiscutivelmente em fatos pretéritos, que por sua vez, carregam consigo a característica de que o tempo não retorna e o que aconteceu foi único, assim, qualquer tentativa de reaproximação do passado é mera aproximação. Logo, não há como imaginar que o julgador, dotado dessa

⁵⁵ ABELLÁN, Marina Gascón. In: GOMERO, Santiago Ortega Gomero (Dir.). **Proceso, prueba y estándar**. 2. ed. Perú: ARA Editores, 2009, p. 18.

⁵⁶ ABELLÁN, Marina Gascón. In: GOMERO, Santiago Ortega Gomero (Dir.). **Proceso, prueba y estándar**. 2. ed. Perú: ARA Editores, 2009, p. 18.

⁵⁷ BELTRÁN, Jordi Ferrer I. In: GOMERO, Santiago Ortega Gomero (Dir.). **Proceso, prueba y estándar**. 2. ed. Perú: ARA Editores, 2009, p. 76.

⁵⁸ TARUFFO, Michele. **A prova**. 1. ed. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 29.

⁵⁹ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p. 23

falta de certeza, ao prolatar a decisão fática, dará um veredicto baseado em um juízo de certeza, mas sim, basear-se-á, indiscutivelmente, em um juízo de probabilidade.⁶⁰

A probabilidade, em seu sentido mais abrangente e popular, “é frequentemente utilizada para fazer referência a um grau de conhecimento”, e é utilizada nas diversas áreas com o intuito de “explicar e racionalizar diferentes tipos de conhecimentos incertos”.⁶¹

Todas essas questões assinaladas não seriam os resultados da prova que garantiriam uma certeza absoluta, pois, o que se alcança com elas é apenas a probabilidade sobre a verdade das alegações fáticas sustentadas, representando apenas certo grau de certeza.⁶²

Dessa maneira, é essa diferença entre os níveis de certeza que sustenta a existência de *standards*. Essa distinção torna-se latente se avalizado o juízo cível em contraponto ao juízo criminal, uma vez que na ação cível, o que se discute é uma indenização, por exemplo, o erro em favor de uma parte é tão gravoso quanto o erro em favor da outra, assim, a mera preponderância de provas já se faz adequada, já que só se quer que o julgador reconheça que a existência de determinada situação fática é mais provável do que a inexistência deste. Já no caso criminal, notoriamente condenar um inocente é mais prejudicial do que absolver um culpado, tendo em vista que a vida e a liberdade de uma pessoa são valores inquestionavelmente mais valiosos do que o dinheiro, e, por assim ser, exigem um nível maior de prova através do qual esses interesses tutelados ficam resguardados até que “o interesse em preservá-lo seja superado pela prova”.⁶³

Nesse exemplo, cumpre destacar que há previsão constitucional no art. 5º, inciso LVII, o qual estabelece a presunção de inocência do réu salvo prova em contrário na esfera criminal, trata-se da máxima do *in dubio pro reo*. Já no juízo civil, inexistente semelhante exigência, pois nesse

⁶⁰ MCCAULIFF, C. M. A. Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees. *Vanderbilt Law Review*. v. 35, 1982, p.1.293. Disponível em: < <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/vanlr35&div=60&id=&page=>>. Acesso em: 28.out. 2015, p. 1.295.

⁶¹ TARUFFO, Michele. **A prova**. 1. ed. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 29 - 30.

⁶² ABELLÁN, Marina Gascón. In: GOMERO, Santiago Ortega Gomero (Dir.). **Proceso, prueba y estándar**. 2. ed. Perú: ARA Editores, 2009, p. 17.

⁶³ “The burden acts as a shield, preserving the status quo (life, freedom, or economic interest) until the interest in preserving the status quo is overcome by the evidence”. In: MONTEE, Karen Ann. Sufficiency of circumstantial evidence on Nebraska civil cases: What is the test?. *Nebraska Law Review*. v. 60, 1980, p.636. Disponível em: <<http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2038&context=nlr>>. Acesso em: 27. Out. 2015, p. 646. (traduziu-se). <http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2038&context=nlr>

âmbito “a demanda não se presume improcedente, *prima facie*”, tendo-se apenas a previsão à quem incumbe o ônus probatório, sendo imputado ao autor a prova do fato constitutivo e do réu a prova dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos (inteligência do art. 373 do Novo Código de Processo Civil) .⁶⁴

Destarte, diante do examinado até aqui, cada decisão envolve um grau de probabilidade, haja vista que o processo é instrumento humano cuja cognição é limitada por natureza, assim tudo que as partes poderão fazer é convencer (o juiz), de que um fato é provavelmente verdadeiro, com determinado grau de certeza.⁶⁵ Tanto é assim que o Novo Código Processualista brasileiro, em seu art. 369 expressamente assumiu que a influência do julgador é a técnica objetiva.

É dessa constatação que surge a necessidade de estabelecer, previamente, critérios escalonados dos graus de probabilidade no processo judicial, que por sua vez, de acordo com a teoria dos *standards*, podem ser o critério “além da dúvida razoável”, “prova clara e convincente” ou “a preponderância de provas”. Desta forma, quando o juízo estabelece um desses modelos de constatação, uma vez alcançada a probabilidade fixada para aquele determinado processo, ter-se-á o fato como verdadeiro, a fins de resolver aquele conflito.⁶⁶ É através da utilização desses *standards*, com grau de confirmação pré-definidos, que o julgador declarará provada ou não determinada hipótese fática.⁶⁷

⁶⁴ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p. 34-35.

⁶⁵ MCCAULIFF, C. M. A..Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees. **Vanderbilt Law Review**. v. 35, 1982, p.1.293. Disponível em: < <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/vanlr35&div=60&id=&page=>>. Acesso em: 28.out. 2015, p. 1.296.

⁶⁶ MCCAULIFF, C. M. A. Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees. **Vanderbilt Law Review**. v. 35, 1982, p.1.293. Disponível em: < <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/vanlr35&div=60&id=&page=>>. Acesso em: 28.out. 2015, p. 1.296.

⁶⁷ BELTRÁN, Jordi Ferrer I. In: GOMERO, Santiago Ortega Gomero (Dir.). **Proceso, prueba y estándar**. 2. ed. Perú: ARA Editores, 2009, p. 76.

Uma coisa é certa, apesar de não se poder quantificar o grau de certeza, não há como se ignorar que a convicção do julgador é suscetível de diferentes graus de consistência e força.⁶⁸

Os modelos de constatação, portanto, representam uma forma de viabilizar, não um mecanismo de controle numérico-quantitativo – o que seria, obviamente, irrealizável -, mas uma pauta ou critério à luz do qual o juízo de fato pode ser formado e submetido ao contraditório. Ou como quis Mccauliff, simplesmente critérios distintos que o juiz pode utilizar para determinar uma conclusão, facilitando esse processo decisório.⁶⁹

Isso posto cumpre traçar pequenas considerações sobre os modelos de constatação para melhor esclarecimento e análise destes.

De regra existem três *standards* que compõem essa estrutura basilar para a formação de juízos fáticos, dois modelos são essencialmente extremos (preponderância de provas e prova além da dúvida razoável), e um intermediário (prova clara e convincente).⁷⁰

Apresentar-se-á um escalonamento decrescente, segundo o grau de probabilidade de cada um dos *standards*. O primeiro diz respeito à denominada “prova além da dúvida razoável”, tal modelo é o que se observa no juízo penal.⁷¹ Dos modelos, esse é o que exige o maior grau de probabilidade, beirando a quase certeza.⁷² Nesse sentido é a colocação de Jordi Ferrer I Beltrán, o qual reconhece a necessidade de um *standard* mais rígido no âmbito penal, visto que o valor em jogo nesse tipo de processo é mais relevante, pedindo, pois, por uma proteção especial ao direito à liberdade.⁷³

⁶⁸ “Nobody can be ignorant, that belief is susceptible of different degrees of strength, or intensity” In: BENTHAM, Jeremy, *apud* MCBAINE, J.P. Burden of proof: degrees of belief. *California Law Review*, vol. 32, 1944, p. 242. Disponível em: < <http://pgil.pk/wp-content/uploads/2014/04/Burden-of-Proof-Degrees-of-Belief1.pdf> >. Acesso em: 27. out. 2015. p. 242.

⁶⁹ MCCAULIFF, C. M. A.. Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees. *Vanderbilt Law Review*. v. 35, 1982, p.1.293. Disponível em: < <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/vanlr35&div=60&id=&page=>> >. Acesso em: 28.out. 2015, p. 1.294.

⁷⁰ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p. 37.

⁷¹ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p. 37.

⁷² TARUFFO, Michele. In: GOMERO, Santiago Ortega Gómero (Dir.). **Proceso, prueba y estándar**. 2. ed. Perú: ARA Editores, 2009, p. 48.

⁷³ BELTRÁN, Jordi Ferrer I. In: GOMERO, Santiago Ortega Gómero (Dir.). **Proceso, prueba y estándar**. 2. ed. Perú: ARA Editores, 2009, p. 76-77.

Como *standard* intermediário se tem a chamada “prova clara e convincente”, ela se aplica a casos não penais, mas que envolvem questões civilistas não meramente patrimoniais. São aquelas que, de certa feita, até permeiam determinados reflexos no âmbito penal, entretanto os dois critérios de constatação extremos mostram-se inadequados. É o caso, de alegação de fraude, destituição de poder familiar, anulação de testamento ou improbidade administrativa, por exemplo.⁷⁴

Já no outro extremo, localiza-se a “preponderância de provas”,⁷⁵ utilizado, geralmente, no processo civil.⁷⁶ Ele se estabelece pautado por um grau de probabilidade mínimo, que não deveria ser abdicado em nenhum ordenamento jurídico.⁷⁷

Nesse modelo, as questões fáticas colocam-se com maior tranquilidade e a decisão será tomada segundo as provas preponderantes, sendo que a persuasão necessária para se chegar à convicção satisfatória ao caso exige tão somente a preponderância probatória que corrobore com as alegações sustentadas por uma das partes. Assim, no processo civil, o julgamento deve se dar em favor daquele favorecido pela preponderância das provas, ou seja, dar-se-á por provado o que se mostrar mais provável do que improvável, resguardada a igualdade de possibilidades de influência para ambas as partes.⁷⁸

⁷⁴ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p. 38-39.

⁷⁵ Ou como quis Michele Taruffo, “probabilidade prevalente”. TARUFFO, Michele. In: GOMERO, Santiago Ortega Gomer (Dir.). **Proceso, prueba y estándar**. 2. ed. Perú: ARA Editores, 2009, p. 42.

⁷⁶ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p. 37.

⁷⁷ ABELLÁN, Marina Gascón. In: GOMERO, Santiago Ortega Gomer (Dir.). **Proceso, prueba y estándar**. 2. ed. Perú: ARA Editores, 2009, p. 19.

⁷⁸ MCCAULIFF, C. M. A.. Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees. **Vanderbilt Law Review**. v. 35, 1982, p.1.293. Disponível em: < <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/vanlr35&div=60&id=&page=>>. Acesso em: 28.out. 2015, p. 1.303.

Para a aplicação deste *standard*, Michele Taruffo atesta que deve ser eleita a hipótese que possui um grau de probabilidade mais elevado que as demais hipóteses possíveis em torno do mesmo fato.⁷⁹ Nesse sentido, “una hipótesis sobre un hecho resultará aceptable o probada cuando sea más probable que cualquiera de las hipótesis alternativas sobre el mismo hecho manejadas o consideradas em el proceso”.^{80 81}

Michele Taruffo vai além, analisando ainda, o papel da prova nesse modelo de constatação, e, ao analisar tal função, reconhece que as provas são os elementos que levam a conhecimento do julgador as hipóteses fáticas, dentre as quais será eleita uma como verdadeira, servindo, pois, como base racional para a decisão em que forem formalmente fixados os fatos da causa.⁸²

Com o tempo, parte da doutrina que sustenta esses modelos de constatação começa a visualizar a necessidade de criar mais *standards*, uma vez que esses três, por si só, não são satisfatórios a todos os tipos de tutela de direitos, podendo, por vezes, ensejar injustiças. A preocupação deu-se essencialmente pela possibilidade do juiz poder formar seu convencimento baseado em provas secundárias, que considerando sua maior chance de erro deveria, pois, exigir do julgador um modelo de constatação mais rigoroso principalmente quando se tratasse de prova indiciária no âmbito penal.⁸³ Foi assim que surgiu, para processos penais indiciários, o modelo de constatação apto a excluir qualquer hipótese razoável que não a de culpa.^{84 85}

⁷⁹ TARUFFO, Michele. In: GOMERO, Santiago Ortega Gomer (Dir.). **Proceso, prueba y estándar**. 2. ed. Perú: ARA Editores, 2009, p. 44.

⁸⁰ ABELLÁN, Marina Gascón. In: GOMERO, Santiago Ortega Gomer (Dir.). **Proceso, prueba y estándar**. 2. ed. Perú: ARA Editores, 2009, p. 19.

⁸¹ Jordi Ferrer I Bèltran também corrobora desse entendimento ao afirmar que “em el ámbito civil opera el estándar de la prueba prevaleciente, de modo que una hipótesis está probada si su grado de confirmación es superior al de la hipótesis contraria”. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer I. In: GOMERO, Santiago Ortega Gomer (Dir.). **Proceso, prueba y estándar**. 2. ed. Perú: ARA Editores, 2009, p. 76.

⁸² TARUFFO, Michele. In: GOMERO, Santiago Ortega Gomer (Dir.). **Proceso, prueba y estándar**. 2. ed. Perú: ARA Editores, 2009, p. 43.

⁸³ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p. 41-42.

⁸⁴ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p. 35-36.

⁸⁵ Importante destacar que estes são os modelos de constatação mais difundidos, existindo porém outras classificações, inclusive no ordenamento jurídico pátrio, tais como na tutela antecipatória que requer o modelo da “prova inequívoca”, na tutela cautelar, a qual exige “*Fumus boni iuris*” e no mandado de segurança que se funda no modelo da “relevância do fundamento”. In: KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p. 47. (Grifos do autor)

Esse quarto modelo é matéria bastante divergente de aceitação na doutrina, se por um lado “já se demonstrou ser próprio da racionalidade humana fazer tais distinções (*(i) É provável que algo tenha ocorrido; (ii) é altamente provável que algo tenha ocorrido; (iii) é quase certo que algo tenha ocorrido; (iv) é praticamente impossível que algo não tenha ocorrido*) e por aí estão afirmados os quatro modelos para formalizar o juízo de fato”,⁸⁶ por outro, há quem afirme que a “proliferação de novos *standards* (...) confunde o julgador que deve aplicá-los”.⁸⁷

Sem entrar no mérito de tal discussão, se por um lado se reconhece a dificuldade de distinção literal-prática destes modelos, por outro, indiscutível é a necessidade de um rol básico de modelos de constatação que protejam o processo da subjetividade do julgador, apontando não somente para o grau de certeza necessário em cada caso em particular, mas também, refletindo a importância social atribuída à decisão nele proferida. Tanto é assim que o direito material indubitavelmente influi na definição do modelo de constatação exigível em cada tipo de processo,⁸⁸ ou seja, quanto mais grave for o efeito oriundo do erro judiciário, maior será o cuidado e conseqüentemente maior será a probabilidade exigida pelo modelo de constatação, até porque justamente “os valores consagrados no ordenamento é que vão ditar o *grau de certeza* necessário via de consequência, o modelo de constatação a ser adotado pelo julgador, enquanto questão jurídica prévia à valoração”.⁸⁹

Marina Gascón Abellán também defende que o direito ou interesse afetado pelos erros, e a importância que se dá a estes, é fundamental para definir o *standard* probatório a ser utilizado, visto que este será eleito de acordo com o seu grau de tolerância e exigência.⁹⁰

⁸⁶ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p. 43-44. (Grifos do autor)

⁸⁷ MCCAULIFF, C. M. A.. Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees. **Vanderbilt Law Review**. v. 35, 1982, p.1.293. Disponível em: < <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/vanlr35&div=60&id=&page=>>. Acesso em: 28.out. 2015, p. 1.295.

⁸⁸ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p. 43-44.

⁸⁹ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p. 44. (Grifos do autor)

⁹⁰ ABELLÁN, Marina Gascón. In: GOMERO, Santiago Ortega Gomero (Dir.). **Proceso, prueba y estándar**. 2. ed. Perú: ARA Editores, 2009, p. 20.

No Brasil e na sua aplicação judiciária contemporânea, apesar de toda decisão judicial ser guiada obrigatoriamente por um modelo de constatação, não é de praxe indicar previamente o *standard* que será utilizado.⁹¹

A importância desses modelos de constatação, e, sobretudo de sua explicitação às partes, dá-se pela necessidade de limitação da arbitrariedade na formação do convencimento do magistrado, o que, como já visto, é fundamental para um estado democrático de direito, até porque se, por um lado a convicção se forma no juiz, de outro, deve-se considerar que esse juiz sentenciador é a personificação estatal, e por assim ser, atua representando administração da justiça como um todo.⁹² Assim, é inadmissível que o modelo de constatação utilizado seja conhecido apenas pelo julgador, pois sendo dessa forma, nada impediria que o indivíduo mais uma vez ficasse a mercê da subjetividade do juiz competente para sua causa.⁹³

Em suma, é fundamental que a decisão enuncie não só que foram aplicadas regras de julgamento,⁹⁴ como também que previamente informe o modelo de constatação do qual se utilizará para a decisão das questões de fato, levando esse critério não só ao conhecimento das partes, como que este seja justificado e debatido por elas, como etapa essencial de um julgamento democrático, visto que, somente assim as partes terão conhecimento das reais razões que levaram o julgador a estabelecer o juízo fático de determinada forma,⁹⁵ tornando possível, assim, o controle da exatidão da decisão.⁹⁶

⁹¹ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p. 32.

⁹² WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de La prueba**. Bogotá: Temis, 1985, p. 153. Disponível em <http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_pen_proce_penal/tem_dere_proc_pen_jueces/361-410_tema11.pdf>. Acesso em: 06. out. 2015. (Grifos do autor)

⁹³ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p. 33.

⁹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. **Ônus da prova em processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 349.

⁹⁵ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p. 45 e 194.

⁹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. **Ônus da prova em processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 349.

Para Darci Guimarães Ribeiro,

isso significa dizer, em última análise, que quem alega a existência ou inexistência de um determinado fato não precisa provar, de forma absoluta, a sua alegação, até porque foge ao campo das ciências naturais, para obter um provimento jurisdicional, bastando provar uma certeza razoável da existência ou inexistência dos fatos.⁹⁷

Note-se que a expressão “provar uma certeza razoável”, quer significar a prova no *quantum* exigido pela probabilidade do modelo de constatação aplicável àquele caso.

Através da concepção dessa teoria auxiliar, se assim se pode chamar os modelos de constatação, incumbe ao juiz, “valer-se dos *standards* objetivos previstos no ordenamento jurídico, para dar sentido ao direito, buscando a melhor ou a mais justa decisão possível de ser obtida para a resolução do caso concreto”,⁹⁸ reduzindo, conseqüentemente o risco de subjetivismo e arbitrariedade do julgador.⁹⁹

Com efeito, a formação de juízo fático é uma tarefa bastante delicada,¹⁰⁰ uma vez que envolve um juiz que por natureza não é completamente imparcial¹⁰¹ como quer a legislação, mas que é indispensável¹⁰² para a realização da prestação jurisdicional, porque é o único ser apto a perceber e ter contato com a prova a fim de senti-la, valorá-la e decidir. Então, como “o Direito é algo construído pelo homem e para o homem” e a verdade é inalcançável, a discussão sobre a limitação de sua subjetividade quando da prolação de decisões judiciais é medida que se impõe.¹⁰³

⁹⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 1998, p. 63.

⁹⁸ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2001, (Temas atuais de direito processual civil, 3), p. 171. (Grifos do autor)

⁹⁹ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p.02.

¹⁰⁰ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p. 194.

¹⁰¹ “Do ponto de vista filosófico, o juiz não é imparcial, assim como nós também não o somos, nem o nosso conhecimento; o juiz é uma pessoa, tem suas preferências, sua inclinações ideológicas, prefere o azul ao vermelho, o branco ao preto ou vice-versa”. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 1998, p. 20 - 21.

¹⁰² “Nessa perspectiva, jamais um computador poderá substituir a atividade intelectual do magistrado, pois a sentença é um ato individual e pessoal do processo”, até porque, a própria “palavra sentença, que traduz o cerne da atividade jurisdicional vem do latim *sententia*, que significa dizer, segundo E. Couture, ‘expressar um sentimento’”. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 1998, p. 20 - 21.(Grifos do autor)

¹⁰³ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 1998, p. 20 - 21.

Até porque, como recordou José Carlos Barbosa Moreira, apesar da impossibilidade de alcançar-se o ideal, é importante que o julgador se esforce para se aproximar dele, uma vez que

Podemos ter mil escusas legítimas para não alcançar o ideal, mas só estaremos autorizados a invocá-las, se realmente houvermos feito tudo que pudermos, se realmente nos houvermos disposto a todos os esforços que estejam ao nosso alcance.¹⁰⁴

Assim, deve-se ter como foco o ideal, até para que se saiba em que direção caminhar, mesmo que no consciente tenha-se a ciência de que o ideal é inalcançável,¹⁰⁵ logo, é necessário que se busque estabelecer preceitos e fixar regras, cujo intuito maior seja restringir a arbitrariedade de seus julgadores, aproximando as decisões judiciais do que a própria sociedade entende por justo e verdadeiro.¹⁰⁶

Como visto, esses limites necessários são encontrados basicamente na fundamentação que o juiz faz ao prolatar determinada decisão, momento em que tenta objetivar o máximo possível as razões que o levaram ao convencimento fático e a consequente aplicação da norma abstrata a determinado caso, tendo como amparo insubstituível as provas colacionadas aos autos, bem como todo direito ao contraditório exercido por ambas as partes até aquele momento.¹⁰⁷

¹⁰⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. **Revista de processo**. v. 35, jul. 1984, p. 178. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. v. 4, out. 2011, p. 1101. Disponível em: < [http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000150e90de28a86c10f71&docguid=11c5e68b0f25711dfab6f010000000000&hitguid=11c5e68b0f25711dfab6f010000000000&spos=1&epo s=1&td=1&context=8&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000150e90de28a86c10f71&docguid=11c5e68b0f25711dfab6f01000000000&hitguid=11c5e68b0f25711dfab6f010000000000&spos=1&epo s=1&td=1&context=8&startChunk=1&endChunk=1) >. Acesso em: 13 out. 2015. p. 05.

¹⁰⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. **Revista de processo**. v. 35, jul. 1984, p. 178. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. v. 4, out. 2011, p. 1101. Disponível em: < <http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000150e90de28a86c10f71&docguid=11c5e68b0f25711dfab6f010000000000&hitguid=11c5e68b0f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=8&startChunk=1&endChunk=1> >. Acesso em: 13 out. 2015. p. 05.

¹⁰⁶ CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. **Teoria das provas e suas aplicações aos atos civis**. Campinas: Servanda, 2000, p. 38.

¹⁰⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 1998, p. 21.

Cumprido destacar, por fim, que dificilmente se terá um melhor sistema do que o atual¹⁰⁸, fundado na razão e na inteligência do julgador, restando, pois aos aplicadores do direito, a busca pelo seu aprimoramento através de métodos objetiváveis, dentre os quais os *standards* vêm ganhando especial espaço, representando verdadeira teoria que busca dizer quando, ou sob que condições, os elementos que estão disponíveis ao juízo são suficientes para que se estime a racionalidade de uma proposição e a aceite como verdadeira, no âmbito do raciocínio decisório,¹⁰⁹ funcionando como verdadeiro “vetor de racionalidade estruturante”.¹¹⁰ Assim, “com certeza, temos todos um bom combate pela frente contra um adversário comum: qualquer forma de não-democracia e qualquer forma de arbítrio”.¹¹¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, no presente ensaio, reivindicar ao tema da valoração da prova no processo civil um papel primordial, o que, por sua vez, impõe colocá-lo na pauta das questões centrais na reflexão a respeito do novo processo civil brasileiro. Nesse intento, verificou-se que os modelos de prova e os sistemas de valoração não são neutros e indiferentes aos paradigmas filosóficos, motivo pelo qual é indispensável (re)pensar o tema numa linha de combate aos paradigmas subjetivistas e voluntaristas que conferem demasiada liberdade à livre valoração da prova. Desse modo,

¹⁰⁸ Embora esse seja o entendimento majoritário, cumpre destacar que há doutrinadores mais entusiastas que apontam a superação desse sistema como proposta resolução dos problemas relacionados a prova e sua valoração, é o caso de Lenio Luiz Streck, que afirma que “no que tange especificamente ao problema da gestão da prova, é de se consignar que boa parte da doutrina brasileira se perde na definição dos modelos de apreciação da prova (quais sejam: o modelo da íntima convicção; o modelo da prova legal; e o modelo da livre apreciação da prova), como se o problema estivesse apenas em optar por um deles, mas não em superá-los”. In: STRECK, Lenio Luiz. Como assim: “cada um analisa de acordo com seu convencimento”? **Revista consultor jurídico – CONJUR**. Coluna Senso Incomum, 15 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-15/lenio-streck-assim-cada-analisa-acordo-convencimento>>. Acesso em: 17 nov. 2015.p. 03.

¹⁰⁹ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p. 01-02 e 34.

¹¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Heróis, soldados, minimalistas ou mudos? São estes os perfis dos juízes? **Revista consultor jurídico – CONJUR**. Coluna Senso Incomum, 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-12/senso-incomum-heroi-soldado-minimalista-ou-mudo-sao-perfis-juizes>>. Acesso em: 13 nov. 2015. p.7.

¹¹¹ STRECK, Lenio Luiz. Heróis, soldados, minimalistas ou mudos? São estes os perfis dos juízes? **Revista consultor jurídico – CONJUR**. Coluna Senso Incomum, 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-12/senso-incomum-heroi-soldado-minimalista-ou-mudo-sao-perfis-juizes>>. Acesso em: 13 nov. 2015. p.7.

procurou-se, a partir da temática dos modelos de constatação da prova, oferecer algumas balizas para evitar o subjetivismo do órgão julgador na valoração da prova, na medida em que não somente o direito à prova é um direito fundamental, mas também o direito à adequada valoração da prova constitui uma decorrência direta do direito à fundamentação das decisões judiciais e do modelo democrático de processo jurisdicional. Não se cuidou, porém, de esgotar o tema, mas, essencialmente, de trazer uma reflexão a seu respeito, de modo a contribuir para o debate acadêmico no âmbito da matéria.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. volume I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. **Ônus da prova em processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BUZAID, Alfredo; Processo e verdade no direito brasileiro. **Revista de processo civil**. v. 47, jul. 1987, p. 92. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. v. 1, out. 2011, p. 751. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000148dcef18f0af48bb74&docguid=l3959d7b0f25711dfab6f010000000000&hitguid=l3959d7b0f25711dfab6f010000000000&spos=5&epos=5&td=11&context=34&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 04. out. 2014.

CALAMANDREI, Piero. El juez y el historiador. **Estudios sobre el proceso civil**. Buenos Aires: EJE, 1945.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2001, (Temas atuais de direito processual civil, 3).

CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. **Teoria das provas e suas aplicações aos atos civis**. Campinas: Servanda, 2000.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. 2.ed. Bolonha: Il Mulino, 1998.

DELLEPIANE, Antonio. **Nuva teoria general de la prueba**. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1919.

ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial**. Tomo I. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalia, 1970.

GOMERO, Santiago Ortega Gomero (Dir.). **Proceso, prueba y estándar**. 2. ed. Perú: ARA Editores, 2009.

GRECO, Leonardo. A prova no processo Civil: Do código de 1.973 ao novo código civil. **Revista Scientia Iuris**. Londrina, v. 5/6, 2001/2002. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/viewFile/11161/9908>>. Acesso em: 04 out. 2014.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. v.2, 15.ed., São Paulo: Saraiva,2002, p. 198.

GROSSI, Paolo. **Dalla società di società alla insularità dello Stato fra medioevo ed età Moderna**. **Revista sequência**, n. 55, p. 9-28, dez. 2007.

JOLOWICZ, John Anthony. Justiça substantiva e processual no processo civil: Uma avaliação do processo civil. **Revista de processo**. v. 135, mai. 2006, p. 161. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad8181500000148e26a76d214984535&docguid=lbe511ba0f25611dfab6f010000000000&hitguid=lbe511ba0f25611dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=15&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 05 out. 2014.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007.

LOPES, João Batista. Iniciativas probatórias do juiz e os arts. 130 e 333 do CPC. **Revista dos Tribunais**. v. 716, jun. 1995, p. 41. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. v. 4, out. 2011, p. 1123. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad8181500000148e260eb888c4aa855&docguid=l5b9e2300f25011dfab6f010000000000&hitguid=l5b9e2300f25011dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=5&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 05 out. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: Processo de conhecimento**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

MCBAINE, J.P. Burden of proof: degrees of belief. **California Law Review**, vol. 32, 1944, p. 242. Disponível em:< <http://pgil.pk/wp-content/uploads/2014/04/Burden-of-Proof-Degrees-of-Belief1.pdf> >. Acesso em: 27. out. 2015.

MCCAULIFF, C. M. A..Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees. **Vanderbilt Law Review**. v. 35, 1982, p.1.293. Disponível em: < <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/vanlr35&div=60&id=&page=>> . Acesso em: 28.out. 2015.

MELENDO, Santiago Sentis. Naturaleza de la prueba la prueba es libertad. **Doutrinas essenciais de Direito Civil**. v. 5, out. 2010, p. 1303. Disponível em: < <http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000148dcfc7fd2f0c18d2c&docguid=lbe6e7e20682011e181fe000085592b66&hitguid=lbe6e7e20682011e181fe000085592b66&spos=1&epos=1&td=1&context=41&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 04 out. 2014.

MICHELE, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. A prova. **Revista de processo**. v. 16, out. 1979, p. 155. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. v. 4, out. 2011, p. 51. Disponível em: < <http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000148a3ca77937cd0f667&docguid=lc4568270f25511dfab6f01000000000&hitguid=lc4568270f25511dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=4&context=9&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 23 set. 2014.

_____; Teoria geral da prova. **Revista de processo**. v. 3, jul. 1976, p. 161. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. v. 4, out. 2011, p. 25. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000148e27ef1388c50c3c3&docguid=ld6cbd9f0f25511dfab6f01000000000&hitguid=ld6cbd9f0f25511dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=2&context=31&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 05 out. 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Temas atuais de direito processual civil, 14).

MONTEE, Karen Ann. Sufficiency of circumstantial evidence on Nebraska civil cases: What is the test?. **Nebraska Law Review**. v. 60, 1980, p.636. Disponível em: <<http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2038&context=nlr>>. Acesso em: 27. Out. 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. **Revista de processo**. v. 35, jul. 1984, p. 178. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. v. 4, out. 2011, p. 1101. Disponível em: < <http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000150e90de28a86c10f71&docguid=l1c5e68b0f25711dfab6f01000000000&hitguid=l1c5e68b0f25711dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=8&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 13 out. 2015.

_____; **Temas de direito processual**: Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed., rev. São Paulo, SP: Saraiva, 2003.

PICARDI, Nicola. Do juízo ao processo. **Jurisdição e processo**. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICÓ I JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: J.M. Bosch, 1997.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 1998.

ROHDEN, Luiz. **Interfaces da hermenêutica**: método, ética e literatura. Caxias do Sul, RS: Educs, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 2, 3.ed., São Paulo: Saraiva, 1977.

SCHNEIDER, Paulo Rudi. Experiência e linguagem. **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de Verdade e Método / Alexandre Morais da Rosa... [et. al.]; organizadores Ernildo Stein, Lenio Streck. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, v. 1.

STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Como assim: “cada um analisa de acordo com seu convencimento”? **Revista consultor jurídico – CONJUR**. Coluna Senso Incomum, 15 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-15/lenio-streck-assim-cada-analisa-acordo-convencimento>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____; Heróis, soldados, minimalistas ou mudos? São estes os perfis dos juízes? **Revista consultor jurídico – CONJUR**. Coluna Senso Incomum, 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-12/senso-incomum-heroi-soldado-minimalista-ou-mudo-sao-perfis-juizes>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

_____; **O que é isto: decido conforme minha consciência?**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2010. (O que é isto?, 1).

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

WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de La prueba**. Bogotá: Temis, 1985, p. 153. Disponível em <http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_pen_proce_penal/tem_dere_proc_pen_jueces/361-410_tema11.pdf>. Acesso em: 06. out. 2015.

análise dos fundamentos do acórdão do recurso extraordinário 795.567/pr

Karin Milene Bender

Bacharel em Direito pela
Universidade Feevale.
E-mail: karin.bender@gmail.com.

Paulo Eduardo de Almeida Vieira

Mestre em Direito pela Universidade Unisinos.
Doutorando em Direito pela UNISINOS.
Professor de Direito Processual Penal e
Prática Penal na Universidade Feevale.
Promotor de Justiça.
E-mail: peavieira@uol.com.br.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A sentença que homologa o acordo de Transação Penal, prevista no artigo 76 da Lei nº 9.099/1.995, tem natureza controversa, tanto considerada declaratória, como condenatória propriamente dita. A natureza desta sentença foi discutida pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 795.567/PR,¹ julgado recentemente, que analisou a possibilidade ou não, da aplicação do artigo 91, II, do Código Penal, referente aos efeitos extrapenais genéricos da condenação, isto é, o confisco dos instrumentos e bens oriundos do crime, à sentença proferida em sede de Transação Penal. Os efeitos extrapenais genéricos seriam aplicados ou não a Transação Penal dependendo do entendimento firmado acerca a natureza da sentença que a homologa.

O Recurso Extraordinário nº 795.567/PR foi levado a julgamento pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no dia 28 de Maio de 2015, tendo o Tribunal, por unanimidade, e nos termos e fundamentos do voto do Relator, dado provimento ao recurso, entendendo ser a Transação Penal um acordo entre as partes, e a sua sentença meramente homologatória, portanto não cabíveis os efeitos extrapenais genéricos previstos no artigo 91 do Código Penal. Entretanto, o voto do Ministro Luis Fux deu provimento ao recurso, por fundamentos diversos, e firmou a tese de que a sentença que homologa a Transação Penal é condenatória, portanto, possível a aplicação do confisco à Transação Penal.

Assim, tendo em vista os dois votos discordantes que finalizaram o recurso extraordinário 795.567/PR, serão analisados os fundamentos pelos quais foram firmadas as teses propostas, tendo em vista o seu uso como precedente a orientar decisões futuras sobre o instituto da Transação Penal e a sanção do confisco. Num primeiro momento, serão apresentados alguns conceitos básicos acerca o instituto da Transação Penal, além de um breve resumo do caso, para a seguir, a análise dos principais fundamentos do Acórdão e sua pertinência com o embasamento teórico apresentado.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 795.567/Paraná**. Ementa: Constitucional e Penal. Transação Penal. Cumprimento da Pena Restritiva de Direito. Posterior Determinação Judicial de Confisco do Bem Apreendido com Base No Art. 91, II, do Código Penal. Afronta à Garantia do Devido Processo Legal Caracterizada. Plenário. Data de Julgamento: 28 mai. 2015. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4527270>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

1 CONCEITOS E ORIGENS DA TRANSAÇÃO PENAL

A Transação Penal é conceituada de maneira diversa, embora exista um ponto de convergência entre diferentes conceitos, isto é, trata-se de um acordo, relativo à pena, entre as partes. O instituto brasileiro da Transação Penal baseia-se no sistema de *Pleas* norte americano, mais especificamente o *Nolo Contendere Plea*, e também no *Patteggiamento*, ou requerimento de pena antecipada pelas partes, do ordenamento jurídico italiano.

A Transação Penal é definida juridicamente como o ato que dirime obrigações litigiosas ou duvidosas mediante concessões recíprocas das partes, ou seja, é uma composição. Possui sentido de um pacto, ajuste ou convenção no qual as pessoas envolvidas promovem uma negociação, ou ainda, realizam um contrato.² José Carlos Barbosa Moreira conceitua a Transação Penal como o acordo feito entre as partes, isto é, entre o Ministério Público e o acusado, acerca a aplicação da pena, ou seja, o acordo incide diretamente sobre a pena, e pode ser realizado somente mediante certas condições estipuladas em lei. A transação, além de concessões sobre a pena, também exclui a possibilidade da vítima utilizar a sentença como título executivo a fim de ter ressarcidos os danos causados pelo crime.³

A Transação Penal também é definida como uma técnica de defesa semelhante ao instituto do *Nolo Contendere*, onde o acusado não admite a sua culpa nem a sua inocência, e tampouco contesta a imputação. Seria uma opção pela via do consenso ao invés do litígio. A Lei nº 9.099/1.995 favorece a conciliação, não implicando que o instituto da transação tenha aberto espaço para a barganha penal, isto porque aquele

² ZANATTA, Airton. **A Transação Penal e o poder discricionário do ministério público**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 43.

³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 100, out. 2000, p. 131. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014d549889201872ee77&docguid=I81f0dec0f25611dfab6f01000000000&hitguid=I81f0dec0f25611dfab6f010000000000&spos=65&epos=65&td=107&context=29&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 13 mai. 2015.

não se aproxima do *Plea Bargaining*, típicos do sistema processual penal norte americano. Enfatiza-se a similaridade entre a Transação Penal com a conformidade penal,⁴ isto é, se encerra ou suspende o processo imediatamente, com a aceitação da imposição de uma pena.⁵

1.1 NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica da proposta de Transação Penal oferecida pelo Ministério Público e da sentença que homologa esta proposta, após a aceitação da mesma pelo autor do fato, ambas previstas no art. 76 da Lei nº 9.099/1.995, é muito discutida, e recebe as mais diversas definições, que variam de um acordo civil, firmado entre as partes e homologado pelo Juiz, resultante num título executivo judicial cujo objeto seria uma obrigação de pagar, fazer ou não fazer,⁶ até uma espécie de ação penal, porém com menos formalidades, resultando, portanto, em uma sentença penal condenatória.⁷

Para Grinover *et al.*, a sentença que homologa o acordo da Transação Penal não pode ser considerada absolutória, já que resulta na aplicação de uma sanção penal. Também não é sentença condenatória, uma vez que não traz consigo um juízo de culpabilidade, ilicitude e a análise de conteúdo probatório, e, portanto, não traz reflexos na esfera criminal, a não ser o seu registro para a finalidade de impedir novo benefício no prazo de cinco anos. Trata-se de uma sentença homologatória, capaz de fazer coisa julgada material, além de constituir título executivo

⁴ MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8 ed. rev., atual. e ampl. Coleção Ciências Criminais, vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 491.

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 33; 36.

⁶ SANTORO FILHO, Antônio Carlos. A natureza jurídica da Transação Penal. **Tribuna da Magistratura: Caderno de Doutrina**. São Paulo: Aasp, mai. 1996, p. 9-11.

⁷ KARAM, Maria Lúcia. Anotações sobre aspectos penais e processuais penais das leis 9.099/95 e 10.259/2001 - leis dos juizados especiais. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 4, jun. 2012, p. 1153. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014d4ea8d88933d31fda&docguid=lc4888bc0f25111dfab6f010000000000&hitguid=lc4888bc0f25111dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=11&context=74&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 13 mai. 2015.

judicial. Também, por não ter natureza condenatória, a referida sentença não traz as demais consequências penais possíveis caso realmente tratasse de uma sentença condenatória.⁸ Da mesma forma, Fernando da Costa Tourinho Filho entende que a decisão trazida pelo § 4º da Lei nº 9.099/1.995 é mera sentença de homologação do acordo de Transação Penal, não sendo condenatória já que não possui os efeitos das sentenças penais condenatórias trazidos nos artigos 91, I do CP e 63 do CPP, devendo apenas ser registrada para que o autor do fato não seja beneficiado novamente no prazo de cinco anos.⁹

Humberto Dalla Bernardina de Pinho, traz posição contrária, na qual a referida proposta deve ser considerada como uma peça primordial da ação penal condenatória, e que pode ser aplicada somente às infrações penais de menor potencial ofensivo, dentro do chamado “Espaço do Consenso”, por isso de caráter especial. Assim considerada, a proposta da transação não fere os princípios *Nulla Poena Sine Judicio* e nem a Obrigatoriedade da Ação Penal, e a sentença a ser proferida após a aceitação pelas partes é não somente homologatória, mas também condenatória.¹⁰

Ainda com o mesmo posicionamento, Afrânio Silva Jardim¹¹ entende que, ao propor a transação, o Ministério Público estaria a exercer a ação penal, mesmo que informal e oralmente, esta traria uma imputação e pediria a aplicação da pena ao réu, mesmo que dependendo da aceitação do autor do fato. Desta maneira, continuariam vigorando os princípios da Obrigatoriedade da Ação Penal e *Nulla Poena Sine Judicio*,

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Juizados Especiais Criminais**: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 144.

⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 92; 110.

¹⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A Introdução do instituto da Transação Penal no direito brasileiro** – e as questões daí decorrentes. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1998, p. 35.

¹¹ JARDIM, Afrânio Silva. Os Princípios da Obrigatoriedade e Indisponibilidade da Ação Penal Pública nos Juizados Especiais Criminais. **Revista da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal**, Distrito Federal, ano 3, n. 6, jun/dez. 1996, p. 24. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/16954-16955-1-PB.htm>> Acesso em: 07 jun. 2014.

e não a Discricionariedade Regulada,^{12,13} Ainda, quanto à discricionariedade, o mesmo autor admite que somente é dado ao Ministério Público a opção de escolher qual tipo de ação penal irá utilizar, a denúncia oral ou a proposta de transação, sendo ainda obrigatória a ação penal.

No entendimento de Afrânio Silva Jardim¹⁴ com o qual se coaduna Humberto Dalla Bernardina de Pinho,¹⁵ ao compreender o aspecto processual sob a perspectiva da proposta de transação constituir uma ação penal especial, própria às infrações de menor potencial ofensivo, não há violação aos princípios processuais penais referidos, visto que existe ação penal, jurisdição e processo, ou seja, tem-se o devido processo legal. Sob esse prisma, a sentença que homologa o acordo da Transação Penal seria também condenatória.

Júlio Fabbrini Mirabete define a transação como um acordo para a aplicação imediata da pena de multa ou restritiva de direitos, que não implica no reconhecimento de culpabilidade pelo autor do fato, mediante a sua aceitação à proposta feita pelo Ministério Público. A transação seria, então, uma medida de caráter penal e que vem a favorecer o autor do fato, devendo ser considerada como uma técnica de defesa. A sentença proferida, neste caso, é de natureza condenatória, mas dentro do “Espaço do Consenso”, tem efeitos processuais e materiais pois faz coisa julgada material e formal, pondo fim ao processo e impedindo a instauração da ação penal. Porém, à essa sentença não se aplicariam os demais efeitos penais, a não ser a imposição da pena feita na proposta e aceita, como por exemplo, o confisco trazido pelo art. 91, II, a do CP, visto tratar-se de uma sentença condenatória imprópria.¹⁶

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995.** 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 144.

¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais.** São Paulo: Saraiva, 2000, p. 92; 110.

¹⁴ JARDIM, Afrânio Silva. Os Princípios da Obrigatoriedade e Indisponibilidade da Ação Penal Pública nos Juizados Especiais Criminais. **Revista da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal**, Distrito Federal, ano 3, n. 6, jun/dez, 1996, p. 25.

¹⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A Introdução do instituto da Transação Penal no direito brasileiro – e as questões daí decorrentes.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1998, p. 39.

¹⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais – comentários, jurisprudência, legislação.** 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000, p. 140 - 143.

Ao tratar do assunto, Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly apresentam o entendimento de que as medidas restritivas de direitos ou a multa, cumuladas com a proposta de transação, não podem ser consideradas como sanções de natureza penal em sentido estrito. Essas sanções são denominadas, pelos autores, como sanções especiais, pois não trariam o reconhecimento da culpabilidade do autor do fato e nem possuiriam o sentido de reprovabilidade ético-jurídica, como as sanções penais regulares.¹⁷ Muito embora recebam a denominação de penas restritivas de direitos e multa, não geram reincidência, não constam das certidões de antecedentes criminais e não surtem efeitos na esfera cível para reparação de danos.

A proposta tem por finalidade somente a exclusão do processo penal e dos efeitos que dele decorrem. A homologação do acordo pelo Juiz é uma consequência da aceitação da proposta pelo autor do fato, e a sentença proferida não faria coisa julgada material, somente formal.¹⁸ Apesar desse entendimento, os autores concordam que, caso a medida restritiva de direitos e a multa, cumuladas com a proposta de transação, forem consideradas como sanções penais propriamente ditas, haveria de se buscar uma interpretação que equiparasse a referida proposta com uma denúncia, para se assegurar o resguardo do devido processo penal.¹⁹

Marcus Alan de Melo Gomes rebate este entendimento ao afirmar não ser possível a atribuição à aplicação consentida de uma pena a finalidade de excluir ou impedir o processo. As sanções previstas pela Lei nº 9.099/1.995, segundo o seu entendimento, possuem as características de uma sanção penal, decorrem de um processo, instaurado em consequência da prática de um ilícito penal, possuindo caráter aflitivo e retributivo. Atribui ainda à Transação Penal, natureza híbrida, já que satisfaz a pretensão punitiva do Estado e protege o direito de liberdade do autor do fato, uma vez que a sentença que homologa o acordo impede a aplicação de penas restritivas de liberdade (estes seriam os efeitos materiais), além disso, ainda põe fim ao processo, surtindo os efeitos formais.²⁰

¹⁷ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Juizados Especiais Criminais** – comentários. Rio de Janeiro: Aide, 1996, p. 62-63.

¹⁸ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Juizados Especiais Criminais** – comentários. Rio de Janeiro: Aide, 1996, p. 65-66.

¹⁹ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Juizados Especiais Criminais** – comentários. Rio de Janeiro: Aide, 1996, p. 62.

²⁰ GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e Transação Penal nos Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 84-85; 97.

Com um entendimento também contrário, Lycurgo de Castro Santos faz uma crítica ao entendimento daqueles autores, quando definem que as penas aplicadas na Transação Penal não são penas no sentido tradicional, e não carregam um juízo de culpabilidade. O autor entende que a culpa é pressuposto da ingerência penal no âmbito individual, e que não pode existir uma pena desprovida de um juízo positivo de culpabilidade, sob pena de se ferir o princípio da dignidade humana, que é, ao fim, o fundamento de um Estado Democrático de Direito. O autor ainda afirma ser a pena ilegítima, caso não exista um processo legal, assim é forçoso entender a Transação Penal como o devido processo legal, para as infrações de menor potencial ofensivo. Cabe ao autor do fato, no momento que a proposta lhe é oferecida, optar pelo procedimento que lhe pareça mais vantajoso.²¹ A pena deva ser aplicada ao autor do fato, e em sua razão, já que se exige que se faça a imputação objetiva do fato ao agente do delito e, em um segundo momento, a imputação subjetiva, que é a culpabilidade pelo fato. Assim, não há como negar a natureza jurídico-penal das sanções previstas pela Lei nº 9.099/1.995, que são aplicadas em razão da Transação Penal. Finalizando, entende a proposta de transação como o devido processo legal, estabelecido pela referida lei, e que a sua sentença tem natureza condenatória e faz coisa julgada.²²

Maria Lúcia Karam entende ser a sentença que homologa a proposta de natureza condenatória equiparada à uma sentença de mérito, com as características e efeitos próprios das sentenças penais condenatórias típicas, sendo apta a fazer coisa julgada material e impedindo que a demanda seja novamente levada à juízo. A única diferença encontrada na sentença homologatória da transação seria que esta deve ser

²¹ SANTOS, Lycurgo de Castro. Culpabilidade e pena na lei 9.099/95. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 13, jan 1996, p. 130. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rI&srguid=i0ad600790000014d4ea44abffbe3d606&docguid=l8c94a9b0f25111dfab6f010000000000&hitguid=l8c94a9b0f25111dfab6f010000000000&spos=5&epos=5&td=6&context=41&startChunk=1&endChunk=1.>> Acesso em: 13 mai. 2015.

²² SANTOS, Lycurgo de Castro. A natureza jurídico-penal da multa e da restrição de direitos na Transação Penal (Lei 9.099/95). **Boletim IBCCRIM**, ano 4, n. 38, fev. 1996, [sp]. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim/58-38-Fevereiro-1996/?ano_filtro=1996.> Acesso em: 13 mai. 2015.

entendida como uma chancela do juiz ao acordo aceito pelas partes, apto a resolver o conflito, ou seja, esta resolução não seria obtida através de um julgamento de mérito tradicional, embora possa produzir todos os efeitos inerentes às sentenças de mérito.²³

Para Tourinho Neto e Figueira Júnior, não há como a sentença não ser condenatória, já que o texto da Lei nº 9.099/1.995 afirma que o juiz, ao homologar o acordo, aplicará a pena, e esta pena tem as características de uma sanção penal ordinária. Então, questionam se aplicar esta pena não seria o equivalente a condenar. Portanto, para os autores, trata-se de sentença penal condenatória do tipo sumário, da qual deriva um título judicial executivo. Ainda, entendem que o único efeito penal oriundo dessa sentença será o seu registro, para impedir que o autor do fato seja novamente beneficiado no prazo de cinco anos.²⁴

Quanto à assunção de culpa pelo autor do fato, Tourinho Neto e Figueira Júnior entendem existir o devido processo legal sob a forma da transação, e a posterior aplicação de uma pena mediante homologação do acordo em uma sentença condenatória, embora, mesmo aceitando o acordo e a imposição da sanção, não significa que o autor do fato deva ser considerado culpado. Este somente não contestou o que lhe foi imputado, não fez uma confissão de culpa. Ao aceitar a proposta, escolheu por não responder um processo, não se submeter a instrução criminal, aos debates orais, preferiu a tranquilidade. Assim, segundo os autores, também não se fere o princípio da presunção da inocência.²⁵

Geraldo Prado afirma que o procedimento previsto no art. 76 da Lei nº 9.099/1.995 somente pode ser aceito se visto sob a ótica de ser tão somente uma faculdade da defesa de abrir mão do devido processo legal. Caso fosse possível impor pena de prisão no acordo de Transação

²³ KARAM, Maria Lúcia. Anotações sobre aspectos penais e processuais penais das leis 9.099/95 e 10.259/2001 - leis dos juizados especiais. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**, São Paulo, vol. 4, jun 2012, p. 1153. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014d4ea8d88933d31fda&docguid=lc4888bc0f25111dfab6f010000000000&hitguid=lc4888bc0f25111dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=11&context=74&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 13 mai. 2015.

²⁴ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**, Comentários à Lei 9.099/1995. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 610-611; 644.

²⁵ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**, Comentários à Lei 9.099/1995. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 611.

Penal, esta estaria em desacordo com a Constituição Federal. Ao finalizar o raciocínio, o autor afirma não existir o devido processo legal na Transação Penal brasileira, tratando-se de técnica de defesa.²⁶

Ao tratar da natureza jurídica da Transação Penal, Luís Paulo Sirvinkas lhe atribui natureza cível, afirmando tratar-se de um negócio jurídico extrapatrimonial. Não se trata de transação, pois esta só é possível quando se tratar de direitos patrimoniais de caráter privado, já o negócio jurídico admite não só questões patrimoniais, mas também matéria extrapatrimonial. Desta maneira, seria possível ao indivíduo que cometeu a infração penal de menor potencial ofensivo negociar a sua liberdade, mediante a aceitação de pena não privativa de liberdade, em um acordo firmado livremente com o Promotor de Justiça.²⁷ Assim, não existiria na transação um processo penal propriamente dito, nem as garantias do *Due Process of Law* e demais garantias previstas na Constituição Federal, conseqüentemente, não há pena a ser aplicada e, por este motivo, entende que se trata de uma sanção especial e não uma sanção penal. Trata-se de medida judicial sem consequência penal.²⁸

²⁶ PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. **Elementos para uma análise crítica da Transação Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 216-217.

²⁷ SIRVINSKAS, Luís Paulo. A autonomia privada, a Transação Penal e seus efeitos civis. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 780, out. 2000, p. 460. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014d4eda7fcd9e5daca8&docguid=Id0186790f25011dfab6f01000000000&hitguid=Id0186790f25011dfab6f01000000000&spos=8&epos=8&td=9&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 13 mai. 2015.

²⁸ SIRVINSKAS, Luís Paulo. A autonomia privada, a Transação Penal e seus efeitos civis. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 780, out. 2000, p. 461-462. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014d4eda7fcd9e5daca8&docguid=Id0186790f25011dfab6f01000000000&hitguid=Id0186790f25011dfab6f01000000000&spos=8&epos=8&td=9&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 13 mai. 2015.

2 RESUMO DO CASO E ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO DO RE 795.567/PR

Trata-se, na origem, de um procedimento penal instaurado pelo 2º Juizado Especial Criminal da Comarca de Londrina para apurar o cometimento de contravenção penal, tipificada no artigo 58 do Decreto-lei 3.668 de 03 de Outubro de 1.941,²⁹ no qual o autor do fato teve motocicleta de sua propriedade, supostamente utilizada na execução do ilícito, apreendida por ocasião da lavratura de termo circunstanciado anteriormente mencionado.

Ofertada transação, foi ela acolhida e integralmente cumprida pelo investigado, o que veio a ser reconhecido por sentença extintiva de punibilidade, onde restou decretada a perda do veículo antes apreendido, e imposta a sanção prevista no artigo 91, inciso II, alínea “a” do Código Penal,³⁰ com fundamento no artigo 779 do Código de Processo Penal,³¹ combinado com o artigo 1 do Decreto-lei nº 3.668/1.941.³² Contra essa sentença foi interposta apelação, que restou desprovida pela Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Na sequência, foram opostos embargos declaratórios, também rejeitados. Assim, foi então interposto Recurso Extraordinário, que teve como fundamento a alegação

²⁹ BRASIL. Presidência da República. **Decreto-lei 3.668 de 3 de outubro de 1.941**. Artigo 58. Explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração: Pena - prisão simples, de 4 (quatro) meses a 1 (um) ano, e multa. Parágrafo único. Incorre na pena de multa aquele que participa da loteria, visando a obtenção de prêmio, para si ou para terceiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm> Acesso em: 15 nov. 2015.

³⁰ BRASIL. Presidência da República. **Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, De 7 De Dezembro De 1940**. Artigo 91 - São efeitos da condenação: (...) II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; (...). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm> Acesso em: 15 nov. 2015.

³¹ BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941**. Artigo 779 - O confisco dos instrumentos e produtos do crime, no caso previsto no art. 100 do Código Penal, será decretado no despacho de arquivamento do inquérito, na sentença de impronúncia ou na sentença absolutória. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 15 nov. 2015.

³² BRASIL. Presidência da República. **Lei das Contravenções Penais. Decreto-lei 3.668, de 3 de outubro de 1.941**. Artigo 1 - Aplicam-se as contravenções às regras gerais do Código Penal, sempre que a presente lei não disponha de modo diverso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm> Acesso em: 15 nov. 2015.

que o direito de propriedade do autor do fato teria sido atingido sem a observância do devido processo legal, visto que o acórdão recorrido teria lhe infligido uma sanção penal sem que houvesse uma ação penal para apuração dos fatos narrados no termo circunstanciado, e isto atentaria contra as garantias do contraditório e da ampla defesa. Ainda sustentou que a aplicação de efeitos equivalentes aos da confissão em sede de Transação Penal afrontaria a presunção de inocência, e portanto, impossível extrair-se essa mesma consequência de um ato transacional. Inadmitido na origem, seus autos foram submetidos ao Supremo Tribunal Federal por meio de agravo de instrumento. Após a análise da existência de repercussão geral, foi provido o agravo, e na sequência, determinado sua conversão em recurso extraordinário, que foi, por fim, admitido e provido.

2.1 FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

O Recurso Extraordinário nº 795.567/PR foi levado a julgamento pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal e, após os votos dos Ministros Teori Zavascki (Relator), Roberto Barroso e Rosa Weber, que lhe deram provimento, pediu vista aos autos o Ministro Luiz Fux. Por fim, o Tribunal, por unanimidade, e nos termos e fundamentos do voto do Relator, deu provimento ao recurso extraordinário, entendendo ser a transação um acordo entre as partes, e sua sentença homologatória, portanto, não cabíveis os efeitos extrapenais genéricos. A tese fixada na decisão do Recurso Extraordinário teve o seguinte teor:

As consequências jurídicas extra penais, previstas no art. 91 do Código Penal, são decorrentes de sentença penal condenatória. Tal não ocorre, portanto, quando há Transação Penal, cuja sentença tem natureza meramente homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante. As consequências geradas pela Transação Penal são essencialmente aquelas estipuladas por modo consensual no respectivo instrumento de acordo.³³

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Re 795.567/PR**. Ementa: Constitucional e Penal. Transação Penal. Cumprimento da Pena Restritiva de Direito. Posterior Determinação Judicial de Confisco Do Bem Apreendido com Base no Art. 91, II, do Código Penal. Afronta à Garantia do Devido Processo Legal Caracterizada. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Data do julgamento: 28 mai. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoRG/anexo/Repercussao_Geral_5_internet_weblinks.pdf>. Acesso em: 24 out. 2015.

No seu voto, o Ministro Luis Fux deu provimento ao recurso, devido a impossibilidade, no caso concreto, do confisco de bem pertencente ao autor do fato cuja posse não seja ilícita, sob pena de violação do direito constitucional à propriedade. Entretanto, entendendo a sentença que homologa a Transação Penal como condenatória e, portanto, possível a aplicação do confisco à Transação Penal, firmou a sua tese da seguinte maneira:

É constitucional a aplicação dos efeitos da condenação estabelecidos no art. 91, II, do Código Penal, às sentenças homologatórias de Transação Penal, tendo em vista sua natureza condenatória, ausente violação aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência, desde que observado o disposto na Lei 9.099/95 e, subsidiariamente, no Código Penal e no Código de Processo Penal.

A partir das duas teses firmadas, serão analisados, na sequência os principais fundamentos pelos quais os dois votos, com teses distintas, e que deram provimento ao recurso, foram desenvolvidos. A análise será feita confrontando a fundamentação dos votos com o embasamento teórico exposto no item anterior, com o objetivo de verificar a sua aderência aos diferentes posicionamentos apresentados. O texto a seguir será dividido em itens, confrontando os argumentos utilizados nos votos com a teoria agrupados em razão do assunto principal tratado.

2.1.1 Quanto à natureza da transação e da sentença que a homologa

No que toca à natureza da transação e da sentença homologatória, assim se lê na decisão:

A Lei nº 9.099/1995 introduziu no sistema penal brasileiro o instituto da transação, que, nos termos do seu artigo 76 e §§, permite a dispensa pelo magistrado da persecução penal nos casos de crimes de menor potencial ofensivo, desde que o suspeito da prática do delito concorde em se submeter, sem qualquer resistência, ao cumprimento de uma pena restritiva de direito ou multa que lhe tiver sido ofertada por representante do Ministério Público em audiência. Ao assim dispor, a lei relativizou, de um lado, o princípio da obrigatoriedade da instauração da persecução penal em crimes de ação penal pública de menor ofensividade, e, de outro, autorizou o investigado a dispor das garantias processuais penais que o ordenamento lhe confere. As consequências geradas pela Transação Penal da Lei 9.099/95 não de ser essencialmente aquelas estipuladas no instrumento do acordo. **Recurso Extraordinário 795.567/Paraná**. Voto Relator: Ministro Teori Zavascki.

A natureza jurídica da sentença homologatória da Transação Penal pressupõe que seja considerado o principal elemento que a constitui: a aplicação de uma sanção penal ao autor do crime de menor potencial ofensivo levado à apreciação do Judiciário. **Recurso Extraordinário 795.567/Paraná**. Voto-vista: Ministro Luis Fux

A dogmática processual e a exegese das normas legais sobre o *thema iudicandum* conduzem à conclusão de que a aplicação de uma sanção penal a ser cumprida pelo apenado atribui à sentença natureza condenatória, ainda que desprovida de alguns dos efeitos da condenação criminal tradicional, na pré-compreensão da Corte incumbida da uniformização da exegese acerca das “leis penais” em sentido lato, o Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. **Recurso Extraordinário 795.567/Paraná**. Voto-vista: Ministro Luis Fux

O Direito Penal, regido, por excelência, pelo princípio da legalidade, conduz ao entendimento de que a exclusão, pelo legislador, de alguns dos efeitos da condenação, confirma o entendimento de que a sentença homologatória possui natureza condenatória, desprovida apenas dos efeitos expressamente afastados pela Lei 9.099/95. **Recurso Extraordinário 795.567/Paraná**. Voto-vista: Ministro Luis Fux.

A transação é acordo de vontades, um negócio bilateral, no qual os acordantes dispõem a sua situação jurídica. Dessa forma, além da composição ou a prevenção do litígio, a causa da transação é definir autocompositivamente a situação jurídica dos interessados sem a necessidade de se submeter a uma decisão obrigatória de um terceiro. No entanto, para que esse acordo possa ser caracterizado como transação, é preciso que a composição ou a prevenção do litígio ocorra com sacrifício recíproco, o que explica sua natureza bilateral.³⁴

No ordenamento jurídico brasileiro, pode-se dizer que a transação é o ato por meio do qual os interessados previnem ou terminam litígios mediante concessões mútuas.³⁵ Isto significa que, do ponto de vista processual, as partes dispensam a intervenção direta do órgão jurisdicional para resolver o litígio no qual estão envolvidas, que no caso levaria a uma heterocomposição. As práticas autocompositivas têm sido incentivadas

³⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Execução de sentença que homologa transação que trata de obrigação de fazer ou não fazer. Peculiaridades. Necessidade de relação processual autônoma. Presença de mero juízo de delibação. Necessidade de citação da parte transigente tida por inadimplente. Oportunidade de exercício do direito de defesa. Prazo para os embargos. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 114, mar. 2004, p. 240. Disponível em: <[http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000150c9504a6ede8f7a47&docguid=I98033320f25611dfab6f010000000000&hitguid=I98033320f25611dfab6f010000000000&spos=63&epos=63&td=87&context=61&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000150c9504a6ede8f7a47&docguid=I98033320f25611dfab6f01000000000&hitguid=I98033320f25611dfab6f010000000000&spos=63&epos=63&td=87&context=61&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 02 nov. 2015.

³⁵ BRASIL. Presidência Da República. **Lei nº 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. (...) Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas. (...). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

nas legislações modernas, não só no âmbito do direito processual civil, onde são mais tradicionalmente aceitas, isto por se cuidarem de direitos em geral disponíveis, mas também no contexto do processo penal.³⁶

É vedado ao Juiz da causa qualquer verificação a respeito da conveniência ou não dos termos ajustados na transação, assim como também lhe é vedada qualquer avaliação sobre a pertinência desses ajustes em face das oportunidades de vitória que porventura estariam sendo desperdiçadas por uma das partes ao negociar. Ao juiz cabe apenas o dever de verificar os aspectos formais do próprio ato sujeito a homologação, mas nunca apreciar a substância deste, ainda que a entenda lesiva para um dos interessados. Estando o ato formalmente perfeito e a vontade das partes manifestada de modo regular, é o que basta. Disso, decorre para o Juiz o dever de resignar-se à vontade das partes e homologar o ato de disposição do direito, ainda quando contrário à sua opinião.³⁷

Poderia-se distinguir, então, como características dos juízos de jurisdição voluntária, a maior agilidade, menor formalismo, possível limitação de certas garantias, mas com a preservação das garantias fundamentais existentes nos processos contraditórios, maior economia processual e poderes mais extensos ao juiz, para atuar nos casos onde inexistem controvérsias entre partes, ou então que estas não sejam especialmente relevantes, em que atuaria por imposição legal, na defesa do interesse público ou social, ou autorizando e controlando pretensões com caráter constitutivo. Seus objetivos seriam a negociação, a prevenção da jurisdição contenciosa e o caráter constitutivo de seus atos.³⁸

Dentro desse raciocínio, o ato judicial que homologa a transação somente pode ser considerado sentença formalmente. Como não há qualquer apreciação sobre o mérito da causa, o que o órgão julgador realiza quando lhe submetem instrumento de transação para ser homologado

³⁶ GROSSI, Ana Claudia. Pode o acordo ser uma solução para os problemas da morosidade e sobrecarga da justiça? - subsídios para um debate, a partir da experiência alemã. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 114, mai – jun, 2015, p. 133–171. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000150c94e1b5ebd94cdce&docguid=17ff8c9a00e7d11e5821101000000000&hitguid=17ff8c9a00e7d11e5821101000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=32&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

³⁷ ARRUDA ALVIM. **Direito Privado**. Vol 2, Coleção Estudos e Ponderações II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 15-44.

³⁸ BUJÁN, Antonio Fernández de. Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro. **AFDUAM**, n. 5, 2001, p. 89-148. Disponível em: <[https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111\(089-148\).pdf](https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111(089-148).pdf)>. Acesso em: 15 set. 2015.

é um mero juízo de delibação, o órgão julgador apenas procede ao exame externo dos atos dispositivos das partes.³⁹ Isso não significa dizer que, e em especial em matéria penal, não exista uma resolução judicial, mas somente que a homologação não é verdadeira resolução jurisdicional do conflito objeto de um processo. A homologação tem a forma de uma sentença, mas não forma sentença.⁴⁰

Na teoria do fato jurídico, o negócio jurídico é uma espécie de ato jurídico *lato sensu*, aqueles atos humanos que têm na vontade o seu elemento nuclear e não se constituem em ilícito. Ainda, no negócio jurídico, os interessados podem, dentro de certos limites, autorregurar os seus interesses, permitindo a escolha de categorias jurídicas, de acordo com as suas conveniências, possibilitando também a definição do conteúdo eficaz das relações jurídicas surgidas do acordo.⁴¹ A Transação Penal pertence ao Direito Penal, mesmo que o acordo seja feito pelo autor do fato e pelo Ministério Público para produzir efeitos processuais, mas a transação em si é figura contratual, vale dizer, pertencente ao Direito Material Penal, isto porque o acordo prevê a aplicação de pena, e a disciplina do sistema de penas é tarefa do Direito Penal.⁴²

³⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Execução de sentença que homologa transação que trata de obrigação de fazer ou não fazer. Peculiaridades. Necessidade de relação processual autônoma. Presença de mero juízo de delibação. Necessidade de citação da parte transigente tida por inadimplente. Oportunidade de exercício do direito de defesa. Prazo para os embargos. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 114, mar. 2004, p. 240. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&sruid=i0ad8181500000150c9504a6ede8f7a47&docguid=I98033320f25611dfab6f010000000000&hitguid=I98033320f25611dfab6f010000000000&spos=63&epos=63&td=87&context=61&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

⁴⁰ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Proceso, Autocomposición y Autodefensa** (Contribución al estudio de los fines del proceso). 1 reimpr., México: Universidad Autónoma de México, 2000, p. 82.

⁴¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Vol. III, Rio de Janeiro: Borsó, 1954, p. 55-57.

⁴² PORTO, Hermínio Alberto Marques; NERY JUNIOR, Nelson. Juizados especiais para julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**. São Paulo: Revista dos tribunais, vol. 4, jun. 2012, p. 867 - 887. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6007a000001511006feaa18e4d0b4&docguid=I41681160f25711dfab6f010000000000&hitguid=I41681160f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=34&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

O princípio que norteia os procedimentos autocompositivos, dentre eles a transação, é o da verdade consensual, a verdade acordada pelas partes.⁴³ Outro aspecto importante da transação, e dos demais métodos autocompositivos, é a predominância do Princípio Dispositivo.⁴⁴ Em sentido oposto vem o processo penal, no qual o princípio informativo é o da verdade real.⁴⁵

O conteúdo dos processos de condenação em geral e, especificamente o processo penal condenatório, é a declaração do ato ilícito e também a declaração da responsabilidade por ele. Caso o ato ilícito, a infração penal, reclamar uma sanção, a responsabilidade por ele é que determina a sujeição do autor do fato à sanção. Assim, caso determinado ato ilícito necessite de uma sanção, seu autor é necessariamente responsável. No caso do processo condenatório, o acertamento do ato ilícito é o objetivo primário, porém, nele não se esgota o acertamento quanto a responsabilidade, no seu conteúdo também se determina a sanção a ser aplicada. Neste aspecto, o processo condenatório é parte do processo declaratório, uma vez que o Juiz aplica, obrigatória e vinculativamente, a norma jurídica.⁴⁶ Assim, os efeitos das providências de condenação não se restringem somente à declaração do preceito primário, mas também consistem em possibilitar a execução forçada e submeter o condenado à força física, caso necessário, para a observação do Direito.⁴⁷

A sentença é definida como a decisão da causa de acordo com a lei e a prova dos autos, ou ainda, é a decisão proferida pelo Juiz, solucionando a causa. É terminativa quando põe fim ao processo sem julgar-lhe o mérito e, definitiva, quando conhece do mérito, pondo fim ao

⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995.** 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 39.

⁴⁴ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Proceso, Autocomposición y Autodefensa** (Contribución al estudio de los fines del proceso). 1 reimpr., México: Universidad Autónoma de México, 2000, p. 81-82.

⁴⁵ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal.** 6 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 20.

⁴⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil.** Introdução e Função do Processo Civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. Volume I, São Paulo: Classic Book, 2000, p. 223-224.

⁴⁷ CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil.** Estudos sobre o processo civil. Traduzido por Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbbery. Vol. 1, Campinas: Bookseller, 1999, p. 174.

processo. A sentença penal, ao contrário da cível, busca a verdade real e não a formal e, devido à exigência da Verdade Real, a prova de que o réu praticou uma ação típica, antijurídica e culpável, isto é, punível.^{48, 49}

A eficácia declaratória contida na sentença condenatória, isto é, o efeito declaratório da sentença, corresponde ao juízo de subsunção praticado pelo julgador, ao considerar incidente no caso concreto a regra normativa constante da lei, e nesse sentido, semelhante ao conceito de “acertar” a norma jurídica à relação jurídica existente, isto é, dizer o que o Direito quer àquele caso concreto. Declarar, em sentença judicial, seria então afirmar que a espécie submetida à decisão está sujeita a determinada disciplina legal. Ao declarar procedente a ação e o demandado responsável pela prestação exigida, efeito declaratório da sentença condenatória, o juiz, na sentença, declara que determinado preceito de lei incidiu e é aplicável à espécie litigiosa. Por esse motivo, o juiz condena o demandado a sanção, se a demanda é condenatória, ou seja, ao cumprimento da prestação declarada existente e exigível.^{50, 51}

Todas as sentenças, mesmo aquelas proferidas em procedimentos de jurisdição voluntária, terão eficácia declaratória, isto é, aptas a produzir efeito declaratório. Contudo, em relação aos procedimentos de jurisdição voluntária, por inexistir um conflito de interesses atual, a ordem

⁴⁸ MACHADO, Agapito. A sentença penal e o código penal brasileiro de 1984. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 671, set. 1991, p. 271 – 284. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001510b797eab9e154f39&docguid=I118f8c90f25011dfab6f010000000000&hitguid=I118f8c90f25011dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=18&context=98&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

⁴⁹ TUCCI, Rogério Lauria. Sentença Penal. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 5 jun. 2012, p. 263. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001510b76984687ecac94&docguid=I0965fe80f25711dfab6f010000000000&hitguid=I0965fe80f25711dfab6f010000000000&spos=16&epos=16&td=53&context=83&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

⁵⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Introdução e Função do Processo Civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. Volume I, São Paulo: Classic Book, 2000, p. 229.

⁵¹ SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. Conteúdo da sentença e coisa julgada. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 6, out. 2011, p. 287. Disponível em: <[http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001510b76984687ecac94&docguid=I0965fe80f25711dfab6f010000000000&hitguid=I0965fe80f25711dfab6f010000000000&spos=16&epos=16&td=53&context=83&startC hunk=1&endChunk=1](http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001510b76984687ecac94&docguid=I0965fe80f25711dfab6f010000000000&hitguid=I0965fe80f25711dfab6f010000000000&spos=16&epos=16&td=53&context=83&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 14 nov. 2015.

jurídica não entende necessário estender a estes a indiscutibilidade inerente à coisa julgada, o que faz com que a eficácia declaratória destas sentenças se esvazie, tornando-as incapazes de produzir coisa julgada.⁵²

Para cada ato jurídico são atribuídos efeitos correspondentes ao seu conteúdo, isso não excluindo também, que se atribuam efeitos iguais a atos de diferentes conteúdos, ou vice-versa. Não é necessário que entre o ato jurídico e os seus efeitos exista nexos de causalidade, uma vez que esta pode ser substituída pelo conceito de imputação, ainda assim, dependerá do conteúdo do ato os efeitos que este potencialmente produzirá ou já produziu. Isto não significa que o efeito produzido pelo ato se identifique ou se confunda com o respectivo conteúdo, ou faça parte desse conteúdo. O efeito é algo que está necessariamente, por definição, fora daquilo que o produz, quer se trate de fato natural, quer de ato jurídico.⁵³

2.1.2 Quanto aos efeitos extrapenais genéricos

Ao tratar dos efeitos extrapenais genéricos, os fundamentos principais encontrados nos votos são:

A imposição da medida confiscatória sem processo revela-se antagônica não apenas à aceção formal da garantia do art. 5º, LIV, da CF, como também ao seu significado material, destinado a vedar as iniciativas estatais que incorram, seja pelo excesso ou pela insuficiência, em resultado arbitrário. No particular, a excessividade do decreto de confisco reside no fato de que a aceitação da transação reverteu em claro prejuízo daquele a quem deveria beneficiar (o investigado), pois produziu contra ele um efeito acessório – a perda da propriedade de uma motocicleta – que se revelou muito mais gravoso do que a própria prestação principal originalmente

52 SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. Conteúdo da sentença e coisa julgada. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 6, out. 2011, p. 287. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001510b76984687ecac94&docguid=I0965fe80f25711dfab6f010000000000&hitguid=I0965fe80f25711dfab6f010000000000&spos=16&epos=16&td=53&context=83&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

53 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 40, out. 1985, [sp]. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001510b6fccf85a32f966&docguid=I2aa558c0f25711dfab6f010000000000&hitguid=I2aa558c0f25711dfab6f010000000000&spos=98&epos=98&td=107&context=53&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

avençada (pagamento de 5 cestas de alimentos). **Recurso Extraordinário 795.567/Paraná.** Voto Relator: Ministro Teori Zavascki. Os efeitos automáticos da condenação, previstos no art. 91, II, do Código Penal, representam mero imperativo lógico da aplicação de pena ao autor do crime de menor potencial ofensivo que ensejou a formulação da proposta de Transação Penal pelo Estado-Acusador e ao seu acolhimento pelo Estado-Juiz. Consectariamente, esse efeito impede que o réu mantenha a posse ilícita de bens ou instrumentos do delito cuja posse. **Recurso Extraordinário 795.567/Paraná.** Voto-vista: Ministro Luis Fux.

A potencial gratificação propiciada pelo crime é anulada quando se observa sob seu aspecto econômico, devido ao risco de sujeição às penas cominadas, em especial à privação da liberdade. Com a anulação da gratificação no cometimento da infração penal, se espera, como consequência, o seu desaparecimento. São três os fatores que poderiam explicar a continuidade do crime: (1) a percepção de um baixo risco potencial de efetiva punição, por parte do infrator; (2) um grau elevado de satisfação pessoal por parte do infrator, com a prática do crime, sendo impossível desmotivá-lo através da cominação de um mal; e (3) por fim, a apreciação do infrator relativamente à compensação trazida pelo crime é diferente daquela que o Estado supõe ao cominar as penas. A sujeição à pena não anularia o sentimento de compensação material trazida pelo crime. Nesse sentido a pena não seria mais do que o custo eventual, de um benefício econômico. A diferença com os outros dois fatores está em que a eliminação deste benefício se encontra ao alcance do Estado.⁵⁴

Por perda, ou confisco, entendemos as medidas que instauram o domínio do Estado sobre certos bens ou valores, fazendo cessar os direitos reais e obrigacionais que sobre eles porventura incidissem, bem como outras formas de tutela jurídica dos estados de fato que os tivessem

⁵⁴ CAEIRO, Pedro. Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens Relacionadas com o Crime no Confronto com Outros Meios de Prevenção da Criminalidade Reditícia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 100, jan. – fev. 2013, p. 453-501. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001510fbf08dd4220ebf2&docguid=l1b6583b0645d11e2bdc201000000000&hitguid=l1b6583b0645d11e2bdc2010000000000&spos=2&epos=2&td=3&context=18&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

por objeto, como por exemplo a posse.⁵⁵ No ordenamento brasileiro o confisco está previsto no artigo 91, II do Código Penal e se refere aos bens cujo porte, fabrico, alienação, uso ou detenção constitua fato ilícito, bem como aqueles que constituam proveito da prática delituosa ilícitos ou não.

O principal efeito da sentença condenatória é fixar a pena, como efeito secundário tem-se o confisco, de natureza extrapenal, porém decorrente da fixação da pena. Este efeito é automático e não necessita que o Juiz o declare na sentença e, além disso, não possui cunho retributivo, mas orientado pela prevenção, pois inviabiliza as situações que propiciam a prática delituosa, desestimulando-a.⁵⁶

O confisco é considerado como uma modalidade de sanção que parece atingir com maior eficácia o objetivo de dissuasão do agente criminoso, uma vez que traz consigo um risco com o qual o criminoso não é capaz de lidar, diferentemente de penas como a multa, cujo valor pode de alguma forma ser contabilizado na estratégia delitiva. É uma sanção dotada de grande capacidade intimidatória sobre o agente, ao mesmo tempo em que impede a fruição dos proveitos auferidos com o crime. Com essa sanção atende-se uma orientação de prevenção geral, reforçando a dignidade do ordenamento violado junto à coletividade. Por fim, ao fixar como limite da perda as vantagens do crime, e ainda prever o confisco dos bens ou valores equivalentes, a legislação brasileira dá um sinal do quão severa pode ser a medida.⁵⁷

⁵⁵ CAEIRO, Pedro. Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens Relacionadas com o Crime no Confronto com Outros Meios de Prevenção da Criminalidade Reditícia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 100, jan. – fev. 2013, p. 453-501. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001510fbf08dd4220ebf2&docguid=11b6583b0645d11e2bdc201000000000&hitguid=11b6583b0645d11e2bdc2010000000000&spos=2&epos=2&td=3&context=18&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 15 nov. 2015.

⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14 ed., ver, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2014, p. 561-565.

⁵⁷ PANZERI, André de Almeida. A sanção de perda de bens no direito penal econômico – análise comparativa dos modelos português e brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 2, jul. 2011, p. 43-79. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001510b69c0aeeb4712a1&docguid=1e56e83502d5511e0baf30000855dd350&hitguid=1e56e83502d5511e0baf30000855dd350&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 14 nov. 2105.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quanto à natureza da sentença que homologa a Transação Penal, não há óbice que seja considerada condenatória, visto que a eficácia do provimento judicial depende do seu conteúdo, seja ele acordado pelas partes, ou acertado pelo Juiz. A sentença homologatória chancela a aplicação da pena, isto é, condena o autor do fato ao seu cumprimento, justamente por ter com ela concordado. Na transação são os interessados que determinam a sua situação jurídica e portanto, determinam o conteúdo do provimento judicial. O que determina a natureza da sentença é o seu conteúdo, e sendo este penal, isto é, determina a aplicação de uma pena, a eficácia da sentença homologatória de transação também poderia ser considerada condenatória.

Considerando-se a eficácia condenatória da sentença de homologação da Transação Penal, e sendo eficácia a capacidade para produzir efeitos, estes não integram o seu conteúdo, efeito é algo que está necessariamente, por definição, fora daquilo que o produz, quer se trate de fato natural, quer de ato jurídico. Limitada essa sentença por previsão legal, quanto aos efeitos penais, mantido somente a obrigação ao cumprimento da pena, os efeitos secundários e que não dependem da verificação da culpabilidade também poderiam ser mantidos.

A sentença da Transação Penal, no entanto, não se equivale a uma sentença penal condenatória, resultante do processo penal, já que esta busca, a princípio, a Verdade Real (a verdade aproximada) e não a formal ou consensuada, e devido à exigência da verdade real, a prova de que o réu praticou uma ação típica, antijurídica e culpável, isto é punível, precisa ser feita pelo Ministério Público, mesmo nos casos onde o réu é revel, ou ainda, quando confessa ter cometido a infração penal.

Sob essa ótica, nada impede que os efeitos extra penais genéricos sejam também atribuídos à sentença que homologa a Transação Penal. A sanção do confisco desempenha um importante papel na dissuasão do agente em cometer infrações penais, visto que impede que mantenha os benefícios e os instrumentos do crime. É portanto uma sanção com finalidade preventiva e não retributiva, compatível com os princípios que informam o modelo de justiça consensual trazida pela Lei nº 9.099/1.995, mais que isso, é uma questão de política criminal permitir ou não que o acusado permaneça com as vantagens e instrumentos da infração penal.

REFERÊNCIAS

ARRUDA ALVIM. **Direito Privado**. Vol 2, Coleção Estudos e Ponderes II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 795.567/Paraná**. Data de Julgamento: 28 mai. 2015. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4527270>> Acesso em: 08 nov. 2015.

BUJÁN, Antonio Fernández de. Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro. **AFDUAM**, n. 5, 2001, p. 89-148. Disponível em: <[https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111\(089-148\).pdf](https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111(089-148).pdf)> Acesso em: 15 set. 2015.

CAEIRO, Pedro. Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens Relacionadas com o Crime no Confronto com Outros Meios de Prevenção da Criminalidade Reditícia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 100, jan. – fev. 2013, p. 453-501. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001510fbf08dd4220ebf2&docguid=l1b6583b0645d11e2bdc2010000000000&hitguid=l1b6583b0645d11e2bdc2010000000000&spos=2&epos=2&td=3&context=18&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 15 nov. 2015.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Estudos sobre o processo civil. Traduzido por Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Vol. 1, Campinas: Bookseller, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Introdução e Função do Processo Civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. Volume I, São Paulo: Classic Book, 2000.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Proceso, Autocomposición y Autodefensa** (Contribución al estudio de los fines del proceso). 1 reimpr. México: Universidad Autónoma de México, 2000.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Juizados Especiais Criminais** – comentários. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e Transação Penal nos Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais**: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GROSSI, Ana Claudia. Pode o acordo ser uma solução para os problemas da morosidade e sobrecarga da justiça? - subsídios para um debate, a partir da experiência alemã. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 114, mai – jun, 2015, p. 133–171. Disponível em:<<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000150c94e1b5ebd94cdce&docguid=l7ff8c9a00e7d11e58211010000000000&hitguid=l7ff8c9a00e7d11e58211010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=32&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 6 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JARDIM, Afrânio Silva. Os Princípios da Obrigatoriedade e Indisponibilidade da Ação Penal Pública nos Juizados Especiais Criminais. **Revista da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal**, Distrito Federal, ano 3, n. 6, jun/dez. 1996, p. 24. Disponível em:<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/16954-16955-1-PB.htm>> Acesso em: 07 jun. 2014.

KARAM, Maria Lúcia. Anotações sobre aspectos penais e processuais penais das leis 9.099/95 e 10.259/2001 - leis dos juizados especiais. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 4, jun. 2012, p. 1153. Disponível em:<<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014d4ea8d88933d31fda&docguid=lc4888bc0f25111dfab6f010000000000&hitguid=lc4888bc0f25111dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=11&context=74&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 13 mai. 2015.

MACHADO, Agapito. A sentença penal e o código penal brasileiro de 1984. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 671, set. 1991, p. 271 – 284. Disponível em:<<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001510b797eab9e154f39&docguid=l118f8c90f25011dfab6f010000000000&hitguid=l118f8c90f25011dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=18&context=98&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 14 nov. 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais** – comentários, jurisprudência, legislação. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Vol. III, Rio de Janeiro: Borsóji, 1954.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8 ed. rev., atual. e ampl. Coleção Ciências Criminais, vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 40, out. 1985, [sp]. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001510b6fccf85a32f966&docguid=I2aa558c0f25711dfab6f010000000000&hitguid=I2aa558c0f25711dfab6f010000000000&spos=98&epos=98&td=107&context=53&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 14 nov. 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. La transaccion penal brasileña y el derecho norteamericano. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 100, out. 2000, p. 131. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014d549889201872ee77&docguid=I81f0dec0f25611dfab6f010000000000&hitguid=I81f0dec0f25611dfab6f010000000000&spos=65&epos=65&td=107&context=29&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 13 mai. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14 ed., ver, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2014.

PANZERI, André de Almeida. A sanção de perda de bens no direito penal econômico – análise comparativa dos modelos português e brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 2, jul. 2011, p. 43-79. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001510b69c0aeeb4712a1&docguid=Ie56e83502d5511e0baf30000855dd350&hitguid=Ie56e83502d5511e0baf30000855dd350&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 14 nov. 2105.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A Introdução do instituto da Transação Penal no direito brasileiro** – e as questões daí decorrentes. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1998.

PORTO, Hermínio Alberto Marques; NERY JUNIOR, Nelson. Juizados especiais para julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**. São Paulo: Revista dos tribunais, vol. 4, jun. 2012, p. 867 - 887. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a000001511006feaa18e4d0b4&docguid=l41681160f25711dfab6f010000000000&hitguid=l41681160f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=34&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 03 nov. 2015.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. **Elementos para uma análise crítica da Transação Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. A natureza jurídica da Transação Penal. **Tribuna da Magistratura: Caderno de Doutrina**. São Paulo: Aasp, p.9-11, mai. 1996.

SANTOS, Lycurgo de Castro. A natureza jurídico-penal da multa e da restrição de direitos na Transação Penal (Lei 9.099/95). **Boletim IBCCRIM**, ano 4, n. 38, fev. 1996, [sp]. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim/58-38-Fevereiro-1996/?ano_filtro=1996> Acesso em: 13 mai. 2015.

SANTOS, Lycurgo de Castro. Culpabilidade e pena na lei 9.099/95. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 13, jan 1996, p. 130. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000014d4ea44abffbe3d606&docguid=l8c94a9b0f25111dfab6f010000000000&hitguid=l8c94a9b0f25111dfab6f010000000000&spos=5&epos=5&td=6&context=41&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 13 mai. 2015.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. Conteúdo da sentença e coisa julgada. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 6, out. 2011, p. 287. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001510b76984687ecac94&docguid=l0965fe80f25711dfab6f010000000000&hitguid=l0965fe80f25711dfab6f010000000000&spos=16&epos=16&td=53&context=83&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 14 nov. 2015.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. A autonomia privada, a Transação Penal e seus efeitos civis. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 780, out. 2000, p. 460. Disponível em: <[TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Saraiva, 2000.](http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014d4eda7fcd9e5daca8&docguid=Id0186790f25011dfab6f0100000000000&hitguid=Id0186790f25011dfab6f0100000000000&spos=8&epos=8&td=9&context=6&startChunk=1&endChunk=1.>> Acesso em: 13 mai. 2015.</p></div><div data-bbox=)

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**, Comentários à Lei 9.099/1995. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. Sentença Penal. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 5 jun. 2012, p. 263. Disponível em: <[WAMBIER, Luiz Rodrigues. Execução de sentença que homologa transação que trata de obrigação de fazer ou não fazer. Peculiaridades. Necessidade de relação processual autônoma. Presença de mero juízo de delibação. Necessidade de citação da parte transigente tida por inadimplente. Oportunidade de exercício do direito de defesa. Prazo para os embargos. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 114, mar. 2004, p. 240. Disponível em: <\[ZANATTA, Airton. **A Transação Penal e o poder discricionário do ministério público**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.\]\(http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000150c9504a6ede8f7a47&docguid=I98033320f25611dfab6f010000000000&hitguid=I98033320f25611dfab6f010000000000&spos=63&epos=63&td=87&context=61&startChunk=1&endChunk=1.>> Acesso em: 02 nov. 2015.</p></div><div data-bbox=\)](http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001510b76984687ecac94&docguid=I0965fe80f25711dfab6f010000000000&hitguid=I0965fe80f25711dfab6f010000000000&spos=16&epos=16&td=53&context=83&startChunk=1&endChunk=1.>> Acesso em: 14 nov. 2015.</p></div><div data-bbox=)

a materialização do princípio da dignidade da pessoa humana por meio do benefício assistencial de prestação continuada

Larissa Monte Blanco

Acadêmica de Direito
da Universidade Feevale.
E-mail: larissamonteblanco@hotmail.com.

Emerson Tyrone Mattje

Doutorando em Diversidade Cultural e
Inclusão Social (Universidade Feevale);
Mestre pela Faculdade de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do Sul;
professor do curso de Direito (graduação)
e coordenador do curso de pós-graduação
lato sensu - especialização em Direito do
Trabalho, Previdenciário e Processual do
Trabalho da Universidade Feevale; auditor-
fiscal do trabalho (Ministério do Trabalho e
Previdência Social – Gerência Regional do
Trabalho e Emprego em Novo Hamburgo).
E-mail: mattje@feevale.br.

INTRODUÇÃO

O benefício assistencial de prestação continuada, previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal de 1988, e regulamentado pela Lei nº 8.742/1993, sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, busca avaliar se tal benefício supre o estado de miserabilidade e proporciona uma vida mais digna a pessoas idosas e com deficiência incapazes de manterem seu próprio sustento ou de tê-lo suprido por suas famílias.

Os métodos de abordagem utilizados na pesquisa serão o dedutivo e o analítico, iniciando-se pelo exame de temas gerais e teóricos, em que se oferecerá uma ampla visão da matéria, partindo-se para uma sequência lógica com o fim de facilitar a compreensão da problemática.

O estudo tem por objetivo conhecer o benefício assistencial de prestação continuada, apresentando-o como uma ferramenta de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Sua finalidade cingirá na verificação da capacidade do benefício de extinguir a situação de pobreza extrema de indivíduos idosos e pessoas com deficiência que preencham os requisitos de concessão da benesse.

Para tanto, serão abordados o conceito e as características do benefício assistencial, bem como os requisitos para sua concessão, atentando para recentes alterações que em breve serão inseridas na Lei Orgânica da Assistência Social, principalmente no que tange ao critério de miserabilidade e no conceito de pessoa com deficiência.

Por fim, o benefício assistencial será exposto como instrumento de materialização do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, dar-se-á enfoque à noção de mínimo existencial e aos recentes entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, os quais, fundamentados no referido princípio, alteraram o modo de aplicação do critério de aferição da miserabilidade do benefício, gerando, inclusive, mudanças legislativas acerca de tal requisito.

Deste modo, a problemática a ser enfrentada neste trabalho afigura-se de larga importância, na medida em que se trata de um benefício de caráter social, que busca a igualdade entre os cidadãos e que materializa um princípio tão almejado por nossa Constituição: a dignidade da pessoa humana.

1 O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Ao se tratar de programas assistenciais no Brasil, o maior exemplo de transferência de renda refere-se ao Benefício de Prestação Continuada – BPC, o qual representa cerca de 81% dos recursos da assistência social.¹

O BPC afigura-se como o único benefício assistencial previsto na norma constitucional, nos termos do artigo 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988. O mencionado artigo, *caput*, determina que a assistência social, independentemente de o beneficiário ter vertido ou não contribuições ao sistema da seguridade social, seja prestada a quem dela necessitar. Desta forma, o inciso V garante a concessão de um salário mínimo de benefício mensal às pessoas que, em razão de deficiência ou de idade avançada, logrem comprovar a insuficiência de recursos para o provimento de sua própria subsistência ou de tê-la, então, provida por sua família, nos termos da lei.²

Sem precedentes na legislação brasileira, o benefício de cunho genuinamente assistencial foi criado pela Constituição de 1988, a qual, após informar as diretrizes básicas do benefício, outorgou ao legislador ordinário a tarefa de regulamentar as situações em que concedidas tais prestações de caráter contínuo. Antes da Constituição Federal, apenas há de se falar do amparo previdenciário instituído pela Lei nº 6.179/74, que concedia aos maiores de 70 anos de idade e aos definitivamente inválidos e incapacitados para o trabalho o valor de meio salário mínimo mensal. Não obstante, exigia algum momento de filiação ao regime previdenciário, de modo que não detinha, efetivamente, natureza assistencial.³

A seguir, diversas normas infraconstitucionais foram instituídas a fim de regulamentar o aludido benefício previsto pela Carta Magna, conforme leciona Wladimir Novaes Martinez:

¹ MOTA, Ana Elizabete. **O Mito da Assistência Social**: ensaios sobre Estado, Política e Sociedade. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 154.

² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 849.

³ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 275.

O benefício de pagamento continuado integrante da assistência social, previsto na Lei n. 8.742/1993 e na Lei 10.741/2003, regulamentado no Decreto n. 1.744/1995 e alterado pela MP n. 1.473-29/1997, é administrado pelo INSS, conforme as resoluções INSS/PR ns. 324/1995 e 435/1997 e Ordem de Serviço INSS/DSS n. 562/1997, sendo conhecido como amparo previdenciário ou benefício de pagamento continuado da LOAS, especialmente depois do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003).⁴

O artigo 1º da Lei Orgânica da Assistência Social (Lei n. 8.742/1993) – LOAS – define que, como forma de atender às necessidades básicas, a assistência social proverá os mínimos sociais ao cidadão, eis que se trata de um dever do próprio Estado, bem como um direito do beneficiário. Caracteriza-se, pois, como Política de Seguridade Social não contributiva a concretizar-se por meio de ações de iniciativas públicas e de toda a sociedade.

Em linhas gerais, reporta-se, pois, a uma prestação de caráter continuado, de cunho personalíssimo, temporário, inacumulável e subsidiário, com particularidades próprias ao direito das pessoas com deficiência e dos idosos e com forte aplicação do princípio *in dubio pro misero*, haja vista o caráter urgente, alimentar e assistencial do BPC.⁵

Quanto a suas características, o benefício assistencial de prestação continuada é, via de regra, inacumulável com outros benefícios da seguridade social, ressalvadas a assistência médica e a pensão especial de natureza indenizatória, nos termos em que preceitua o artigo 20, § 4º, da LOAS.⁶

Outra característica do BPC é a sua natureza personalíssima, que, por essa razão, não gera o direito à pensão por morte aos dependentes do beneficiário. No entanto, sobrevivendo a morte, quanto aos valores vencidos que seriam devidos ao autor do benefício, esses devem ser entregues a seus sucessores, por já integrarem o patrimônio do *de cuius*.⁷

⁴ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 1208.

⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 1208.

⁶ DUARTE, Marina Vasques. **Direito Previdenciário**. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 271.

⁷ VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Previdência Social: custeio e benefícios**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 528.

Ademais, conforme o artigo 21 da LOAS⁸, o BPC é um benefício de caráter temporário, que deve ser revisto a cada dois anos para fins de avaliação da continuidade dos requisitos que lhe deram origem, de modo que deverá ser cessado com a morte do beneficiário ou quando vencidas as condições que deram motivo à concessão.⁹

Quanto às demais hipóteses de cessação do benefício, Ivan Kertzman destaca:

- I – superação das condições que lhe deram origem;
- II – morte do beneficiário;
- III – morte presumida do beneficiário, declarada em juízo;
- IV – ausência declarada do beneficiário;
- V – falta de comparecimento do beneficiário portador de deficiência ao exame médico-pericial, por ocasião da revisão do benefício;
- VI – falta de apresentação pelo idoso ou pela pessoa portadora de deficiência da declaração de composição do grupo e renda familiar, por ocasião de revisão do benefício.¹⁰

Ademais, o artigo 21-A da LOAS, incluído por meio da Lei 12.470/2011, menciona que o BPC “será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual”. Não obstante, a própria lei introduziu, no § 2º do artigo 21-A da LOAS, uma ressalva para a referida regra, determinando que a contratação pessoa com deficiência na condição de aprendiz não acarreta a suspensão do benefício, desde que o recebimento concomitante das remunerações não ultrapasse dois anos.

Outrossim, preceitua o § 1º, artigo 21-A da LOAS que, ainda que suspenso o BPC em razão de a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, após a extinção do contrato de trabalho ou da atividade empreendedora pode o beneficiário requerer a continuidade da prestação do benefício, sem que tenha que se submeter a nova avaliação médico-pericial para tanto.

⁸ Art. 21. O benefício de prestação continuada deve ser revisto a cada 2 (dois) anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem.

§ 1º O pagamento do benefício cessa no momento em que forem superadas as condições referidas no caput, ou em caso de morte do beneficiário.

§ 2º O benefício será cancelado quando se constatar irregularidade na sua concessão ou utilização.

⁹ AMADO, Frederico Augusto di Trin. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 68.

¹⁰ KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 9. ed. Pituba: JusPodivm, 2012, p. 468-469.

As condições e requisitos para a concessão do Benefício Assistencial de Prestação Continuada consubstanciam-se nos artigos 20 e 21 da LOAS, que serão objeto de estudo do subitem que se segue.

2 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL

Para a concessão do BPC, nos termos da Lei nº 8.742/93, em seu artigo 20, faz-se necessário o implemento de um dos requisitos de ordem subjetiva, bem como do cumprimento integral dos requisitos de ordem objetiva.

Para fins de cumprimento do requisito subjetivo, o beneficiário deve ser pessoa com deficiência ou ser idoso com 65 anos ou mais.

Conforme preconiza o artigo 4º, incisos II e III do Decreto 7.617/2011, o qual inseriu diversas alterações na LOAS, é considerada pessoa com deficiência aquela com impedimentos de longo prazo (igual ou superior a dois anos), cuja moléstia, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, a incapacite ao trabalho e à vida independente.¹¹

No que toca ao limite etário, fixado no *caput* do artigo 20 da LOAS, inicialmente foi definido em 70 anos, sendo alterado para 67 anos por força do disposto no artigo 38 da mesma lei, a partir de janeiro de 1998. Em outubro de 2003, em decorrência do artigo 34 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), a idade para percepção do benefício assistencial passou para 65 anos de idade, a qual se mantém atualmente.¹²

Recentemente, foi dada nova redação ao *caput* do artigo 20 da LOAS, por intermédio da lei da assistência social, levada a efeito pela Lei nº 12.435/2011, a qual introduziu para o corpo da Lei nº 8.742/93 a fixação da idade de 65 anos como requisito para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada. Desta forma, basta que seu cumprimento seja comprovado por meio de qualquer documento hábil, não comportando maiores dúvidas acerca de tal critério.

¹¹ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 34-35.

¹² GOES, Hugo. **Manual de Direito Previdenciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2001, p. 702.

Quanto ao conceito de pessoa portadora de deficiência, esse provém da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, de 2007, aprovada no país por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 09.07.2008, e internalizada pela Presidência da República por intermédio do Decreto nº 6.949, de 25.08.2009. Em razão de o trâmite de aprovação pelo Congresso Nacional ter obedecido ao disposto no artigo 5º, § 3º da Constituição Federal¹³, a referida convenção internacional sobre direitos humanos tomou força de emenda constitucional.¹⁴

Inobstante a isso, a Lei nº 12.470/2011, ao alterar o artigo 20 da LOAS, definiu que impedimento de longo prazo é “aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos”, o que acabou restringindo o conceito constitucional de deficiência, uma vez que a referida Convenção não dispõe acerca de prazos no conceito de pessoa com necessidades especiais. Deste modo, a regra imposta pelo legislador configurava-se inconstitucional, tendo em vista que a imposição do prazo de 2 anos como requisito de verificação da deficiência extrapolava a norma constitucional prevista na Convenção, a qual não prevê qualquer prazo, mas apenas condições objetivas para a verificação da deficiência.¹⁵

Por essa razão, por meio da Lei 13.146, de 06 de julho de 2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência¹⁶ –, a LOAS sofreu nova alteração em seu artigo 20, § 2º, que excluiu o prazo de dois anos como critério de deficiência de longo prazo, adequando-se, portanto, à norma constitucional. Assim, a regra passou a vigor com a seguinte redação:

¹³ Art. 5º, § 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

¹⁴ BRASIL. **Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 17 set. 2015.

¹⁵ FOLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. **Benefício assistencial ao idoso e ao portador de deficiência (LOAS)**. Teoria e prática. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 31-32.

¹⁶ BRASIL. **Lei 13.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art105>. Acesso em: 17 set. 2015.

§ 2º. Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Deste modo, superada tal discussão, tem-se que a existência de incapacidade independerá de prazo objetivo de duração, sendo que será suficiente para caracterizar como pessoa com deficiência aquele que se enquadrar nos termos da nova redação do artigo 20, § 2º, da Lei 8.742/1993.

Ainda quanto aos requisitos subjetivos para a concessão do BPC, o INSS reconhece como beneficiário tanto os brasileiros natos quanto os naturalizados, desde que atendam aos demais requisitos estabelecidos em lei. Não obstante, no que tange aos estrangeiros residentes no país, a autarquia administrativa inadmite a concessão da prestação, eis que a Lei nº 8.742/93, em seu artigo 1º, assegura a assistência do Estado apenas aos cidadãos.¹⁷

Ocorre que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”. Ademais, o benefício de prestação continuada da assistência social está assegurado no artigo 203, V, da Carta Magna, que orienta, no *caput*, que “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social”.

Portanto, ainda que a LOAS determine que a assistência do Estado será prestada tão somente aos cidadãos, a norma constitucional não faz qualquer menção de proibição para a concessão do benefício ao estrangeiro residente no Brasil.¹⁸ Dadas essas circunstâncias, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do mencionado tema, o qual aguarda decisão da Suprema Corte, conforme demonstrado no Recurso Extraordinário de número 587.970.¹⁹

¹⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 857.

¹⁸ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 857.

¹⁹ ASSISTÊNCIA SOCIAL - GARANTIA DE SALÁRIO MÍNIMO A MENOS AFORTUNADO - ESTRANGEIRO RESIDENTE NO PAÍS - DIREITO RECONHECIDO NA ORIGEM - Possui repercussão geral a controvérsia sobre a possibilidade de conceder a estrangeiros residentes no país o benefício assistencial previsto no artigo 203, inciso V, da Carta da República. (STF, Repercussão Geral, REExt 580.963, 25/06/2009)

Quanto ao requisito objetivo, deve o cidadão comprovar não possuir meios próprios de prover a própria subsistência e, ainda, comprovar que sua família também não possui recursos de alcançar-lhe o sustento. Entende-se como impossibilidade de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou do idoso – e consequente critério de miserabilidade para fins do BPC – a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.²⁰

Inicialmente, dentre os diversos critérios adotados para a aferição do requisito da miserabilidade, vislumbram-se dois sistemas: o relativo e o legal-constitucional. No sistema relativo, o qual é adotado na Europa, a miserabilidade é avaliada com base em um determinado percentual da renda média de certa região, haja vista a disparidade existente no custo de vida de quem, por exemplo, vive em regiões metropolitanas daqueles que vivem em zonas rurais. Já no sistema legal-constitucional, adotado por nossa legislação, a aferição do requisito de miserabilidade se dá por meio de critérios objetivos. Enquanto a Constituição Federal previu o benefício de forma geral, o legislador infraconstitucional o regulamentou detalhadamente.²¹

Nesta senda, a atual redação do § 3º, do artigo 20, da LOAS, dispõe que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo”. Não obstante, após inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do referido critério objetivo de miserabilidade e, principalmente, após a declaração de inconstitucionalidade pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal em 18/04/2013 em relação ao mencionado artigo 20, § 3º, tal requisito passou a ser flexibilizado.²²

Na referida decisão da Corte Suprema, entendeu-se que a norma contida no artigo 20, § 3º, da LOAS, estaria restringindo a um único critério o conceito de miserabilidade (renda *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo), o que é insuficiente para que o direito fundamental à assistência social seja atendido. Assim, foi declarada a inconstitucionalidade parcial do artigo por omissão inconstitucional, uma vez que a norma deixou de

²⁰ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 849.

²¹ PIEROTTI, Wagner de Oliveira. **O benefício assistencial a idosos e portadores de deficiência**. São Paulo: LEUD, 2011, p. 93.

²² AMADO, Frederico Augusto di Trin. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 60.

prever outros elementos que servissem de prova do real estado de necessidade do indivíduo que postula pelo benefício assistencial de prestação continuada.²³

Desta forma, houve a consequente ampliação do conceito legal de miserabilidade para uma avaliação mais relativa, a fim de que a sua comprovação seja dada por meio de critérios pessoais e concretos. Ainda, pode ocorrer a exclusão de despesas extraordinárias, como, por exemplo, àquelas destinadas a medicamentos, alimentação especial, equipamentos e utensílios exigidos pela pessoa com deficiência ou idoso, e não mais por um critério aritmético previsto na lei.²⁴

A decisão do STF no recurso extraordinário de número 580.963 ainda declarou inconstitucional o parágrafo único do artigo 34 da Lei 10.741/2003, que dispõe que o benefício “já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a LOAS”. Neste contexto, afirmam Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari que:

(...) o STF reputou inconstitucional o parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso por violar o princípio da isonomia, ao abrir exceção para o recebimento de dois benefícios assistenciais de idoso, mas não permitir a percepção conjunta de benefício de idoso com o de deficiente ou de qualquer outro previdenciário.²⁵

Embora a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 20, § 3º, da LOAS, e do artigo 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso, o STF não os declarou nulos, motivo pelo qual entende-se que, na via administrativa, os critérios legalmente estabelecidos continuam válidos até que norma superveniente venha a regulamentar o tema. Na via jurisdicional, o critério de miserabilidade deve ser objeto de análise no caso concreto, embasado em condições subjetivas, podendo, até mesmo, ante a ausência de norma regulamentadora, haver a aplicação dos textos declarados

²³ WEBER, Aline Machado. **Critério legal ou a critério do julgador?** O benefício assistencial após a declaração, pelo STF, da inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1992. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n.º. 3875, fev. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26660/criterio-legal-ou-a-criterio-do-julgador>>. Acesso em 18 set. 2015.

²⁴ FOLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. **Benefício assistencial ao idoso e ao portador de deficiência (LOAS)**. Teoria e prática. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 45.

²⁵ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 855.

inconstitucionais, ou o emprego de outros indicadores, tal como o critério de $\frac{1}{2}$ salário mínimo, o qual é previsto em demais benefícios assistenciais do Governo Federal.²⁶

A fim de sanar a atual lacuna legislativa criada em razão da declaração de inconstitucionalidade pelo STF, a Lei 13.146/2015 incluiu o § 11 no artigo 20 da LOAS, dispondo nos seguintes termos:

§ 11. Para concessão do benefício de que trata o caput deste artigo, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento.²⁷

Deste modo, além do critério objetivo de miserabilidade – renda familiar *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo –, estará legalmente autorizada a utilização de outros meios de prova da condição de miserabilidade, sanando a omissão inconstitucional atualmente existente.

O segundo requisito objetivo está ligado ao conceito de entidade familiar, acerca do qual leciona Miguel Reale:

Os descendentes não podem faltar à assistência devida aos pais e avós, toda vez que estes de encontrem em dificuldades econômicas, por motivos que não podem ser superados. É, evidentemente, um preceito de ordem jurídica, e ao mesmo tempo, de ordem moral. É o princípio da solidariedade humana, ou melhor, da solidariedade familiar que dita a regra jurídica consagrada nos códigos.²⁸

Atualmente, com o advento da Lei 12.435/2011, a qual alterou o § 1º, do artigo 20 da LOAS, o núcleo familiar para fins de concessão do BPC é composto “pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto”. Desta forma, sendo a renda mensal do

²⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 855-856.

²⁷ BRASIL. **Lei 13.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art105>. Acesso em: 17 set. 2015.

²⁸ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 45.

grupo familiar insuficiente para a manutenção de sua própria subsistência, desde que preenchidos os demais requisitos, merece o beneficiário a concessão do BPC.

Por fim, quanto à exclusão de benefícios na apuração da renda familiar *per capita*, a Lei 13.146/2015 também alterou o disposto no artigo 20, § 9º, da LOAS:

Os rendimentos decorrentes de estágio supervisionado e de aprendizagem não serão computados para os fins de cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere o § 3º deste artigo.²⁹

Além disso, conforme referido outrora, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 34, do Estatuto do Idoso, ao julgar o RE 580.963, uma vez que o mencionado dispositivo favorecia tão somente aos idosos que, para receber o benefício, tinham excluídos do cálculo da renda familiar *per capita* o BPC percebido por outro familiar. Por outro lado, aqueles que, pretendendo a concessão do benefício, tivessem algum ente da família percebendo benefício previdenciário de valor mínimo, teriam tal renda computada na análise dos requisitos. Deste modo, a não exclusão do cálculo da renda *per capita* dos valores recebidos a título de benefício previdenciário, no valor de um salário mínimo, não alcançaria a proteção ao idoso pretendida pelo legislador ao criar o parágrafo único do artigo 34, razão que motivou a declaração de inconstitucionalidade por omissão³⁰, conforme se verifica na ementa que se segue:

(...) 4. A inconstitucionalidade por omissão parcial do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003. O Estatuto do Idoso dispõe, no art. 34, parágrafo único, que o benefício assistencial já concedido a qualquer membro da família não será computado para fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a LOAS. Não exclusão dos benefícios assistenciais recebidos por deficientes e de previdenciários, no valor de até um salário mínimo, percebido por idosos. Inexistência de justificativa plausível para discriminação

²⁹ BRASIL. **Lei 13.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art105>. Acesso em: 18 set. 2015.

³⁰ FOLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. **Benefício assistencial ao idoso e ao portador de deficiência (LOAS)**. Teoria e prática. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 43-44.

dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo. Omissão parcial inconstitucional. 5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003.³¹

Superadas tais discussões, cumpre seguir com o estudo no sentido de traçar uma análise do benefício em estudo em relação ao princípio estruturante da dignidade da pessoa humana.

3 A MATERIALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA POR MEIO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consoante o artigo 1º, inciso III³², da Constituição Federal. Trata-se de um valor espiritual e moral inerente à pessoa, englobando principalmente a proteção à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem, estabelecendo um direito individual de proteção do cidadão tanto frente ao Estado quanto aos demais indivíduos.³³

Em outras palavras, a dignidade humana é “um valor moral prévio à própria organização social”, uma característica que advém dos humanos e que os coloca na qualidade de mercedores de atenção e de tratamento igualitário perante o Estado e às demais pessoas. Ainda, infere-se de tal conceito a ideia de que cada indivíduo tenha sua vida e sua integridade física respeitadas, o que se dá pela garantia de condições mínimas

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 580963/PR**. Recorrente: Instituto Nacional de Seguro Social - INSS. Recorrida: Blandina Pereira Dias. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 14 de abril 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28580963%2EENUME%2E+OU+580963%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/meojst2>>. Acesso em: 18 set. 2015.

³² Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...] III - a dignidade da pessoa humana;

³³ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 60-61.

de existência. Entretanto, o respeito que é devido ao ser humano dotado de razão não se limita à abstenção do Estado frente a sua liberdade individual e autonomia. Mais do que isso: é dever do ente estatal a criação de meios de “proteção do homem para que este não seja tratado como mero instrumento econômico ou político pelos órgãos do poder público ou por seus semelhantes”.³⁴

Nessa esteira, para dar-se início à dignidade humana é preciso que os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal³⁵, somados aos direitos fundamentais dispostos no artigo 5º do mesmo diploma (como, por exemplo, o direito à vida, à liberdade, à honra, à intimidade e à propriedade), estejam concretamente assegurados. Isso porque não há como imaginar o manejo de uma vida digna que, por exemplo, não tenha garantido o acesso à educação e à saúde, ou que tenha sua intimidade e liberdade desamparadas.³⁶

Há outro relevante ponto a ser analisado na concepção do princípio constitucional em questão, que o remete como fundamento para “a liberdade, a igualdade e a fraternidade (solidariedade)”, tríade da Revolução Francesa. No que concerne à liberdade, é dever do Estado, a partir da concessão de prestações sociais mínimas, a construção de mecanismos de combate à pobreza, os quais proporcionam ao indivíduo a existência de uma vida privada e o exercício de sua liberdade. Nas palavras de Daniel Machado Rocha, “a miséria, a doença e a ignorância aprisionam o homem a uma existência indigna e retiram dele a possibilidade de ser livre”. A igualdade, por sua vez, relaciona-se à busca pela extinção de desigualdades que acarretem humilhações à dignidade da pessoa. Não se trata do comprometimento do Estado em estender bens com o fim de tornar todos iguais, mas de assegurar as condições mínimas e indispensáveis à reversão da situação de uma existência degradante e vexatória. Por fim, a solidariedade pressupõe uma organização jurídica de repartição da riqueza como obrigação estatal, com o intuito de, através de certas medidas, transferir bens mínimos do grupo mais abonado para o mais carente, conferindo a esses últimos uma vida digna.³⁷

³⁴ ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio. **Curso de especialização em Direito Previdenciário**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 222.

³⁵ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

³⁶ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 51.

³⁷ ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio. **Curso de especialização em Direito Previdenciário**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 222-223.

A partir dos conceitos acima explicitados, é possível constatar que, como fundamento da República, o princípio da dignidade da pessoa humana deve permear todas as atividades do Estado, eis que se trata de um valor supremo. Ainda, pode ser classificado como o princípio dos princípios³⁸ ou, em outras palavras, como um sobreprincípio³⁹, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, uma vez que atrai para si a acepção de todos os direitos fundamentais da pessoa humana. Daí surge sua característica de metanorma, de princípio estruturante, o qual está por trás de todos os outros princípios, servindo como um guia de aplicação do direito.⁴⁰

Em sua relação com a assistência social, o princípio da dignidade da pessoa humana toma seu lugar como uma verdadeira pedra fundamental, isso porque a assistência nada mais é do que um mecanismo do Estado na busca da afirmação e proteção da dignidade humana, que se dá mediante a inclusão social e a garantia do mínimo existencial.⁴¹

Quanto ao conceito de mínimo existencial, citando Corinna Treisch, João Batista Lazzari assim expõe:

O mínimo existencial é a parte do consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para a conservação de uma vida humana digna, o que compreende a necessidade de vida física, como a alimentação, o vestuário, moradia, assistência de saúde, etc. (mínimo existencial físico) e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc. Compreende a definição do mínimo existencial tanto a necessidade física como também a cultural-espiritual, então se fala de um mínimo existencial cultural.⁴²

O mínimo existencial, portanto, é requisito indispensável à concretização da dignidade humana, eis que o alcance de bens materiais mínimos aos que se encontrem em estado de pobreza acaba por proteger suas condições primordiais de liberdade.

³⁸ COCURUTTO, Ailton. **Os princípios da dignidade da pessoa humana e da inclusão social**. São Paulo: Malheiros, 2010, p.13.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 101.

⁴⁰ PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade**. São Paulo: LTR, 2009, p. 49.

⁴¹ COCURUTTO, Ailton. **Os princípios da dignidade da pessoa humana e da inclusão social**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2010, p. 45.

⁴² SOUSA, Oziel Francisco de. O benefício assistencial como elemento nuclear do mínimo existencial: uma análise na perspectiva dos direitos fundamentais sociais. In: LAZZARI, João Batista. **Curso Modular de Direito Previdenciário**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 509-510.

Nesse sentido, conforme ensina o autor Ricardo Lobo Torres, “a liberdade de expressão, por exemplo, só se afirma se as pessoas souberem ler e escrever, donde se conclui que o ensino da leitura e da escrita é mínimo existencial”. Sendo assim, a ausência do mínimo necessário à existência aniquila com as chances de sobrevivência do indivíduo, fazendo-se extintas as iniciais condições de liberdade.⁴³

A relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e as prestações integrantes do mínimo existencial também é ressaltada por José Afonso da Silva:

Não é concebível uma vida com dignidade entre a fome, a miséria e a incultura, pois a liberdade humana com frequência se debilita quando o homem cai na extrema necessidade, a igualdade e a dignidade da pessoa exigem que se chegue a uma situação social mais humana e mais justa. Resulta escandaloso o fato das excessivas desigualdades econômicas e sociais que se dão entre os membros ou os povos de uma mesma família humana. São contrárias à justiça social, à equidade, à dignidade da pessoa humana e à paz social e internacional.⁴⁴

Para tanto, o benefício assistencial de prestação continuada está relacionado às necessidades básicas da população menos favorecida economicamente de nosso país. Como referido anteriormente, o BPC encontra-se imerso dentro do campo da assistência social, a qual, por sua vez, é um dos ramos da seguridade social. E esta, em todas as suas áreas de atuação, deve ser compreendida como um conjunto de políticas públicas destinadas à concretização da justiça social e do princípio da dignidade da pessoa humana. Identificada por seu propósito específico na Constituição Federal, a assistência social tem por dever o atendimento aos indivíduos mais pobres, carentes e excluídos socialmente, os quais se expõem a constantes situações de risco social.⁴⁵

⁴³ TORRES, Rocado Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Renovar, 2003, p. 59.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 40.

⁴⁵ SOUSA, Oziel Francisco de. O benefício assistencial como elemento nuclear do mínimo existencial: uma análise na perspectiva dos direitos fundamentais sociais. In: LAZZARI, João Batista. **Curso Modular de Direito Previdenciário**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 511.

Constitucionalmente previsto, o BPC é um mecanismo de prestação social pautado na dignidade da pessoa humana, uma vez que é por meio desse que o Estado atende às pessoas que se encontrem fora do mercado de trabalho em razão de deficiência ou de avançada idade e que não possuam outro meio de sobrevivência senão pela proteção mínima financeira estendida pelo ente estatal.⁴⁶

Cumpridos os requisitos já destacados nos títulos anteriores deste trabalho, sobretudo a comprovação do estado de miserabilidade e da impossibilidade de (re)inserção no mercado de trabalho, o benefício assistencial garante ao indivíduo a prestação de um salário mínimo mensal. Portanto, nas palavras de Oziel Francisco de Sousa, o BPC é voltado à “garantia de mínimas condições de vida, numa evidente demonstração de tentativa de realização da justiça social e de garantir a concretização da dignidade da pessoa humana”.⁴⁷

Colhe-se do artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal⁴⁸, o conceito de salário mínimo e a garantia deste a todo o trabalhador urbano e rural. Em tese, esse valor representa o mínimo necessário ao atendimento das necessidades vitais básicas de um indivíduo, podendo-se, então, afirmar que ele representa o mínimo existencial para a vida (ainda que minimamente) digna. Por meio do atendimento das necessidades básicas, esse mínimo existencial dá condições de inclusão na sociedade, para o efetivo exercício da cidadania e para o cumprimento da justiça social.

Em sua abordagem, Evaristo Almeida refere que a renda não é o único meio de incluir-se socialmente,⁴⁶ no entanto é fundamental, tendo em vista que se trata de uma garantia de sobrevivência do cidadão, que, por meio dela, pode ter acesso à alimentação, à habitação, à cultura, ao vestuário, entre outros. Ter-se por excluído em uma sociedade capitalista se dá, geralmente, quando o indivíduo está fora do mercado de trabalho, sem qualquer acesso a bens sociais “que o coloquem acima da linha da pobreza, como incluídos socialmente e, portanto, cidadãos”.

⁴⁶ SORMANI, Alexandre. **Da dignidade da pessoa humana no benefício de amparo assistencial**. Distrito Federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), v. 23, n. 90, p. 62-79, ago./dez. 2008, p. 60.

⁴⁷ SOUSA, Oziel Francisco de. O benefício assistencial como elemento nuclear do mínimo existencial: uma análise na perspectiva dos direitos fundamentais sociais. In: LAZZARI, João Batista. **Curso Modular de Direito Previdenciário**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 512.

⁴⁸ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

Assim, aqueles que se encontrem abaixo dessa linha, são tidos como excluídos, ou seja, não cidadãos. Tal definição ocorre porque, para Thomas Humprey Marshall, a cidadania é representada por três dimensões: a política, a civil e a social. A dimensão política relaciona-se com o direito de votar e de ser votado, de poder eleger e de ser eleito. A dimensão civil refere-se ao direito legal de expressão, de religião, de propriedade, entre outros. Por sua vez, a dimensão social é o direito de usufruir “de um padrão mínimo de vida, de bem estar e de seguridade econômica”. Deste modo, o gozo de direitos civis e políticos pode até se concretizar para quem está abaixo da linha de pobreza, entretanto, na falta desse último componente, que é a garantia de um mínimo social, o indivíduo não possui o suficiente para que seja qualificado como cidadão.⁴⁹

Sob esse viés, é possível dizer que o benefício assistencial tem por finalidade garantir, mesmo que minimamente, o direito de sobrevivência de idosos e de pessoas com deficiência incapazes de manterem seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família. Disso, colhe-se o direito ao amparo social, elemento essencial e nuclear do mínimo à existência de uma vida digna.⁵⁰

Acerca do critério econômico-financeiro (aferição da miserabilidade) disposto no artigo 20, § 3º da Lei Orgânica da Assistência Social, o qual qualifica como impossibilitada de prover o sustento da pessoa com deficiência ou do idoso a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo, entende-se como uma verdadeira afronta à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que limita a distribuição do benefício a uma análise objetiva e inconclusiva quanto ao que realmente é o estado de miserabilidade, restringindo uma garantia constitucional ilimitada.

Desta forma, conforme referido outrora, o Supremo Tribunal Federal declarou, no recurso extraordinário de número 580.963, a inconstitucionalidade por omissão de tal dispositivo, uma vez que a condição de miserabilidade baseada em um só critério é insuficiente para efetivar o direito fundamental à assistência social.⁵¹

⁴⁹ ALMEIDA, Evaristo. **Programas de garantia de renda mínima**. São Paulo: Educ, 2000, p. 32.

⁵⁰ SOUSA, Oziel Francisco de. O benefício assistencial como elemento nuclear do mínimo existencial: uma análise na perspectiva dos direitos fundamentais sociais. In: LAZZARI, João Batista. **Curso Modular de Direito Previdenciário**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 513.

⁵¹ WEBER, Aline Machado. **Critério legal ou critério do julgador?** O benefício assistencial após a declaração, pelo STF, da inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. Jus Navegandi, Teresina, ano 19, n. 3875, fev./2014. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/26660>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

Assim, atualmente, está-se utilizando critérios subjetivos de comprovação de miserabilidade do requerente, analisando-se, no caso concreto, a sua real necessidade. Nas palavras de Melissa Follmann e João Marcelino Soares, o requisito objetivo passou a servir apenas como “mais um instrumento na identificação do contexto socioeconômico em que vive o requerente”. E complementam: “o risco social em que se encontra o idoso ou o deficiente pobre não pode ser mensurado por critérios simplesmente matemáticos”.⁵²

É possível afirmar com convicção que o princípio da dignidade da pessoa humana serviu como fundamento para a declaração de inconstitucionalidade pronunciada pelo STF, conforme se verifica no trecho a seguir colacionado, retirado do voto do ministro Ricardo Lewandowski:

Aqueles que o estão fazendo, declarando inconstitucional o artigo 20, § 3º, fundamentalmente porque entendem que ele afronta, tal como aplicado, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o princípio basilar da isonomia. Se nós protrairmos no tempo a validade dessa lei, nós estamos dizendo, ou estaremos sinalizando, que nós podemos admitir que a dignidade da pessoa humana, no que tange aos idosos, pode ficar em suspenso dois anos. Isso me parece absolutamente inaceitável, *data venia*.⁵³

Ainda, segue a transcrição do voto do Ministro Luiz Fux na referida decisão:

O princípio da isonomia e o princípio da dignidade humana foram explicitados na CF/88 e reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal. E exatamente para que não permaneçam essas violações, é que o juiz pode, durante esse período de vácuo legislativo, avaliar o que deve ser feito no caso concreto. *Mutatis mutandis*, é isso o que aqui se estabelece.⁵⁴

Nos textos acima, discutia-se a possibilidade de haver um período para que o critério objetivo disposto no artigo 20, § 3ª, da LOAS, continuasse válido antes de se efetivar a declaração de inconstitucionalidade. Ao fim, estabeleceu-se que, até que o Poder Legislativo editasse

⁵² FOLLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. **Benefício Assistencial ao Idoso e ao Portador de Deficiência (LOAS)**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 45.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 580.963**. Recorrente: Instituto Nacional de Seguro Social. Recorrida: Blandina Pereira Dias. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 18 de abril de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4864062>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 580.963**. Recorrente: Instituto Nacional de Seguro Social. Recorrida: Blandina Pereira Dias. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 18 de abril de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4864062>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

nova norma para regulamentar a matéria, poder-se-ia utilizar de critérios subjetivos, analisando-se em cada caso a existência ou não do estado de miserabilidade do requerente.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, desde o ano de 2009, já relativizava o critério econômico de concessão do BPC com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.⁵⁵

Com o fim de sanar a lacuna legislativa acerca do critério econômico a ser adotado em razão de o dispositivo regulamentador ter sido declarado inconstitucional, em julho de 2015 foi publicado o Estatuto do Deficiente (Lei nº 13.146/2015), que incluiu o § 11 ao artigo 20 da LOAS. A nova regra para a concessão do BPC dispõe que “poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento”, adequando-se ao atual entendimento doutrinário e jurisprudencial de proteção assistencial, os quais são embasados na dignidade da pessoa humana.

⁵⁵ RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA C DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, QUANDO A RENDA PER CAPITA DO NÚCLEO FAMILIAR FOR SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A CF/88 prevê em seu art. 203, caput e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. 2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. 3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI 1.232/DF (Rel. para o acórdão Min. NELSON JOBIM, DJU 1.6.2001). 4. **Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente a o cidadão social e economicamente vulnerável.** 5. A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo. 6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarifação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar per capita não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar. 7. Recurso Especial provido. (STJ, REsp 1.112.557/MG, julgado em 20/11/2009) [sem grifos no original]

Como se vê, o princípio da dignidade da pessoa humana está intimamente ligado e contido no benefício assistencial. No entanto, não se limita apenas à análise do critério econômico. Conforme demonstrará o julgado a seguir transcrito, que é parte do voto acima ementado, tal princípio também é invocado para o exame dos demais requisitos de concessão, a exemplo da verificação da limitação para a atividade laboral da pessoa com deficiência.

Em primeira abordagem, mister consignar que a incapacidade do requerente do benefício assistencial, referida no art. 20 da LOAS, deve ser entendida como aquela que impede o exercício de atividade laboral; e não, a incapacidade para todos os atos da vida cotidiana. **Isso porque tal interpretação estaria em desacordo com o sentido da norma constitucional, uma vez que o art. 203 da Carta Magna estabelece que “a assistência social será prestada a quem dela necessitar”. Com efeito, a intenção do legislador, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana, foi proporcionar o benefício de prestação continuada à maior gama possível de portadores de deficiência em situação de miserabilidade, a fim de garantir-lhes uma sobrevivência digna.**⁵⁶ (Grifou-se).

E mais do que isso: tem-se que a prestação do benefício assistencial de prestação continuada destina o mínimo existencial a indivíduos idosos e deficientes que, impossibilitados de (re)ingressar no mercado de trabalho, encontram-se em situações subumanas, vexatórias e indignas. Portanto, o BPC é, em si, a própria materialização do princípio da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do estudo acerca do benefício de prestação continuada, maior programa de transferência de renda da Assistência Social, identificou-se que esse se afigura como o único benefício assistencial previsto na Constituição Federal de 1988, nos termos do artigo 203, inciso V, e está

⁵⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Reexame Necessário Cível nº 0007736-71.2015.4.04.9999/SC**. Parte ré: Instituto Nacional de Seguro Social. Parte autora: Juceli Aparecida Pereira de Almeida Ferreira. Relator: Des. Luiz Antonio Bonat, 24 de setembro de 2015. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7767627&termosPesquisados=dignidade%20da%20pessoa%20humana|.beneficio%20assistencial>. Acesso em: 06 nov. 2015.

regulamentado a partir do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS). Trata-se de uma prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo, fornecida a pessoas idosas (a contar dos 65 anos de idade) e com deficiência, que comprovem insuficiência econômica de manterem seu próprio sustento ou de tê-lo provido por suas famílias.

Ainda, apontou-se as recentes alterações legislativas inseridas na LOAS por meio das leis nº 12.470/2011 e nº 13.146/2015 e pelo Decreto 7.617/2011. Desta forma, viu-se que o conceito de pessoa com deficiência foi modificado, sendo excluída do texto legal a ideia de que se caracterizam como portadores de necessidades especiais apenas os indivíduos que possuam impedimentos ou limitações que se prolonguem por mais de dois anos. Ainda, diminuiu-se a idade fixada para a concessão do benefício ao idoso, de 67 para 65 anos. Por fim, houve a flexibilização do critério objetivo de miserabilidade, admitindo-se uma avaliação socioeconômica mais relativa, por meio da análise do caso concreto.

Finalmente, o cerne da pesquisa foi alcançado, momento em que o princípio da dignidade da pessoa humana, junto ao conceito de mínimo existencial, foram relacionados ao benefício assistencial. A partir de então, concluiu-se que o referido benefício é um instrumento de prestação social que se destina ao atendimento de pessoas que estejam fora do mercado de trabalho por motivo de idade avançada ou de deficiência e que não possuam outra forma para sobreviver senão pela proteção mínima financeira estendida pelo Estado. Assim, ao garantir o mínimo existencial a tais indivíduos, também é resguardada a dignidade da pessoa, promovendo a inclusão social de idosos e de pessoas com deficiência, os quais, normalmente, são excluídos do desenvolvimento nacional.

Apurou-se ainda o avanço jurisprudencial e legislativo quanto aos requisitos de concessão para o benefício assistencial, alterações devidas à corrente assistencialista construída nos últimos anos, a qual possui uma visão mais humanitária na busca da proteção aos indivíduos que se encontrem em situação de vulnerabilidade social. Inúmeras decisões judiciais, inclusive com declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, afastaram o parâmetro legal de $\frac{1}{4}$ (um quarto) de salário mínimo de renda familiar *per capita* como requisito a ser preenchido para a concessão do benefício. Essas decisões foram fundamentadas na dignidade da pessoa humana e autorizaram a aplicação de outros critérios para a aferição de miserabilidade, a serem analisados caso a caso, levando à concretização do direito a uma vida digna.

Da decisão do STF que declarou inconstitucional o artigo da LOAS que contém o requisito objetivo de miserabilidade, criou-se uma lacuna na legislação, razão pela qual, em janeiro de 2016, entrou em vigor novo dispositivo regulamentador de tal critério. O Estatuto do Deficiente (Lei nº 13.146/2015) incluiu o § 11 ao artigo 20 da LOAS, dispondo que outros elementos probatórios podem ser utilizados para a averiguação da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade. Além de ser uma inovação no ordenamento jurídico, o mencionado artigo se adéqua ao atual entendimento doutrinário e jurisprudencial de proteção assistencial.

Por todo o exposto, conclui-se que o benefício assistencial, à luz da realidade social, tutela a dignidade do idoso e da pessoa com deficiência, garantindo-lhes condições básicas a sua existência. Resta claro, portanto, que toda a extensão no pagamento do benefício assistencial resulta em um importante impacto à sociedade, uma vez que seus destinatários são indivíduos desprovidos do próprio sustento. Assim, as famílias recebem mais um salário mínimo ou, talvez, o único de toda a renda familiar, passando a contar com um valor que – segundo a própria Constituição – serve de patamar mínimo de subsistência, protegendo as classes mais desfavorecidas e desamparadas. Desta forma, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é resguardado, haja vista que a concessão da benesse pode ser considerada como elemento preponderante para a manutenção das famílias e autossustento do cidadão vulnerável, assegurando a completude do ideal de existência do ser humano dentro do convívio social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Evaristo. **Programas de garantia de renda mínima**. São Paulo: Educ, 2000.

AMADO, Frederico Augusto di Trin. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

BRASIL. **Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 17 set. 2015.

BRASIL. **Lei 13.146, de 06 de julho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art105>. Acesso em: 17 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso extraordinário nº 580.963. Recorrente: Instituto Nacional de Seguro Social. Recorrida: Blandina Pereira Dias. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 18 de abril de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4864062>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Reexame Necessário Cível nº 0007736-71.2015.4.04.9999/SC**. Relator: Des. Luiz Antonio Bonat, 24 de setembro de 2015. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7767627&termosPesquisados=dignidade%20da%20pessoa%20humana|.beneficio%20assistencial>. Acesso em: 06 nov. 2015.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

COCURUTTO, Ailton. **Os princípios da dignidade da pessoa humana e da inclusão social**. São Paulo: Malheiros, 2010.

DUARTE, Marina Vasques. **Direito Previdenciário**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

FOLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. **Benefício assistencial ao idoso e ao portador de deficiência (LOAS)**. Teoria e prática. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

FOLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. **O benefício de assistência social previsto na CF/88, artigo 203, V, à luz da Lei nº 12.435/2011**. Revista Brasileira de Direito Previdenciário, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 74, ago./set. 2011.

FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOES, Hugo. **Manual de Direito Previdenciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2001.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 9. ed. Pituba: JusPodivm, 2012.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOTA, Ana Elizabete. **O Mito da Assistência Social**: ensaios sobre Estado, Política e Sociedade. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade**. São Paulo: LTR, 2009.

PIEROTTI, Wagner de Oliveira. **O benefício assistencial a idosos e portadores de deficiência**. São Paulo: LEUD, 2011.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio. **Curso de especialização em Direito Previdenciário**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SORMANI, Alexandre. **Da dignidade da pessoa humana no benefício de amparo assistencial**. Distrito Federal: Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), v. 23, n. 90, p. 62-79, ago./dez. 2008.

SOUSA, Oziel Francisco de. O benefício assistencial como elemento nuclear do mínimo existencial: uma análise na perspectiva dos direitos fundamentais sociais. In: LAZZARI, João Batista. **Curso Modular de Direito Previdenciário**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SOUZA, Italo Roberto Fuhrmann e. **Proibição do Retrocesso e Direitos Sociais**: entre o dever de legislar e o imperativo da omissão em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. 2009. Trabalho de conclusão de curso (Mestrado) - Mestrado em Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2009.

TORRES, Rocado Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais**: Estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Renovar, 2003.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. São Paulo: Atlas, 2012.

WEBER, Aline Machado. **Critério legal ou a critério do julgador?** O benefício assistencial após a declaração, pelo STF, da inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1992. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, nº. 3875, fev. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26660/criterio-legal-ou-a-criterio-do-julgador>>. Acesso em 18 set. 2015.

perfis constitucionais da desaposentação e a sua concretização na jurisprudência do STF e STJ

Matheus Mattes Pedroso

Bacharel em Direito pela
Universidade Feevale.
E-mail: mp.mattes@hotmail.com.

Marcus Vinicius Madeira

Mestre em Direito pela Universidade
Federal do Rio Grande do Sul. Graduação
Ciências Jurídicas e Sociais pela
Universidade Federal de Pelotas (1999).
É assistente da procuradoria do Ministério
Público do Estado do Rio Grande do Sul,
membro de grupo de pesquisa da Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do Sul
e professor da Universidade Feevale. Tem
experiência na área de Direito, com
ênfase em Direito Privado.
E-mail: marcusmadeira@feevale.br.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente tratará da constitucionalidade da Desaposentação juntamente aos entendimentos que o STJ e o STF tem dado à matéria, tendo como escopo analisar como o constituinte possibilitou-a no Sistema Jurídico Brasileiro, indicando para tanto sua base legal, entendimento doutrinário, hermenêutica empregada e o raciocínio que vem sendo adotado pelos Ministros.

Será debatido o Estado de Bem Estar Social (Welfare State) que a Constituição Federal visa para o país, alicerçando as bases hermenêuticas constitucionais. Juntamente, se debaterá os direitos decorrentes dessa modalidade estatal, que vão além dos direitos fundamentais, e como esses afetam a vida do cidadão. Se passará assim para o surgimento da Seguridade Social em decorrência desse intuito constitucional e como ferramenta normatizada para consecução dos direitos sociais. Em seguida se passará para explanação acerca da importância que os princípios constitucionais tomam no Estado de Bem Estar Social, seja aplicados à Seguridade Social, seja aplicados à todo Sistema. Por isso, antes de se passar à discussão acerca dos princípios específicos do Sistema Nacional de Seguridade Social, se fará uma conceituação de princípios e diferenciação desses em relação às regras para que se entenda a hermenêutica adotada.

Adiante, levantar-se-á discussão acerca do direito à aposentadoria e a Desaposentação, tal como o entendimento do STF e STJ sobre a matéria. Para tanto, conceituando-se o direito à aposentadoria em um Welfare State e como isso afeta suas características. Adiante se aprofundará na Desaposentação, entendendo seu conceito, baseado nas características da aposentadoria e do Estado de Bem Estar Social, surgido na doutrina e abraçado pela ampla jurisprudência, tratando desse instituto legal como um decorrência lógica da proteção social estabelecida na Constituição Federal. Por fim, se debatem os princípios implícitos da Previdência Social e como os mesmos afetam o direito à Desaposentação, bem como o entendimento já pacificado do STJ sobre o tema em diversos julgados e em que sentido devem seguir as decisões dos Ministros do STF com foco no RE 381.367 – ainda pendente de julgamento – e o procedimento exegético.

Assim, as técnicas de pesquisa utilizadas são a pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, sendo abordados estudos de decisões exaradas sobre o assunto, conjuntamente com pareceres e conceitos doutrinários. Utilizar-se-á de uma abordagem indutiva, analisando o Texto Constitucional, retirando dele princípios e normas que possam ser aplicadas à Desaposentação, uma vez que ainda não existe legislação específica sobre o assunto, bem como a abordagem comparativa, uma vez que se fará necessário o choque entre Constituição Federal e demais normas, assim como das decisões favoráveis e contrárias a Desaposentação. São adotados os níveis de pesquisa exploratório e explicativo. Tendo em vista a falta de legislação específica, caberá a exploração dos conceitos doutrinários e decisões até o momento existentes para formulação de um completo entendimento da matéria, conquanto, a utilização do método exploratório se justifica pela busca de uma interpretação normativa definitiva, enquanto o método explicativo se faz útil na verificação dos casos práticos, compreensão dos julgamentos decorrentes e como se aplica a Carta aos casos práticos.

1 O ESTADO DE BEM ESTAR SOCIAL E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA SEGURIDADE SOCIAL

1.1 A BUSCA DA DIGNIDADE E IGUALDADE MATERIAL COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMAÇÃO DO ESTADO DE BEM ESTAR SOCIAL

O início de todo constitucionalismo é o Estado, fonte de proteção e segurança jurídica ao indivíduo. São três os componentes básicos deste: Governo, Povo e Território. Também, duas as teorias principais sobre o Estado: a Contratualista Lato Sensu(em sentido amplo), ou Teoria Positiva do Estado; e a Teoria Marxista, ou Teoria Negativa do Estado. A primeira aponta para o Estado como uma criação artificial do homem, um contrato social firmado pela – e para – a sociedade. É estruturado como uma conexão(contrato) entre o Estado de Natureza e o Estado Civil, sendo o ideário

predominante e defendido por Rousseau, Locke e Hobbes. Enquanto a visão marxista – não de fato criada por Karl Marx – prega um Estado que gradualmente se anula com as trocas de classes sociais até a extinção de ambos, ou seja, o Estado nasce organicamente da luta entre as classes e deixa de existir naturalmente no momento em que todas se equipararem.

No Brasil, a evolução político-legislativa levou a um Estado intervencionista, que busca a igualdade e agrega a questão social, é o denominado Estado Democrático de Direito. Nele, a Lei leva em conta os direitos individuais e sociais, afastando o positivismo puro e buscando estabelecer desígnios liberais e sociais à Constituição. Esse conceito parte da concepção de separação dos poderes originária de Montesquieu, levando essa base para garantir que o Estado jamais estará acima da Lei, pelo contrário, cada poder autônomo demandará o pleno cumprimento legal pelos demais poderes, agindo em sinergia e determinando a previsibilidade da conduta estatal. Desdobraram-se da ideia de Estado de Direito algumas variáveis complementares mundo afora – evoluídas da ideia original –, com destaque aos Estados de Direito Liberal e Social, sendo este último o foco de debate, de modo que se dispensará demais explicações ao primeiro, somente esclarecendo que foi o primeiro modelo estatal surgido em resposta aos Estados absolutistas defendendo as liberdades individuais acima de tudo. Então, deu-se o surgimento do Estado Social em resposta a excessiva polarização liberal como uma espécie abrangente do gênero Estado de Direito, em que os direitos fundamentais não estão limitados às liberdades negativas, mas também proporciona ao cidadão as liberdades positivas. Novais define esse modelo estatal como “orientado para a prossecução de uma justiça social generalizada”.¹

Do Estado Social ainda derivam diversas subespécies semelhantes, porém com acentuadas características próprias. Uma das subespécies descendentes do Estado Social foi o Estado de Bem-Estar Social (Welfare State). Talvez a forma mais avançada de governo, o Welfare State surgiu de um conceito suscitado pelo economista John Keynes, o qual idealizou o Estado Social como um Estado-providência. Neste se fazia necessária a proteção aos riscos sociais por intervenção estatal direta como forma de assegurar estabilidade à economia e promover um acesso mínimo, e gradualmente elevado, aos bens materiais à todos. É o Estado ativamente voltado para o bem-estar dos seus cidadãos e “que garante

¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1987, p. 194.

tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação [...] como direito político”.² Esta modalidade Estatal ganhou força no primeiro pós-guerra, quando o pensamento Keynesiano evoluiu juntamente com a teoria do Estado de Bem-estar Social, desembarcando em terras brasileiras e integrando o direito posto com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe como um dos valores do Sistema este Welfare State, abordado pelo artigo 3º, inciso IV, da Carta Magna em reafirmação à Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 e trazendo expresso no seu artigo 193 que “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.” Confere, assim, ao cidadão não somente o direito à sobrevivência, mas à dignidade existencial como forma de buscar a isonomia fática. Nesse sentido, o Texto elenca em seu artigo 6º, quais seriam os pilares do bem estar social, tratados como direito sociais. Nesse ponto, se firma o Bem Estar Social como a vida dignamente humana, o que se firma como um princípio constitucional.

Nesse ponto – a dignidade da pessoa humana – é que os direitos fundamentais realmente se ligam ao Welfare State, sendo unidade de legitimação constitucional do Estado, uma norma jurídica fundamental de todo Sistema. Não é possível enxergar o Estado antes do indivíduo, de forma que não é possível fundar um Estado que desrespeite a dignidade individual. Tanto é que a Constituição Federal traz em seu artigo inicial, inciso III, o princípio como fundamento do Estado. A “dignidade da pessoa humana é que confere unidade ao sistema de direitos humanos e fundamentais, bem como legitimidade ao Estado e à ordem jurídica”. Pois bem, a dignidade é fonte dos direitos sociais, mas esta e todos os valores constitucionais tem origem naquele que é o fundamento de todo pensamento democrático e social: a Igualdade. Os direitos sociais se fundam na dignidade, mas vão além. Os direitos sociais existem em função da Igualdade, que, em última instância é o que afirma todo conjunto legal.

Importa destacar a dicotomia entre Igualdade Formal, a igualdade de direitos positivados e a garantia às liberdades individuais; e a Igualdade Material, corporificação da igualdade de fato, da Isonomia buscada pelo constituinte e a busca eterna do Estado de Bem Estar Social é a Igualdade Material. Rousseau aduzia que a disponibilização de direitos individuais no Contrato Social se dá em igual proporção à cada indivíduo, de modo que cada qual tem idênticos direitos e deveres para com os demais, ganhando-se equivalência de tudo o que se perde, eis um conceito básico

² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 30-36, 132 e 139.

para a Isonomia. O constituinte, quando da positivação da igualdade material – ou também chamada substantiva – não visava fixar uma equidade genética, eliminando as diferenças inerentes ao ser humano, mas, baseado nessa diversidade, tomar medidas para emparelhar os desiguais. Assim, teoricamente, fincar bases consensuais à igualdade material é fácil, se trata da promoção de equidade plena entre desiguais, assegurando as mesmas oportunidades no acesso à educação, cultura e bens materiais. Para tanto, se demanda do Estado ações práticas não apenas de planejamento, mas promoção real de equiparação de todos. Exige diversas reformulações político-econômicas, tornando o Estado fornecedor de prestações.

Adiante, dos valores supra citados – Dignidade e Igualdade – se desdobra a Justiça Social, um dos objetivos da Ordem Social e parâmetro de aplicação normativa visando o Bem Estar Social que é dito por Balera como tendo sua concretização na “efetiva aplicação de cada um dos direitos consagrados na Lei Maior” visando “reduzir as desigualdades sociais e regionais”. É, portanto, o elemento pelo qual as políticas públicas e privadas devem se nortear para buscar a concretização dos objetivos constitucionais de Ordem Social e Econômica.

Deste modo, os objetivos constitucionais demandam do Estado políticas aptas à propiciar à vida digna ao ser humano. Assim, o SNSS surge no direito constitucional brasileiro como ferramenta positivada de garantia dos direitos sociais de todo cidadão brasileiro – por meio da proteção contra os riscos sociais e promoção da igualdade –, chegando a confundir-se com o próprio objetivo da Ordem Social.³ O Sistema de Seguridade Social é materializado no Texto Fundamental como um conjunto público e privado de normas, ações e instituições que, sustentados mutuamente, buscam garantir o cumprimento do objetivo constitucional garantindo o Estado de Bem Estar Social. Senão veja-se a definição legal trazida pela Lei 8.212/91, em seu artigo 1º: “A Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar o direito relativo à saúde, à previdência e à assistência social”.

Importante tecer que a Seguridade Social difere da Previdência Social, enquanto a última tem caráter contributivo de seguro, na primeira a tutela é ilimitada, alcançando todos seres humanos pelo simples fatos de existirem. Com isto em mente o legislador constitucional determinou

³ BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 15.

capítulo específico no Texto Fundamental para tratar da Seguridade Social, iniciado pelo artigo 194, que expor a tríade que forma o Sistema de Seguridade Social(SNSS): “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Os elementos do Sistema são: a) Saúde; b) Assistência Social; e c) Previdência Social. Sendo o último o foco, destaca-se que é um sistema de caráter contributivo-compulsório voltado à segurar os trabalhadores de acontecimentos que poriam em risco seus direitos sociais, chamados riscos sociais. Na definição do doutrinador Wagner Balera é um técnica de proteção que “estabelece diversas formas de seguro [...] mediante o qual se intenta reduzir os riscos sociais”.⁴ Antes de mais nada, a Previdência Social é o braço da Seguridade destinado à assegurar, mediante prévia contribuição, a continuidade do *status quo* do segurado - ou seus dependentes - após sua saída do mercado de trabalho, consoante artigo 201 da CF88.

Tem como base normativa os artigos 201 e 202 da Constituição Federal, bem como normas específicas para cada regime estatuído, sendo tema atual apenas o RGPS, o mais amplo e discutido, que é normatizado pelas Leis 8.212 e 8.213 ambas de julho 1991 e Decreto número 3.048/99. Dessas normas se depreende que o Sistema é organizado de forma taxativa, sendo protetivo somente contra as situações postas e não abrangendo demais ocasiões de necessidade ou mesmo as situações positivadas sofridas por quem não cumpriu todos requisitos. Simplesmente, situações excluídas do rol taxativo não podem ser supridas pela Previdência. Também, o sistema previdenciário nacional adota um sistema de repartição simples, no qual existe a dependência dos segurados ativos para manutenção dos benefícios de segurados inativos, conhecido como pacto entre gerações, uma vez que as gerações profissionalmente ativas são responsáveis pelo custeio dos benefícios das gerações inativas - as quais já custearam o sistema para gerações pregressas.⁵

⁴ BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 67.

⁵ BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. **Direito Previdenciário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 41.

Portanto, esta integração compõe o SNSS, o principal mecanismo de promoção da igualdade, dignidade e garantia dos direitos sociais, sendo garantidor da Ordem Social através da promoção do Bem Estar Social, por meio dos instrumentos de Justiça Social. Contudo, constitucionalmente, não são estabelecidas ações práticas para promoção dos valores desejados, mas parâmetros ideais(princípios) a serem adotados pela legislação derivada, o que auffer certa fragilidade à proteção de fato. Apesar da falta de efetividade, hoje, se tem que as normas programáticas tem a mesma vinculação jurídica que as demais, sendo de vital importância hermenêutica. Por isso, foram instituídos princípios constitucionais balizadores de todo ordenamento securitário na esperança de serem suficientes ao cumprimento dos objetivos de Justiça e Ordem Social.

1.2 SISTEMA CONSTITUCIONAL DA SEGURIDADE SOCIAL E A HERMENÊUTICA EM FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS

A principal função da Seguridade Social, como forma máxima de consecução da Justiça Social e assecuratório da Ordem Social, é a função preventiva e corretiva dos riscos sociais. Por risco social se entende um evento que possa por em perigo o cumprimento dos direitos sociais estabelecidos na Constituição. São estabelecidas normas protetivas programáticas contra os riscos sociais como forma de garantir os objetivos constitucionais de Justiça e Bem Estar Sociais, são elas os princípios ideais que visam elidir riscos.

Então, é imperativo demonstrar que o SNSS não é instrumento desconexo, apesar de tripartido, mas um Sistema à nível constitucional que assume a relevância da busca pelo Estado de Bem Estar Social na interpretação de todo Ordenamento Constitucional. Entende-se que as normas jurídicas isoladas não tem liames específicos entre si e é dever do jurista estruturar o Direito em um Sistema funcional voltado à obtenção de um fim maior. Superada a ideia dicotômica dos sistemas jurídicos, hoje se tem que o Sistema Constitucional é fechado sintaticamente e aberto em termos semânticos e pragmáticos, o que significa dizer que o Sistema é autopoietico: estático do ponto de vista operacional, mas dialoga com outros sistemas científicos no ponto de vista cognoscitivo. Isto pauta a interpretação normativa como um instrumento de compreensão plena dos sistemas e subsistemas positivados, sem interferência externa. Com efeito, esse é o intuito da hermenêutica.

No mais, coadunam os doutrinadores ao afirmar que existem variados métodos hermenêuticos para interpretação dos Sistemas Jurídicos, sendo os meios interpretativos mais relevantes, na visão de Balera: a) gramatical ou literal; b) histórico ou evolutivo; c) Lógico; d) Teleológico; e e) Sistemático, o método de excelência, que visa integrar os demais recursos de exegese para a perfeita configuração do sistema e se mostra o melhor instrumento para compreensão aprofundada dos sistemas jurídicos em geral, uma vez que busca a perfeita interação entre as normas do Sistema e, assim, a melhor ferramenta para estudo da norma constitucional como fonte da Desaposentação.

Além dos variados métodos interpretativos, dado que a desaposentação flutua em águas não explicitamente regradas, é utilizada a integração como forma de complementar a hermenêutica necessária ao tema. Esta difere da interpretação ao buscar somente preencher lacunas do ordenamento jurídico, uma vez que uma situação fática não pode ser excluída do crivo jurídico por não estar prevista em lei. Assim, caberão também os recursos integrativos para entendimento dessa situação excepcional que se debate, quais sejam: a) Analogia; b) Costumes; c) Princípios Gerais do Direito; e d) Equidade.⁶

Ressaltando-se, com isso, que a interpretação jurídica constitucional possui aspectos particulares e autônomos, elevando a importância que os princípios tomaram no Sistema Constitucional e, por consequência, o impacto que sua interpretação acarreta na desaposentação. Nesse sentido, cabe ao STF abandonar a Hermenêutica Tradicional e passar a disciplinar a matéria subordinada levando-os em consideração, o que vem gradualmente acontecendo, como se depreende do julgamento da ADI 3.105-8/DF, atinente à inconstitucionalidade de cobrança da contribuição social pós aposentadoria no RPPS. No caso da Seguridade Social, o sentido e alcance do artigo 193 do Texto: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” alicerça a base hermenêutica de todo Sistema. Assim, tendo sempre em mente que a sistematização do SNSS respeita os valores mais relevantes da Constituição, de forma a obter o instrumento mais poderoso de sua consecução – e nenhuma exegese é possível sem a aplicação de todo sistema jurídico – é imperativo conceituar seus tocantes princípios.

⁶ BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. **Direito Previdenciário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 54-55.

Com efeito, os princípios são os pontos fundamentais de certo sistema de conhecimento, que condicionam toda estrutura legal subsequente e subjugam a aplicação das regras inferiores à sua concordância. São, portanto, as proposições básicas que direcionam um certo sistema sem, no entanto, a exatidão do direito a ser subsumido como se daria em uma regra comum, uma vez que o princípio é idealizado, não fenomênico.⁷ São a base interpretativa de qualquer sistema normativo. Como dito por Miguel Reale são “verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. [...] são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários”.

Canotilho já pontuava que a Constituição de um Estado Democrático de Direito é “um sistema normativo aberto de regras e princípios” e, atualmente, tanto princípios quanto regras são considerados espécies do gênero norma jurídica, todavia com funções distintas no ordenamento.⁸ Por isso, demonstrar a exata diferença entre regras e princípios ainda se mostra imperioso. Neste sentido, Daniel Machado da Rocha baseia-se em Alexy para determinar o exato ponto dicotômico entre regras e princípios dizendo que a diferença seria o fato dos princípios serem conceituados como “imposições de otimização. Nessa perspectiva, eles são normas que ordenam a realização de algo da melhor forma possível, mas não como imposições definitivas, devendo considerar as possibilidades fáticas e jurídicas. Em sentido diverso, as regras são imposições definitivas”.⁹ Os exatos princípios constitucionais diretivos do sistema de seguridade social arrolados no artigo 194 da Carta Magna norteiam todas normas estruturais e comportamentais do SNSS, bem como sua aplicação, porém, são os princípios implícitos da Solidariedade e Contrapartida que serão aprofundados como fundamentos hermenêuticos decisivos.

⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 72.

⁸ SOUZA, Carolina Romero de. Nova Hermenêutica Constitucional: a valorização dos princípios na interpretação constitucional da Previdência Social brasileira. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Belo Horizonte: ano 10, v. 12, dez. 2012. Disponível em: <<http://migre.me/tfUL>>. Acesso em: 09 nov. 2015.

⁹ ROCHA, Daniel Machado da. **O Direito Fundamental à Previdência Social na Perspectiva dos Princípios Constitucionais do Sistema Previdenciário Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 125.

2 O DIREITO À APOSENTADORIA E A DESAPOSENTAÇÃO NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO DIREITO BRASILEIRO

2.1 CONCEITO E NOÇÕES CONSTITUCIONAIS DE APOSENTADORIA E DESAPOSENTAÇÃO

Contextualizando o trabalho como pedra angular e Justiça e Ordem Sociais como objetivos, o Texto busca possibilitar a evolução social pela proteção contra os riscos sociais e os benefícios Previdenciários – prestações em dinheiro – são o principal instrumento.¹⁰ Os benefícios são obrigações de dar(dinheiro) ou de fazer(serviço), postas à disposição do beneficiário para atendimento imediato ou continuado, se cumpridos os requisitos legais do órgão gestor por via administrativa ou judicial. As primeiras são valoradas individualmente, enquanto as demais são padronizadas conforme capacidade do local do serviço, sendo subdivididas em sanitárias, assistenciárias e previdenciárias – estas últimas de cunho definitivo e dependentes de filiação e contribuição.¹¹

Entre as referidas, são as Prestações Previdenciárias, o foco de debate, sendo a Aposentadoria a sua corporificação e a desaposentação a decorrência de sua perda de valor combinada à falta de contraprestação estatal. Pode-se dizer, em poucas palavras, que se trata de direito do segurado de perceber um benefício continuado, previsto em lei e pago por Institutos de Previdência Social, desde que preenchidos os requisitos legais, e após o seu desligamento regular da empresa.

Utilizando-se do construtivismo lógico semântico se faz necessária uma análise semântica do instituto descrito: por direito do segurado entende-se um direito subjetivo nascido da intervenção do Estado no livre arbítrio obrigando a filiação à Previdência, do que decorre a potestade

¹⁰ BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. **Direito Previdenciário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 34-36.

¹¹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 764-765.

do indivíduo em relação ao Público. Por perceber benefício continuado se entende o recebimento das prestações previdenciárias de conteúdo pecuniário e com intuito definitivo após o cumprimento dos requisitos legais, como arguido no AgRg em REsp 1503161/PE. Previsto em lei significa que a Aposentadoria é devida somente aos casos previstos na legislação vigente, é uma obrigação *ex lege*. Não são atendidos os demais riscos sociais não previstos no regulamento ou mesmo o evento previsto sem que haja o cumprimento de todos os requisitos legais. Pago por Institutos de Previdência Social desde que preenchidos os requisitos legais quer dizer que, quando adimplidos os requisitos legais, o benefício será concedido e mantido pela entidade previdenciária para a qual o segurado verteu suas contribuições, no atual debate, o INSS.

Por fim, eis onde reside a controvérsia que leva à atual discussão acerca da desaposentação. Após seu desligamento regular da empresa é um conceito que pressupõe que o segurado somente poderá gozar do seu benefício quando cessar sua atividade profissional, ou seja, dá à aposentadoria função substitutiva da renda previamente auferida. Inclusive, o entendimento jurisprudencial e até legal anterior à Lei 8.213/91 ia em consonância com a ideia e determinava o desligamento das atividades profissionais como requisito. Porém, as novas normas previdenciárias não dispõem a inatividade como requisito e, por consequência, decisões mais recentes tem entendido que a aposentadoria – espontânea – não causa a extinção do contrato de trabalho. É caduca a ideia de aposentadoria como término das atividades laborais, o que se depreende do acórdão da ADI 1.770.

Isto posto, restam delineados os principais pontos acerca da Aposentadoria, Previdência e Seguridade Social em conjunto ao panorama constitucional que abre caminho à acalorada discussão quanto à Desaposentação e a aplicação da necessária hermenêutica constitucional nas interpretações do STJ e na tendência de exegese e julgamento do STF – no qual permanece pendente o RE 381.367.

2.2 DESAPOSENTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NO ENTENDIMENTO DO STJ E STF

2.2.1 Legalidade Constitucional da Desaposentação em Virtude da Proteção aos Riscos Sociais

Adiante, a proteção contra riscos sociais predefinidos é a base de todo ordenamento previdenciário. Nesse sentido, os riscos positivados são aqueles que podem causar um desrespeito aos já detalhados direitos sociais e, assim, à toda Ordem Social, que acarretaria em desmoronamento do Estado.

Nesta visão, a esmagadora maioria dos beneficiários buscando a desaposentação se tratam de aposentados por tempo de contribuição, já que esta distorce intuito do seguro contra riscos sociais do ordenamento previdenciário, pois não figura como proteção específica contra algum dos riscos legais. Dessa forma, alguns doutrinadores entendem que a aposentadoria por tempo de contribuição pressupõe o risco da velhice e incapacidade laborativa após trinta ou trinta e cinco anos de contribuição, ao passo que outros entendem que o benefício se mantém somente por decisões políticas. Tecnicamente, o tempo de contribuição não é um risco, mas, sim, uma certeza de que ao final do prazo estipulado legalmente, havendo contribuições regulares, será concedida a aposentadoria.

Todavia, de maneira deveras simplória, o legislador presume que, uma vez aposentado, o beneficiário pode deixar o mercado de trabalho e se ver integralmente protegido contra os riscos sociais, mantendo a mesma qualidade e dignidade de vida. Porém, o sistema previdenciário brasileiro ainda carece de uma melhor estruturação legal e duas particularidades do instituto da aposentadoria fazem com que se torne muitas vezes um complemento de renda buscado por quem tem direito, mas não precisa: a inexistência – até o momento – de idade mínima para a aposentadoria por tempo de contribuição e o caráter não *meanstested* do benefício.

Dizer que a aposentadoria no Brasil não é *meanstested* significa afirmar que o benefício é concedido sem considerar quaisquer fontes de renda auferidas pelo aposentado. Assim, se incentiva o trabalhador à aposentar-se jovem e auferir uma renda complementar sem qualquer onerosidade na continuação do trabalho habitual. A aposentadoria perde totalmente o caráter protetivo durante alguns anos, até que o beneficiário realmente se retire do mercado de trabalho e passe a depender do benefício, o que, por si só já gera um decréscimo no poder aquisitivo pela perda da renda do trabalho.

No entanto, o fator de acréscimo real do risco social nesta situação é que o benefício previdenciário tende a perder poder aquisitivo em relação ao salário mínimo uma vez que é corrigido pelo INPC. Assim, a aposentadoria quando requerida poderia garantir um salário proporcional ao percebido no trabalho, vindo, depois de uma década a equiparar-se a um salário mínimo e insuficiente à sobrevivência digna. O abandono do emprego se torna inviável.

O segundo fator, a não limitação da idade para aposentadoria por tempo de contribuição impõe como única limitação ao pleito do benefício o tempo contributivo, o que novamente leva pessoas jovens à recorrerem ao INSS como forma de incrementar sua renda e permanecerem ativas. Buscando desincentivar essa prática, a Administração criou um instituto jurídico, pela Lei 9.876/99, aplicável à renda do benefício chamado fator previdenciário. Este fator é um número decimal resultante de uma fórmula aplicada ao PBC das aposentadorias por tempo de contribuição para resultar em um salário de benefício diminuído conforme o tempo de contribuição. Quando aplicada a fórmula é nítido o decréscimo na renda do segurado. Não é de se admirar, assim, a busca doutrinária e jurisprudencial por possibilidades para incremento do valor de aposentadoria, resultando nas mais diversas revisões previdenciárias e na teorização da Desaposentação.

A Desaposentação, nada mais é do que renúncia a uma aposentadoria pretérita com o intuito de requerer um novo benefício com parâmetros mais benéficos, como maior tempo de contribuição ou idade mais avançada, visando alterar a renda. Portanto, é a reversão do ato que transformou o segurado em inativo, é ato administrativo formal vinculado, provocado pelo interessado no desfazimento da percepção da aposentadoria que compreende uma declaração oficial desconstitutiva.

Imperativo, nesse tema, é destacar que o direito à aposentadoria se trata de um direito adquirido conferido constitucionalmente. O próprio normativo interno do INSS é uníssono à jurisprudência ao reconhecer, em termos, o direito adquirido nos benefícios previdenciários em seus artigos 621 e 627, já que garante o benefício mais vantajoso a que o segurado fizer jus, ou seja, o direito adquirido mais vantajoso. Em igual sentido vai o entendimento do Supremo Tribunal Federal – Repercussão Geral no RE 630.501/RS – e assim, caso, quando já adquirido o direito, a norma tocante à este for modificada e tornar-se mais onerosa não alterar-se-ão as condições já adquiridas, pois o direito não pode ser onerado, conforme o princípio *tempus regit actum*. Em contrapartida, pelo mesmo princípio, se entende que não é possível a desaposentação sem que tenha havido trabalho após o jubilo, sob pena de burlar a aplicação da norma vigente no tempo do ato.

Nesse ponto, parte da jurisprudência define a desaposentação como uma modalidade de revisão de benefício, o que pode afetar os efeitos temporais e econômicos da renúncia à aposentadoria, o que é de pronto refutado, por, como exposto, se tratar da renúncia à um benefício – não direito ao seu exercício ou situação que gerou o direito adquirido – e obtenção de um novo mediante exercício dos direitos prévios acrescidos dos novos parâmetros majorantes da renda. Portanto, os efeitos temporais da renúncia são *ex nunc*, o que não vicia a concessão e valida suas consequências legítimas prévias. Importa destacar que a renúncia ao benefício não causa qualquer insegurança jurídica, pelo contrário, traz a preservação da prestação objeto da obrigação original, uma vez que o direito adquirido se deteriora com o passar do tempo nos moldes atuais da aposentadoria. É nesse entendimento que segue a recente jurisprudência pátria, conforme explana a Ministra Laurita Vaz no AgRg no REsp 124.805/SC, que não vê incompatibilidade entre o ato que visa a constituição da aposentadoria e o ato que visa seu desfazimento. Afirma que, ao passo que o pedido de aposentadoria é ato constitutivo positivo de direito, a desaposentação é desconstitutivo negativo, que desobriga o Poder Público no custeio do benefício, finalizando que “a manifestada vontade de desfazimento do ato de jubilação pelo titular do benefício impõe à Administração o seu pronto deferimento, sob pena de abuso de poder”. Mais do que um direito adquirido e uma medida de justiça social, a renúncia se ampara no caráter de direito adquirido individual disponível do benefício previdenciário, dependente apenas da volição no exercício. Nesse sentido, o STJ já tem como pacífico o entendimento no sentido de que a aposentadoria é renunciável em função deste caráter de direito

disponível e a desaposentação possível, pregando que “os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento”, o que se depreende do julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.334.488/SC. Enquanto isso, no STF ainda não existem decisões definitivas sobre o assunto, mas o RE 381.367 foi considerado de repercussão geral e permanece pendente de julgamento.

Há de se falar que a vedação legal à renúncia de aposentadorias referida pelo artigo 181-B do Decreto 3.265 de 1999 é inconstitucional, já que a Superlei se mostra favorável a disposição dos direitos ao delimitar o financiamento do SNSS e efeitos dos rendimentos em relação às contribuições, bem como estabelecer a Regra da Contrapartida em seu artigo 195, parágrafo quinto e alíneas, em conjunto com a organização da Previdência no artigo 201, parágrafo 11.

Prosseguindo os argumentos, não existe expressa previsão constitucional proibindo o instituto da desaposentação, o que leva a se preencher a lacuna legal por meio da hermenêutica constitucional sob a égide do Estado de Bem Estar Social. Desse ponto de vista, a falta de proibição expressa por si já constitui autorização tácita e a proteção contra os riscos advindos da depreciação do poder aquisitivo da aposentadoria torna a desaposentação mecanismo de respeito à Constituição na preservação do direito adquirido. Não havendo a expressa proibição cabe abraçar o Princípio da Legalidade que determina à União agir conforme as leis preestabelecidas. Da mesma forma que o Princípio da Legalidade só permite que o Estado aja conforme a lei, também proíbe que se restrinja direito subjetivo do cidadão sem a devida previsão, serve como garantia do cidadão de não ver seus direitos restringidos arbitrariamente.

Outro argumento contra a desaposentação é que aposentadoria tratar-se-ia de ato jurídico perfeito, todavia, pode-se afirmar, amparado no Texto Fundante que a norma não objetiva petrificar o ato jurídico perfeito, mas somente garantir a segurança do titular do direito frente à Administração, não o oposto. Tanto é que se vê na redação do artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. A desaposentação se mostra mais como mecanismo de preservação da segurança jurídica do que de agressão e

como exposto pela Ministra Laurita Vaz no já citado AgRg no REsp 1241805/SC e a Irredutibilidade trazida ao valor real do benefício garante a manutenção do direito na forma como foi adquirido, como exposto no RO em Mandado de Segurança 2004/0018444-5.

Alhures, são ainda vários os argumentos – do ponto de vista constitucional – favoráveis à desaposentação. Dentre os principais, é suscitado o direito sagrado ao trabalho como pilar inalienável do Estado de Bem Estar Social e do próprio texto constitucional. O direito ao trabalho é determinado no Texto como pedra angular da promoção da igualdade – principal valor constitucional – e direito indissociável do cidadão, sendo estimulado por diversos mecanismos e garantias.¹² Não bastasse ser direito fundamental de todo cidadão, o trabalho é um ato de liberdade, pois ninguém é obrigado à trabalhar. Por isso, quando se proíbe a desaposentação está se cerceando o direito à liberdade plena, uma vez que – se não impede – torna o trabalho do aposentado menos rentável e infrutífero para futuros benefícios que seus pares não aposentados gozarão, agredindo em conjunto à Igualdade Material preconizada pelo Estado.

Adiante, a Aposentadoria é um benefício previdenciário e como tal tem finalidade substitutiva na renda do trabalhador, ou seja, tem caráter alimentar. Tendo esta característica deve-se considerar que, quando da concessão, o *quantum* conferido como salário de benefício visa garantir a qualidade de vida do aposentado, cuja expressão é o poder aquisitivo. Para definir o poder aquisitivo a Superlei adota a expressão valor real, conforme artigo 201, parágrafo quarto. O valor real é o poder aquisitivo conferido pela aposentadoria à época da concessão. Nos moldes atuais, o salário mínimo vem crescendo exponencialmente, enquanto o salário de benefício sofre pouca alteração. Há uma perda no poder aquisitivo da aposentadoria e desrespeito do legislador ordinário à vontade constitucional, pois – como se vê do RE 376.846-8/SC – cabe à ele tornar realidade o preceito constitucional, estabelecendo critérios para o reajustamento do benefício, certo que os critérios que eleger devem conduzir à realização da vontade da Constituição, que é a preservação do valor real dos benefícios. Como dito, este sim é um fator de insegurança jurídica, apesar das Cortes superiores nacionais manterem entendimento que o atual índice baseado no INPC é constitucional, consoante Recurso Especial 376.846/SP.

¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 381-383.

Contudo, em simples pesquisa jurisprudencial no STJ, é perceptível que a maioria dos magistrados concordam com a possibilidade da desaposentação e pode ser vista a evolução interpretativa ao se analisar as decisões ao longo dos últimos anos, como se vê analisando, sequencialmente, os acórdãos AgRg no REsp 497.683/PE, REsp 692.628/DF e o antes exposto REsp 1334488/SC. Logo, a desaposentação é um instituto doutrinário-jurisprudencial decorrente da interpretação hermenêutica da Carta como medida de proteção contra os riscos sociais decorrentes da perda de poder aquisitivo após o jubilo, promovendo o Bem Estar e Justiça Sociais ao trabalhador que, no atributo de sua liberdade, permanece trabalhando após a aposentadoria e pretende ver seu benefício cancelado ante a concessão de novo em melhores condições pecuniárias. Entretanto, o STF ainda não pacificou entendimento quanto à possibilidade e resta ainda discutir princípios aplicáveis à hermenêutica utilizada para tais conclusões.

2.2.2 Princípio da Solidariedade e sua imputabilidade ao Poder Público

Seguindo a lógica sistêmica de que a eficácia de uma norma se positiva em outra norma de hierarquia superior e esta tem íntima ligação com o método sistemático de interpretação. O ordenamento busca características elementares para ser íntegro e isento de contradições, o que impõe um modo de proceder na solução de conflitos por meio de princípios.

De início, a Solidariedade, na visão dada pela Constituição, pode ser vista como um valor superior do Sistema, uma função inspiradora da organização social e um fim promovido por outras normas jurídicas, com pouca aplicação prática como norma positiva. Mais do que um princípio, é um fato social que se expressa na interdependência do indivíduo para com o coletivo, viabilizando a prevenção e reparação dos riscos sociais. Estas se expressam em três dimensões: dentro de cada grupo social; no relacionamento externo entre grupos; e entre as sucessivas gerações na história – o trio é bastante visível no custeio e distribuição da aposentadoria e demais benefícios da Previdência.¹³ Apesar do entendimento

¹³ ROCHA, Daniel Machado da. **O Direito Fundamental à Previdência Social na Perspectiva dos Princípios Constitucionais do Sistema Previdenciário Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 131.

tácito de toda Constituição ser voltada à Solidariedade, não existe previsão específica do princípio da Solidariedade, sendo este entendido pela interpretação de vários artigos da Constituição Federal. Como o artigo 3º, inciso I, cuja redação deixa claro o objetivo do Brasil, como Estado de Bem Estar Social, de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, para isso o mesmo artigo, em seu inciso III declara buscar a redução das desigualdades sociais, do que se pressupõe a Solidariedade como forma apta.

Alhures, a Constituição é ainda mais clara ao assegurar regime de previdência próprio aos servidores públicos, quando diz, taxativamente no artigo 40, que o sistema será “de caráter contributivo e solidário” e, ainda, em seu artigo 195 transcreve o que seria uma definição de solidariedade ao definir a forma de financiamento do SNSS. A Solidariedade se aplica de forma teórica a todo Sistema, porém, é perceptível realmente seu viés prático no custeio da Previdência Social, estabelecendo o dever da parcela mais favorecida da população contribuir em maior verba com o Sistema, em oposição à parcela menos favorecida.

Além do custeio conforme as condições, a Solidariedade tem envolvimento crítico com os princípios gerais da Equidade na Forma de Participação no Custeio e Diversidade da Base de Financiamento, estabelecendo a retribuição das contribuições vertidas em forma de benefício, sem que o segurado corra o risco de se ver desamparado após o jubilo por não verter mais contribuições.¹⁴ Assim, o trio de dimensões da Solidariedade forma a base para a Solidariedade intergerações indissociável do custeio da Previdência Social. Por se tratar de um sistema de repartição simples, no qual existe a dependência dos segurados ativos para manutenção dos benefícios de segurados inativos, o que vêm se chamando de pacto entre gerações, existe um alto grau de solidariedade entre os segurados. Uma vez que as gerações profissionalmente ativas são responsáveis pelo custeio dos benefícios das gerações inativas - as quais já custearam o Sistema para gerações pregressas. E aqui jaz a base da discussão envolvendo a desaposentação: existe um grave problema estrutural na continuidade do trabalho após a aposentadoria, já que o aposentado permanece custeando a Previdência, supostamente para a próxima geração, mas ele mesmo é da geração que precisa ser

¹⁴ BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. **Direito Previdenciário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 41.

custeada. O aposentado teve a si imposta a Solidariedade para que aproveitasse o jubilo, mas quando seu momento chegou, passou a ser ainda mais onerado sem ver o mesmo acontecer ao Poder Público.¹⁵

Ainda que a Seguridade preveja o amparo à pessoas com pouquíssimas – ou nenhuma – contribuições às custas de outros com uma larga quantidade vertida resguardado na própria Solidariedade, goza também de um caráter importantíssimo, como afirma Rocha “a cooperação em sociedade muitas vezes é voluntária, outras vezes necessita ser imposta pelo Direito”. Ou seja, o Sistema impõe a Solidariedade ao segurado visando certo objetivo, mediante certos requisitos para obtenção de certos benefícios. No momento que se adquire o direito à gozar o benefício, o exerce e passa a inexistir a contrapartida, o objeto da obrigação é deturpado(o que enseja sua própria extinção) e o Estado deixa de fazer sua parte na Solidariedade do custeio e se torna mero explorador do aposentado. É imperativa a contraprestação estatal da contribuição obrigatória para possibilitar que o aposentado não seja apenas financiador solidário, mas também beneficiário do Sistema.

2.2.3 Princípio da Contrapartida como fundamento da Desaposentação

Finalmente, o principal argumento favorável à desaposentação é o preceito da contrapartida extraído do artigo 195, parágrafo 5º, que fixa “nenhuma benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”. É uma regra de mão dupla: se a contrapartida estabelece que nenhum benefício ou serviço será pago sem previsão legal da fonte de custeio, também estabelece que não haverá fonte de custeio sem criação, majoração ou extensão de benefício. Uma dessas fontes de custeio referidas no artigo 201 da Superlei é a contribuição previdenciária provida pelo empregado, o que torna obrigatoriamente o aposentado ativo financiador da Seguridade e, por consequência sujeito ativo, apesar de já beneficiário. Do contrário, a falta de contraprestação às contribuições vertidas resultaria

¹⁵ BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. **Direito Previdenciário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 41.

em enriquecimento sem causa do Ente Federal que estabelece obrigatoriedade na prestação mediante contrapartida preestabelecida e fixa todos os rendimentos para efeitos contributivos, mas deixa de cumprir sua parte na obrigação aproveitando-se da lacuna legal.

Dá-se o enriquecimento ilícito – sem causa – quando existe o acréscimo de patrimônio de uma parte em detrimento da diminuição das posses de outra sem qualquer causa jurídica que explique o deslocamento econômico. Assemelhado ao abuso de direito, situa-se entre um ato jurídico e um ato ilícito, carecendo ainda de positivação definitiva e sendo a sua vedação um princípio hermenêutico. Considera-se que a prática do enriquecimento sem causa contrariaria o intuito do ordenamento jurídico e é fonte de relação obrigacional. A parte lesada se torna titular de direito à reclamar um crédito equivalente ao dano sofrido, visando o equilíbrio patrimonial e a equidade. Inexistindo a contraprestação estatal à contribuição obrigatória, cria-se uma iniquidade financeira que leva ao enriquecimento ilícito da União. Absurdamente, a própria Lei 8.213 em seu artigo 18 § 2º estipula que o segurado já aposentado não fará jus à benefício algum – excetuados salário família e reabilitação profissional –, confirmando a inexistência de contraprestação, porém, mantendo a obrigatoriedade contributiva.¹⁶

Sob esse raciocínio, até 15 de abril de 1994 existiu previsão legal para o pecúlio, que evitava o referido enriquecimento da União, ressarcindo ao aposentado o valor vertido em favor da Previdência. Na referida data, a Lei 8.870 extinguiu-o e passou a exonerar o aposentado da contribuição previdenciária. Após um ano, a Lei 9.032/95 impôs novamente a contribuição para o aposentado que volte a trabalhar, sem direito à aproveitamento das novas contribuições. Destaca-se que a Lei 8.213/91 que prevê a impossibilidade de desaposentação igualmente previa a existência deste pecúlio, de forma que teve uma regra tolhida pela Lei 9.032/95 sem que se considerasse a nova disposição sistêmica. Cientificamente, a norma da contrapartida precisa ser entendida como um conjunto de regras postas, que refere a necessidade de ingresso de numerário no caixa da seguridade para alargamento de benefícios e o oposto, a premência de alargamento de benefícios para justificar novas entradas. Diversos doutrinadores preocupam-se em explicar a função econômica do princípio em relação à Seguridade Social e ressaltam que o SNSS é indissociável

¹⁶ CASTRO NEVES, José Roberto. O Enriquecimento sem Causa como Fonte de Obrigações. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 843, jan. De 2006, p. 97-112. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. São Paulo, v. 1, jun. De 2011, p. 1235-1256. Disponível em: <<http://migre.me/tfmOx>>. Acesso em: 20 out. 2015.

do elemento contábil do “caixa”, para o qual trabalhadores, empresas e a sociedade como um todo vertem contribuições e do qual são debitadas as prestações. Por senso comum, todo caixa depende de um equilíbrio para perenidade, não podendo os saques ultrapassarem os depósitos. E a contrapartida serve como comando constitucional que torna obrigatório o equilíbrio entre entradas e saídas do caixa.

Em julgamento da ADI 3.105-8/DF, voltada ao RPPS, a Corte Suprema afirmou a constitucionalidade de norma que impunha contribuição ao servidor público aposentado, contudo, sem unanimidade de entendimento, uma vez que ministros como Ellen Gracie sustentaram à afronta a contrapartida como afirmativa de inconstitucionalidade da norma. Sustentam que se é certo que, de acordo com artigo 195, parágrafo 5º da CF88, nenhum benefício ou serviço da Seguridade Social será majorado, criado ou expandido sem a correspondente fonte de custeio total, também seria ilícito, constitucionalmente, instituir ou aumentar contribuição social sem a correspondente oferta de novo benefício ou serviço.¹⁷ Havendo a obrigação, é devida a contraprestação estatal, ou seja, a Solidariedade com o Sistema e o cumprimento bilateral da obrigação que vem sendo adimplida somente pelo aposentado, sob pena de se sobrepor lei complementar (artigo 18, parágrafo 2º da Lei 8.213/91) à Constituição Federal. Nesse sentido, a Desaposentação é a forma ideal de restituir a situação jurídica ao molde constitucional. É uma maneira de receber a contraprestação do Poder Público, sendo que a alteração na legislação que eliminou o pecúlio e obrigou os aposentados a contribuírem é inconstitucional.

Se vê, então, que a doutrina e jurisprudência se mostra unânime em entender que a desaposentação é devida em função da Contrapartida, dentre outros princípios e normas citados. Da mesma forma, recentemente, o Ministro Marco Aurélio, relator no RE 381.367, entendeu possível a desaposentação, afirmando que ao trabalhador aposentado que retorna à atividade cabe o ônus contributivo e, por isso, é devida uma contrapartida. Assim, deveria ser possibilitada a consideração das novas contribuições para que, quando da volta ao ócio com dignidade, mediante adimplemento das atuais condições necessárias à aposentadoria, o valor a que o beneficiário faz jus seja recalculado e um benefício equivalente seja concedido.

¹⁷ SOUZA, Carolina Romero de. Nova Hermenêutica Constitucional: a valorização dos princípios na interpretação constitucional da Previdência Social brasileira. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: ano 10, v. 12, jul.-dez. 2012. Disponível em: <<http://migre.me/tfIGR>>. Acesso em: 09 nov. 2015.

Também, entendeu desnecessária a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 2º do artigo 18 da Lei 8.213/91 – que estipula a inexistência de direito à novo benefício, além do salário família e reabilitação profissional ao aposentado ativo – por entender que a regra se dobra à Constituição, existindo para afastar a possibilidade de duplicidade de benefício, não o novo cálculo de parcela previdenciária que deva ser satisfeita. Expõe o Ministro, claramente, que a norma está positivada para evitar que se requeira uma segunda aposentadoria concomitante quando do adimplemento dos requisitos legais, mas não causa qualquer entrave ao direito de renúncia e requerimento de novo benefício. Ou seja, o entendimento do STF caminha no mesmo sentido determinando a possibilidade da desaposentação fundada na devida integração da contrapartida no direito posto brasileiro, o que é perceptível ao ler os votos do Ministro Luís Roberto Barroso, relator nos REs 661.256 e 827.833. Afirma o ministro que ao inexistir proibição legal expressa (princípio da legalidade) e considerando a Lei omissa quanto ao assunto, é válida a renúncia a aposentadoria.

Em sentido oposto, o ministro Teori Zavascki em voto no mesmo Recurso Extraordinário afirma inexistir a necessidade de contrapartida fundado na inexistência de lei a prevendo e caráter estatutário da Previdência Social, o que – do ponto de vista apresentado – se mostra um entendimento raso e infundado. Ele se utiliza do próprio princípio da legalidade para fundar a decisão, mas qualquer previsão legal infraconstitucional é desnecessária quando a Constituição Federal fixa princípios/normas para a obrigação formada entre o Estado e o aposentado, cabendo ao exegeta a interpretação.¹⁸ Da mesma forma, o Ministro Dias Toffoli, julgando o referido RE alega, com mais fundamento, que a Solidariedade é fundamento que ampara a possibilidade de inexistência da contrapartida estatal, afirmando, ainda, que a vedação disposta pelo parágrafo 2º do artigo 18 da Lei 8.213/91 vai ao encontro do princípio da Universalidade no Custeio da Previdência e, portanto, é constitucional, o que impossibilita a desaposentação. Por esse motivo Toffoli votou pela improcedência do recurso, expondo: “A desaposentação não possui previsão legal, pode não estar vedada na Constituição, mas não há previsão legal, assim sendo esse instituto não pode ter natureza jurídica de ato administrativo, que pressupõe previsão legal”. Apesar

¹⁸ CASTRO NEVES, José Roberto. O Enriquecimento sem Causa como Fonte de Obrigações. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 843, jan. De 2006, p. 97-112. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. São paulo, v. 1, jun. De 2011, p. 1235-1256. Disponível em: < <http://migre.me/tfmOx>>. Acesso em: 20 out. 2015.

do voto de improcedência deste Ministro ser melhor fundamento que o anterior, a questão levantada é a não normatização do instituto legal, o que enseja, como exposto, o debate acerca da hermenêutica constitucional e nessa área a falta de medidas por parte do judiciário baseando-se na inexistência de previsão legal é inaceitável. Cabe ao magistrado interpretar/integrar os princípios da Carta ao caso em questão de modo que a lacuna seja preenchida. Então, caberia ao Ministro a exegese do fato ao Sistema Legal da maneira que se respeite a vontade da Lei, ao invés de omitir-se de uma decisão real, alegando a inexistência de previsão. Menciona-se que, no entendimento seguido, havendo a exegese legal à desaposentação, é latente o direito dos aposentados, consoante provimento do Ministro Relator e ampla doutrina.

Portanto, a contrapartida é o principal argumento favorável à Desaposentação, pois leva ao restabelecimento da obrigação devida pelo Poder Público ao aposentado, bem como garante funcionalidade à todo ordenamento constitucional – que é assegurado pela eliminação dos riscos sociais – até as mais variadas normas complementares e derivadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com todo o exposto se conclui que o Constituinte de 1988 presou por transformar o Brasil em um Estado Social, mais especificamente em um Estado de Bem Estar Social, visando estender os direitos fundamentais de cada cidadão e adotar políticas de proteção aos desfavorecidos. Está positivada a intenção de promover o Bem Estar e a Justiça Sociais, objetivos constitucionais supremos para promoção da plena igualdade material. Nesse sentido, a isonomia (igualdade material) tornou-se alicerce do Texto. Na ausência desta, a intenção constitucional não é respeitada e a Constituição Federal não passa de uma aglutinação de palavras. E mais, a Igualdade passou a ser entendida como princípio constitucional e o direito brasileiro, que via os princípios como parâmetros ideias passou a adotá-los como verdadeiras normas, levando a uma grande mudança hermenêutica. Igualdade, Dignidade e tantos outros princípios deixaram de ser utopias e passaram a ser perseguidas de fato.

Nitidamente, as medidas tomadas nessa modalidade estatal como forma de assegurar a Isonomia são medidas de proteção aos direitos sociais. Os direitos que transcendem os fundamentais e se amparam na Dignidade Humana, sendo a expressão de tudo que é necessário para

uma vida digna, não apenas uma sobrevivência medíocre. Os direitos sociais devem ser vistos como reais direitos fundamentais no Sistema. Aliás, viu-se que um Sistema Jurídico é a organização dada pelo operador do direito à um conjunto abstrato de normas não factualmente sistematizadas entre si, mas conexas por seu sentido, alcance e intuito. Assim, o Sistema Constitucional se mostra voltado à proteção dos direitos sociais, como forma de assegurar seus objetivos. Nesse intuito protetivo, o SNSS é o principal mecanismo constitucional de garantia dos direitos sociais, ou seja, a ferramenta adotada para consecução dos objetivos constitucionais. Essa foi percebida também como um Sistema esquematizado de normas protetoras, sendo regido por princípios inalienáveis de sua existência e aplicação. Ainda, a própria Seguridade é tripartida, sendo sua principal parte a Previdência Social, com caráter de seguro mediante contribuições para proteção contra riscos sociais preestabelecidos.

Dentre os benefícios está a aposentadoria, uma prestação pecuniária com caráter alimentar, conferida com intuito permanente ao segurado que cumprir os requisitos legais. Contudo, esse caráter permanente é que se torna foco de discussão, afinal segurados retomam o trabalho o tempo todo e sua situação não é legalmente prevista, ficando em um limbo interpretativo. Da busca por uma solução para este impasse surgiu a desaposentação, um instituto jurídico ainda em desenvolvimento, resultado da busca doutrinária por uma compensação às contribuições vertidas pelos aposentados e vista também como uma solução para a perda de poder aquisitivo no decorrer da aposentadoria. No debate acerca da regulamentação da desaposentação se percebe que a argumentação de impossibilidade de renúncia da aposentadoria é infundada. Uma vez que se trata de direito adquirido disponível, cabe ao detentor do direito disponibiliza-lo como bem entender. De igual modo, a renúncia é vedada por norma infraconstitucional, enquanto a interpretação da Carta leva ao entendimento da possibilidade.

Todas essas conclusões decorrem da hermenêutica constitucional, levando em conta seus princípios máximos, junto aos princípios do SNSS e demais princípios implícitos, mas latentes no Texto. Com isso, se viu que a mesma interpretação tem sido adotada pelo Superior Tribunal de Justiça que tem se mostrado unânime na defesa à desaposentação, dando argumentos para a renúncia da aposentadoria e fundamentando a possibilidade de concessão na consonância do Sistema ao princípio da Contrapartida. Contudo, apesar da densa análise, não se pode afirmar que o STF tomará o mesmo caminho no julgamento do Recurso Extraordinário 381.367.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2012.

BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. **Direito Previdenciário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

CASTRO NEVES, José Roberto. O Enriquecimento sem Causa como Fonte de Obrigações. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 843, jan. De 2006, p. 97-112. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. São paulo, v. 1, jun. De 2011, p. 1235-1256. Disponível em: <<http://migre.me/tfu4E>>. Acesso em: 20 out. 2015.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1987.

ROCHA, Daniel Machado da. **O Direito Fundamental à Previdência Social na Perspectiva dos Princípios Constitucionais do Sistema Previdenciário Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SOUZA, Carolina Romero de. Nova Hermenêutica Constitucional: a valorização dos princípios na interpretação constitucional da Previdência Social brasileira. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Belo Horizonte: ano 10, v. 12, jul.-dez. 2012. Disponível em: <<http://migre.me/tfiUL>>. Acesso em: 09 nov. 2015.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

O princípio da não cumulatividade e sua aplicação para as contribuições do PIS/Pasep e da Cofins

Nestor Roberto Breier

Graduado em Direito pela Universidade FEEVALE (2015), Graduado em Ciências Contábeis pela Universidade FEEVALE (2008). Atualmente é sócio e contador da empresa RGN Contabilidade Ltda e advogado atuante no Direito Tributário.
E-mail: nestorbreier@bol.com.br.

Daniel Sica da Cunha

Doutor e Mestre em Direito pela UFRGS. Coordenador do Curso de Direito e Professor na Universidade Feevale. Atualmente é sócio da Sica & De Lemos Sociedade de Advogados e Advogado atuante.
E-mail: danielscunha@feevale.br.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Entre os tributos de competência da União estão o Programa de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP), conhecido como PIS/PASEP e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS). Ambas as contribuições passaram a ser não cumulativas a partir da entrada em vigor das Leis nº10.637/02 e 10.833/03, em regra para os contribuintes tributados no Imposto de Renda da Pessoa Jurídica pelo lucro real.

No meio jurídico, são muitas as discussões acerca da aplicação da não cumulatividade para as contribuições do PIS/PASEP e da COFINS. Diante deste cenário, este artigo tem o objetivo de contribuir com o debate acerca do tema, acrescentando informações e buscando respostas aos questionamentos nele elencados, visando uma maior compreensão no meio acadêmico sobre o tema.

O problema principal de pesquisa teve como objetivo analisar se o princípio da não cumulatividade, quando aplicado ao PIS/PASEP e a COFINS, permitiria algum tipo de restrição de crédito por parte do fisco e da legislação. De forma complementar, foi feita uma pesquisa da legislação e da jurisprudência sobre o conceito de insumos utilizado pela Receita Federal do Brasil para fins da tomada de crédito.

A metodologia em relação ao nível de pesquisa utilizou o método explicativo, com o objetivo de buscar respostas aos problemas de pesquisa. Já em relação à abordagem, foi utilizado o método dedutivo, analisando os problemas de pesquisa e buscando respostas para eles. A técnica de pesquisa utilizada foi a pesquisa bibliográfica, buscando informações sobre a interpretação do assunto pelos principais autores da área, analisando a legislação constitucional e infraconstitucional, bem como a jurisprudência sobre o assunto.

Para alcançar os objetivos deste trabalho, o conteúdo foi dividido em duas sessões, sendo que a primeira foi reservada à pesquisa sobre o princípio da não cumulatividade, com a sua origem histórica e a previsão no direito brasileiro. Na segunda sessão foi abordado o conceito de insumos utilizado para fins da tomada de créditos das referidas contribuições, pesquisando o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

No sistema tributário nacional, alguns tributos possuem a característica de serem não cumulativos, compensando-se o que foi pago na etapa anterior com o valor apurado na etapa atual. Esta característica está vinculada ao princípio da não cumulatividade, princípio este que possui previsão dentro do nosso ordenamento jurídico, porém com grandes discussões com relação a sua aplicação.

1.1 DEFINIÇÃO E DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS PARA FINS DE INTERPRETAÇÃO DA NÃO CUMULATIVIDADE

Para uma correta análise dos princípios jurídicos, inicialmente é importante a compreensão do que vem a ser o termo princípio, pois ele possui vários significados, que em uma análise mais simples possui o sentido de início ou origem, um marco inaugural de algo. Porém o termo princípio é muito maior do que isto, visto que todas as áreas do conhecimento são formadas a partir de princípios. José Eduardo Soares de Melo e Luiz Francisco Lippo utilizam com sabedoria o exemplo da formação de um Estado, que busca por meio de valores culturais, políticos, sociais, econômicos, entre outros, a base para seu início, sendo estes valores também chamados de princípios, “exatamente porque funcionam com essas características particulares de inauguração, os quais estão incorporados ao Estatuto do Estado”.¹

A classificação dos princípios também é fundamental para o seu entendimento e sua abrangência, classificação esta que varia de acordo com os doutrinadores. Nas lições de Jose Afonso da Silva, os princípios constitucionais podem ser divididos em duas categorias, que são: os princípios político-constitucionais e os princípios jurídico-constitucionais. Os princípios político-constitucionais são considerados como normas-

¹ MELO, José Eduardo Soares de; LIPPO, Luiz Francisco. **A não-cumulatividade tributária: (ICMS, IPI, ISS, PIS e COFINS)**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 7.

princípio, ou seja, os princípios fundamentais de nossa Constituição, descritos em nossa Carta Magna nos artigos 1º a 4º. Já os princípios jurídico-constitucionais são os nossos princípios gerais da Constituição, que muitas vezes são decorrentes dos princípios fundamentais ou de normas constitucionais.²

Dentro do ordenamento jurídico, os princípios aparecem de forma implícita ou explícita, porém esta condição não determina que um seja mais importante que o outro, sendo que sua abrangência pode determinar este grau de importância. Eles são considerados os alicerces do nosso ordenamento jurídico, sendo que sem eles as demais normas jurídicas não teriam sustentação para sua aplicação.³

Os princípios são encontrados em toda a pirâmide jurídica do nosso ordenamento, podendo ser constitucionais, legais ou infralegais, com maior importância atribuída aos constitucionais, pois eles estão no topo do ordenamento e possuem um caráter normativo. Dessa forma sua desobediência pode acarretar graves consequências ao nosso sistema jurídico, diferentemente do descumprimento de uma regra.⁴

A função de um princípio é bem mais abrangente do que servir de orientador nas lacunas deixadas na legislação, pois são os alicerces do direito, devendo estar presentes na elaboração, interpretação, aplicação e integração das normas, ou seja, para a elaboração de uma norma jurídica, primeiramente deve-se escolher os princípios que vão servir de base para ela.⁵

Os princípios constitucionais possuem também a função de garantir os direitos fundamentais e os valores republicanos, federalistas e solidaristas, sendo que os princípios constitucionais tributários reafirmam estes direitos. No entendimento de Sacha Calmon Navarro Coêlho, estas cláusulas constitucionais são consideradas como pétreas, não sendo possível a sua supressão⁶, conforme expressa previsão legal na Constituição

² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 93.

³ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44.

⁴ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 47-48.

⁵ BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 354.

⁶ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 162.

Federal, artigo 60, §4º.⁷ Os princípios gerais do direito tributário têm como finalidade a proteção aos direitos do cidadão. Esta relação não é simplesmente de poder, mas sim uma relação jurídica regida por princípios, sendo que estes servem como um instrumento para o exercício dos direitos do cidadão contra o Estado, e não o contrário.⁸

Parte da doutrina atual considera que os princípios constitucionais do direito tributário não poderiam ser considerados princípios, mas sim regras, pois possuem como característica a aplicação ou não de forma taxativa a cada caso concreto, diferentemente dos princípios, cuja aplicação depende sempre de ponderação ao entrarem em conflito com outros princípios. A partir desta interpretação diversa é importante conceituar os dois termos, para que se procure entender o que cada um significa, sendo fundamental a compreensão para que se possa buscar a sua aplicação.⁹

Os princípios são normas que têm uma finalidade, estabelecendo um comportamento que se busca para alcançar determinado fim, que podem manter conexão com outros princípios numa relação de complementaridade. Nossa Constituição possui aspectos que demonstram bem esta relação complementar dos princípios, pois ela estabelece um dever de busca e preservação de vários ideais ao mesmo tempo. Humberto Ávila destaca que devido a sua amplitude, os princípios podem ser divididos em sobreprincípios, que têm uma abrangência maior e que englobam princípios mais restritos, e os subprincípios, que seriam os princípios mais restritos.¹⁰

Princípios geralmente estão expressos dentro do texto constitucional sob a forma de enunciados genéricos, situados entre os valores jurídicos e as regras, porém não se confundindo entre eles, pois são considerados a primeira etapa de concretização dos valores jurídicos aos quais estão vinculados, porém com grande carga de abstração.¹¹

⁷ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.”

⁸ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 31.

⁹ ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. São Paulo: Método, 2012, p. 79-80.

¹⁰ ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 38-39.

¹¹ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 89-90.

Nas palavras de Humberto Ávila, os princípios podem ser conceituados da seguinte forma:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.¹²

As regras, pelo contrário, são normas que descrevem um comportamento, delimitando aquilo que é permitido ou não permitido, possuindo uma rigidez maior, que somente pode ser superada por princípios que lhe são superiores, cuja definição pode ser feita a partir do conceito de Humberto Ávila:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação exigem a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhe dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.¹³

Na análise das regras e princípios não se pode dizer que um tem mais valor que o outro, visto que estes dois tipos de normas desempenham funções diferentes e ao mesmo tempo de complementaridade. Um sistema jurídico que somente tivesse regras teria maior rigidez, não permitindo que houvesse soluções a particularidades em determinados casos, sendo que o contrário, em um sistema que somente tivesse princípios, haveria uma flexibilidade muito grande por sua falta de clareza.¹⁴

Para Dworkin, a diferença entre princípios e regras é de natureza lógica, visto que ambas são consideradas como conjuntos de padrões que desencadeiam decisões particulares acerca de um tema específico, sendo sua distinção somente por meio da orientação fornecida pela norma. As

¹² ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 38.

¹³ ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40.

¹⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 129-131.

regras são aplicadas pelo tudo ou nada, ou seja, dependendo dos fatos que ela estipula, a regra pode ser considerada válida ou inválida, sendo que se houver confronto de regras em um mesmo sistema jurídico, uma irá suplantar a outra em virtude de sua importância maior. Já os princípios possuem uma dimensão maior do que as regras, pois quando eles se cruzam, devem ser avaliados individualmente, levando em consideração aquele que tem mais força.¹⁵

1.2 ORIGEM HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE E SUA PREVISÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Feita a contextualização do que vem a ser um princípio e uma regra, cabe uma análise mais profunda da origem do princípio da não cumulatividade, que é o objeto central deste capítulo. Os doutrinadores em geral identificam o surgimento da não cumulatividade com a criação do Imposto sobre o Valor Agregado (IVA) na França em 1954, mais conhecido como o *Taxe sur le valeur ajoutée*. Porém parte da doutrina entende que o surgimento é anterior a criação do IVA francês, com origem nas doutrinas e legislações de diversos países. Esta criação doutrinária e legislativa surgiu no período da Primeira Guerra Mundial, principalmente entre os países que nela estavam envolvidos, visto a necessidade de melhorar a arrecadação para o financiamento dos gastos com a guerra.¹⁶

Quando da criação da Comunidade Econômica Europeia (CEE) em 1957, a maioria dos países possuía métodos de tributação multifásica em cascata, com diferenças pontuais na base de tributação ou alíquota, com isenções ou exclusões de produtos ou serviços. Este quadro de tributação poderia ser motivo de problema na integração do bloco europeu, porém o Tratado de Roma de 1957, que criou a CEE, previu no seu

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39; 43 e 114.

¹⁶ BORGES, Antonio de Moura; VALENTE, Cristiano Mendes Wolney. A origem da não cumulatividade: de técnica a princípio aplicável às contribuições ao PIS e COFINS. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário**, Brasília, DF, v. 7, n. 2, jul./dez. 2012, p. 198-202. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/viewFile/4641/2905>>. Acesso em: 03 abr. 2015.

artigo 99 a possibilidade de harmonização nos sistemas tributários dos países membros. Esta possibilidade, juntamente com o êxito francês na criação do seu modelo de IVA, fez com que a CEE, a partir de estudos de suas comissões, editasse em 1967 duas diretrizes, “prevendo que todos os países integrantes da CEE deveriam adotar o IVA e ditando as estruturas e os métodos para sua implementação”.¹⁷

A partir do sucesso francês na implantação do IVA, o imposto sobre o valor agregado ou acrescido difundiu-se pela Europa e pelo mundo, já estando presente no sistema tributário de mais de 120 países, com características diferentes na sua aplicação e com a apuração sendo feita basicamente por meio de dois métodos distintos: o método subtrativo, que pode ser aplicado no formato de base contra base, considerado como subtração direta, ou pode ser aplicado no formato de imposto contra imposto, pelo método da subtração indireta.¹⁸

O método da subtração é o mais utilizado pelas nações que utilizam o IVA, pois possui características mais adequadas a um sistema que busca a tributação somente sobre o valor agregado, sendo que dentre os métodos subtrativos, o mais utilizado foi o sistema de subtração indireta, por sua facilidade de controle pelas administrações tributárias.¹⁹ Este modelo é o mesmo modelo “imposto contra imposto” que é utilizado no Brasil para o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) e para o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).²⁰

¹⁷ MADEIRA, Patrícia Hermont Barcellos Gonçalves. **Não-Cumulatividade do PIS e da COFINS**. 2009. 157 f. Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 60-62. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-22062010-083058/pt-br.php>> Acesso em: 29 set. 2014.

¹⁸ MOREIRA, André Mendes. **Não-cumulatividade tributária no Brasil e no mundo: origens, conceito e pressupostos**. (s.l.), 2009, p. 6-16. Disponível em: <<http://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/10/Nao-cumulatividade-tributaria-no-Brasil-e-no-mundo-origens-conceito-e-pressupostos.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

¹⁹ MOREIRA, André Mendes. **Não-cumulatividade tributária no Brasil e no mundo: origens, conceito e pressupostos**. (s.l.), 2009, p. 6-16. Disponível em: <<http://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/10/Nao-cumulatividade-tributaria-no-Brasil-e-no-mundo-origens-conceito-e-pressupostos.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

²⁰ FERNANDES, Edison Carlos; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Não-Cumulatividade do PIS e da COFINS: implicação contábil, societária e Fiscal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 31-32.

No Brasil, a tributação historicamente adotada tinha como base um sistema monofásico, com a aplicação de um imposto sobre o consumo de mercadorias, identificado inicialmente por meio do imposto do selo de 1870, que previa a tributação sobre a emissão de faturas de vendas, e mais tarde em 1892, com a criação do imposto sobre o fumo, que posteriormente se estendeu a outras mercadorias, com a publicação da Lei nº 641 de 14 de novembro de 1899.²¹

O imposto sobre o consumo foi o primeiro tributo brasileiro que adotou a não cumulatividade como método de apuração do imposto, cujas alterações foram introduzidas pelas Leis 3.520/58 e 4.502/64, mesmo que mais tarde tenha sido substituído pelo IPI. Porém esta substituição foi somente de nome, visto que a estrutura de cobrança continuou a mesma²². Pouco tempo depois, outro imposto denominado Imposto sobre Vendas e Consignações (IVC), que também era um imposto cumulativo, passou a adotar a não cumulatividade na sua apuração, por meio da alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 18/65, sendo substituído pelo Imposto sobre a Circulação de Mercadorias (ICM), passando “a utilizar a técnica da dedutibilidade imposto sobre imposto”.²³

Em relação aos métodos de aplicação da não cumulatividade, historicamente no direito brasileiro, a doutrina na sua maioria desenvolveu a classificação em dois modelos distintos, que são os modelos de “imposto contra imposto” e “base contra base”. O modelo “imposto contra imposto” pressupõe o creditamento das operações anteriores para a compensação com o valor devido nas operações seguintes, técnica esta que é aplicada

²¹ BORGES, Antonio de Moura; VALENTE, Cristiano Mendes Wolney. A origem da não cumulatividade: de técnica a princípio aplicável às contribuições ao PIS e COFINS. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário**, Brasília, DF, v. 7, n. 2, jul./dez. 2012, p. 205-206 Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/viewFile/4641/2905>>. Acesso em: 03 abr. 2015.

²² MADEIRA, Patrícia Hermont Barcellos Gonçalves. **Não-Cumulatividade do PIS e da COFINS**. 2009. 157 f. Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 63-65. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-22062010-083058/pt-br.php>> Acesso em: 29 set. 2014.

²³ BORGES, Antonio de Moura; VALENTE, Cristiano Mendes Wolney. A origem da não cumulatividade: de técnica a princípio aplicável às contribuições ao PIS e COFINS. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário**, Brasília, DF, v. 7, n. 2, jul./dez. 2012, p. 207. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/viewFile/4641/2905>>. Acesso em: 03 abr. 2015.

ao ICMS e ao IPI. Já o método de “base contra base” não prevê a concessão de crédito, sendo que sua aplicação é feita a partir da dedução da base de cálculo dos valores das etapas anteriores.²⁴

A não cumulatividade é uma técnica de apuração de tributos que admite abatimentos e/ou compensações no valor ou na sua base. Ou seja, a mesma premissa do IVA, que prevê os métodos subtrativos da base contra base ou impostos contra imposto, buscando tributar somente o valor agregado em cada operação com o bem ou serviço. Isso permite também a busca de uma neutralidade fiscal, pois o total do tributo pago ao final independe do número de operações a que ele esteja sujeito, visto que deve corresponder à alíquota aplicável sobre o preço final, fazendo com que o ônus seja transferido durante toda a cadeia até o encerramento de sua tributação no consumidor final.²⁵

Os tributos vinculados ao princípio da não cumulatividade poderão compensar os valores pagos na etapa anterior com o débito apurado na etapa atual. Não é necessário que os créditos sejam oriundos da mesma mercadoria ou serviço, bastando tão somente que sejam de operações anteriores, sendo direito do contribuinte de creditar-se sobre todo o montante que já tenha sido pago. A lei que instituir a cobrança de tributos sujeitos ao princípio da não cumulatividade deverá se restringir a operacionalização do sistema de cobrança tributo e a implementação deste princípio, jamais podendo fazer qualquer tipo de restrição.²⁶

Com a aprovação da Emenda Constitucional nº 42 de 19/12/2003 foi incluído no texto constitucional mais uma disposição expressa da aplicação do princípio da não cumulatividade. Desta vez, diretamente ao regime de apuração das contribuições para o PIS/PASEP e para a

²⁴ FERNANDES, Edison Carlos; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Não-Cumulatividade do PIS e da COFINS**: implicação contábil, societária e Fiscal. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 30-31.

²⁵ MOREIRA, André Mendes. **Não-cumulatividade tributária no Brasil e no mundo**: origens, conceito e pressupostos. (s.l.), 2009, p. 23. Disponível em: <<http://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/10/Nao-cumulatividade-tributaria-no-Brasil-e-no-mundo-origens-conceito-e-pressupostos.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

²⁶ FABRETTI, Láudio Camargo. **Direito tributário aplicado**: impostos e contribuições das empresas. São Paulo: Atlas, 2006, p. 60-61.

COFINS não cumulativos, conforme disposto no artigo 195, §12²⁷, cujo texto deixou a cargo de Lei a instituição da cobrança não cumulativa das referidas contribuições.

2 AS CONTRIBUIÇÕES PARA O PIS/PASEP E A COFINS NÃO CUMULATIVAS DIANTE DA NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Nesta seção, dividida em duas partes, serão abordadas a forma de aplicação da não cumulatividade para as contribuições do PIS/PASEP e da COFINS, bem como a discussão envolvendo o conceito de insumos utilizado pela receita Federal do Brasil para fins da tomada de crédito.

2.1 A APLICAÇÃO DA NÃO CUMULATIVIDADE AO PIS/PASEP E A COFINS

A COFINS e o PIS/PASEP são tributos previstos na Constituição Federal, tendo natureza de contribuições especiais, sendo de competência exclusiva da União a sua instituição.²⁸ Dentro das contribuições sociais especiais, a COFINS e o PIS/PASEP podem ser enquadradas na subespécie das contribuições sociais, sendo que estas ainda podem sofrer mais uma divisão, conforme entendimento do STF, que as divide em: contribuições para a seguridade social, outras contribuições sociais e as contribuições sociais gerais. Dentro desta linha de classificação, as contribuições para a COFINS e para o PIS/PASEP são tributos da espécie das contribuições especiais, da subespécie de contribuições sociais e seguindo o entendimento do STF, são contribuições para a seguridade social.²⁹

²⁷ “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

[...]

§ 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do *caput*, serão não-cumulativas.”

²⁸ CASTARDO, Hamilton Fernando. **Direito tributário na prática**. São Paulo: IOB, 2010, p. 161-162.

²⁹ ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. São Paulo: Método, 2012, p. 52.

Com a entrada em vigor da Lei 10.637/02 em 1º de dezembro de 2002 para o PIS/PASEP e da Lei 10.833/03 em 1º de fevereiro de 2004 para a COFINS, foi introduzido no nosso ordenamento a sistemática de apuração dessas contribuições pelo regime não cumulativo, permitindo que o contribuinte descontasse créditos sobre o montante apurado destas contribuições.³⁰

Para fins de aplicação da não cumulatividade nas contribuições para o PIS/PASEP e para a COFINS, cabe ao contribuinte o direito de fazer créditos sobre determinados custos e despesas, conforme previsto nos incisos I a XI do artigo 3º da Lei 10.833/03. Os créditos tomados pelos contribuintes têm uma natureza escritural, visto que o valor apurado não necessariamente é o que foi tributado na etapa anterior. Por terem esta natureza escritural, estes créditos não conferem ao contribuinte o direito a sua restituição junto a União, exceto em relação aos casos expressamente admitidos em Lei, como nos créditos vinculados a exportação.³¹

Em relação ao método de apuração das contribuições do PIS/PASEP e da COFINS pelo sistema não cumulativo, há divergência entre os autores. Para André Mendes Moreira o método utilizado para operacionalizar a não cumulatividade destas contribuições é o “imposto contra imposto”, pois os débitos são apurados com base na receita, sendo que os créditos são tomados sobre os custos e despesas permitidos pela Lei.³² Já Adolpho Bergamini defende que o método utilizado é o da “base contra base”, pois embora haja na lei a previsão da tomada de créditos, não há nenhuma correspondência entre o crédito tomado e a carga fiscal da etapa anterior.³³ Diferente dos dois autores anteriores, Patrícia Hermont Barcellos Gonçalves Madeira entende que o método aplicado às contribuições não se identifica integralmente com os métodos de “imposto contra imposto” e “base contra base”, sendo considerado um método diferente em relação aos citados anteriormente.³⁴

³⁰ ONO, Juliana M. O., OLIVEIRA, Fabio Rodrigues de, OLIVEIRA, Jonathan José F. de. **Manual do PIS e da COFINS**. 2. ed. São Paulo: FISCOsoft, 2010, p. 81-82.

³¹ ARAÚJO, Elaine Cristina de; SOUZA, Katia Luiza Nobre de. **Créditos do PIS/PASEP e da COFINS**. São Paulo: IOB SAGE, 2014, p. 60-61.

³² MOREIRA, André Mendes. **A não-cumulatividade dos tributos**. 2. Ed. São Paulo: Noeses, 2012, p. 435-436.

³³ BERGAMINI, Adolpho. A não-cumulatividade do PIS/COFINS sob a ótica constitucional. **Revista Âmbito Jurídico**, (s.l.), (s.d.), p. 5. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3130>. Acesso em: 28 set. 2014.

³⁴ MADEIRA, Patrícia Hermont Barcellos Gonçalves. **Não-Cumulatividade do PIS e da COFINS**. 2009. 157 f. Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 141. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-22062010-083058/pt-br.php>>. Acesso em: 29 set. 2014.

A não cumulatividade para as contribuições do PIS/PASEP e da COFINS, embora tenha sido implantada pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03, não foi aplicada na sua totalidade, visto que restringiu o direito ao crédito do contribuinte para as hipóteses previstas nas leis. Em regra, para que o contribuinte tenha direito ao crédito é necessário que as aquisições de bens e serviços tenham sido tributadas na etapa anterior, bem como que a receita gerada pela venda ou revenda integre a base de cálculo das contribuições.³⁵

Ao estabelecer a não cumulatividade de forma parcial, tendo em vista que vários contribuintes e atividades ficaram de fora da aplicação do sistema não cumulativo, as Leis 10.637/02 e 10.833/03 apresentaram diversas situações de restrições ao direito de crédito dos contribuintes. Este formato de aplicação parcial da não cumulatividade configura uma discriminação tributária e viola o princípio da isonomia, no entendimento de José Eduardo Soares de Melo e Luiz Francisco Lippo:

A discriminação tributária (vedação ao abatimento para específicas pessoas jurídicas) significa violação ao princípio da isonomia, porquanto compete apenas à Constituição estatuir as diferenças tributárias relativas às contribuições interventivas, e corporativas a determinados grupos e categorias profissionais.³⁶

A aplicação da não cumulatividade para as contribuições do PIS/PASEP e da COFINS é uma forma de buscar a neutralidade tributária para as essas contribuições, sendo que para esta busca é utilizado o método direto subtrativo. Este método compreende a aplicação da alíquota do tributo sobre a diferença entre as vendas e as compras³⁷. Embora o artigo 3º das leis que instituíram o PIS/PASEP e a COFINS não cumulativos façam referência à apropriação de créditos, não estamos diante do método de crédito de imposto aplicado ao ICMS e ao IPI. A aplicação do método

³⁵ ONO, Juliana M. O., OLIVEIRA, Fabio Rodrigues de, OLIVEIRA, Jonathan José F. de. **Manual do PIS e da COFINS**. 2. ed. São Paulo: FISCOsoft, 2010, p. 93.

³⁶ MELO, José Eduardo Soares de; LIPPO, Luiz Francisco. **A não-cumulatividade tributária: (ICMS, IPI, ISS, PIS e COFINS)**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 205.

³⁷ Na fórmula citada, as abreviações utilizadas são: T (tributo), A (alíquota), R (vendas) e C (compras).

direto subtrativo não é somente um entendimento doutrinário, pois consta no item 7 da exposição de motivos nº 197-A do poder executivo quando da apresentação da Medida Provisória 135/03. Medida esta que foi convertida posteriormente na Lei 10.833/03.³⁸

A não cumulatividade foi instituída para dessas contribuições como uma técnica de aplicação do sistema não cumulativo. Porém a partir da Emenda Constitucional nº 42 de 19 de dezembro de 2003, a técnica passou a ser um princípio constitucional, mas que abrangeu somente a COFINS, a COFINS-Importação e o PIS-Importação, visto que sua introdução constitucional se deu por meio da inclusão do §12 no art. 195 da Constituição Federal. Na Emenda Constitucional nº 42 não foi mencionado o art. 239 da Carta Magna, que prevê a contribuição para o PIS/PASEP, sendo que este tributo continua tendo a aplicação da não cumulatividade por meio da técnica prevista na Lei 10.637/02.³⁹

No judiciário já existem várias discussões em relação à violação do princípio constitucional da não cumulatividade para as contribuições do PIS/PASEP e da COFINS. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) já possui julgados com este tema, sendo que as decisões em sua maioria afastam a pretensão dos contribuintes, entendendo que somente a alegação de ofensa ao princípio constitucional previsto no art. 195, §12 não é procedente. Esta posição do TRF4 pode ser conferida na Apelação Cível nº 5011571-17.2013.404.7100/RS, em ação movida por uma empresa do ramo de crédito ao consumidor. Na ação em questão, o contribuinte pleiteou o direito ao crédito sobre valores de serviços de

³⁸ FERNANDES, Edison Carlos; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Não-Cumulatividade do PIS e da COFINS: implicação contábil, societária e Fiscal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 33-36.

³⁹ BORGES, Antonio de Moura; VALENTE, Cristiano Mendes Wolney. A origem da não cumulatividade: de técnica a princípio aplicável às contribuições ao PIS e COFINS. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário**, Brasília, DF, v. 7, n. 2, jul./dez. 2012, p. 210. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/viewFile/4641/2905>>. Acesso em: 03 abr. 2015.

promoção de crédito prestados por empresas representantes. Porém o tribunal ao proferir o acórdão, entendeu que a aplicação do princípio da não cumulatividade não pressupõe a dedução de créditos sobre todos os custos e despesas do seu processo.⁴⁰

A discussão em relação à aplicação do princípio da não cumulatividade para as contribuições do PIS/PASEP e da COFINS já está em análise pelo STF, porém ainda sem previsão de ser votada. No caso em questão, o Agravo do Recurso Extraordinário nº 790.928/PE, em que uma empresa do ramo alimentício alegou que as Leis instituidoras das contribuições para o PIS/PASEP e para a COFINS pelo sistema não cumulativo, afrontavam o princípio constitucional da não cumulatividade previsto no art. 195, §12 da Constituição Federal, pois limitavam as possibilidades de tomada de créditos pelos contribuintes. Além de sustentar a violação constitucional, a empresa recorrente buscou em preliminar que o tema fosse tratado em repercussão geral, nos termos do art. 543-A, §1º do Código de Processo Civil, o que foi aceito pela maioria dos ministros que votaram a questão, sendo que no mérito a matéria passou a ser discutida no RE 841.979/PE, que ainda não foi analisado pelo STF.⁴¹

⁴⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 5011571-17.2013.404.7100/RS**. Apelante: Sabemi Cred – Promotora de Crédito ao Consumidor Ltda. Apelado: Fazenda Nacional. Relator: Juiz Federal Andrei Pitten Velloso. Porto Alegre, 23 de junho de 2015. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41435329070116451040000000003&evento=41435329070116451040000000001&key=afeba950fea0fca64e0fd6936778942dd640840a156222fdb13748f78d8985> Acesso em: 19 out. 2015.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 790.928/PE**. Recorrentes: Unilever Brasil Gelados do Nordeste S/A e Unilever Brasil Industrial Ltda. Recorrido: União. Relator: Luiz Fux. Brasília, DF, 15 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4514939>> Acesso em: 02 out. 2015.

2.2 A DISCUSSÃO SOBRE O CONCEITO DE INSUMOS PARA FINS DA TOMADA DE CRÉDITOS

Na relação de créditos autorizados pela legislação do PIS/PASEP e da COFINS, o item que gera o maior número de discussões é o crédito sobre os bens e serviços utilizados como insumos, previsto no inciso II⁴² do art. 3º da Lei 10.833/03, cujo direito de crédito é conferido aos contribuintes que os utilizarem na produção de bens, inclusive combustíveis e lubrificantes, bem como os utilizados na prestação de serviços.⁴³

A utilização do termo “insumo” no texto do inciso II demonstra a extensão que se pretendeu atingir em relação à possibilidade de créditos, seu uso é um avanço, pois não havia sido utilizado para nenhum outro tributo nas legislações brasileiras. Porém, com a permissão da tomada de créditos sobre os insumos, torna-se necessário saber o que pode ser definido dentro deste conceito. A palavra insumo é derivada da expressão inglesa *input*, cujo significado nas palavras de André Mendes Moreira seria “todas as despesas e investimentos que contribuem para a obtenção de determinado resultado, mercadoria ou produto até o acabamento ou consumo final”.⁴⁴

As leis que criaram as contribuições para o PIS/PASEP e para a COFINS pelo sistema não cumulativo foram omissas em relação à definição do termo insumo, deixando esta definição para as normas regulamentadoras. Para conceituar o que seria considerado como insumo para fins da

⁴² “II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, [...]”

⁴³ ARAÚJO, Elaine Cristina de; SOUZA, Katia Luiza Nobre de. **Créditos do PIS/PASEP e da COFINS**. São Paulo: IOB SAGE, 2014, p. 205.

⁴⁴ MOREIRA, André Mendes. **A não-cumulatividade dos tributos**. 2. Ed. São Paulo: Noeses, 2012, p. 461.

tomada de créditos do PIS/PASEP e da COFINS, a Receita Federal do Brasil publicou a Instrução Normativa SRF nº 404/04, com a normatização da incidência da COFINS não cumulativa, prevendo no seu artigo 8º, §4º⁴⁵ o entendimento do que seria definido como insumo.⁴⁶

Em relação às atividades industriais, o texto legal entende que são considerados como insumos as matérias primas, materiais de embalagem e os produtos intermediários, estendendo a quaisquer outros bens que possam sofrer desgaste, alterações ou perdas de propriedade, quando em contato direto com o produto industrializado.⁴⁷

As legislações que regulamentam e normatizam a incidência não cumulativa do PIS/PASEP e da COFINS direcionaram o entendimento do conceito de insumos ao mesmo conceito utilizado para o ICMS e para o IPI, de forma incorreta, visto que estes tributos têm um regramento totalmente distinto. Além do mais, os créditos autorizados pela legislação do PIS/PASEP e da COFINS excedem ao conceito de insumos utilizado em relação às legislações do ICMS e do IPI, que possuem uma abrangência mais restrita.⁴⁸

As contribuições do PIS/PASEP e da COFINS não cumulativas incidem sobre a receita bruta. Desta forma, deveriam pressupor o creditamento de todos os custos e despesas vinculados às operações da empresa, sendo que a utilização de um conceito de insumos vinculados

⁴⁵ § 4º Para os efeitos da alínea "b" do inciso I do caput, entende-se como insumos:

I - utilizados na fabricação ou produção de bens destinados à venda: a) a matéria-prima, o produto intermediário, o material de embalagem e quaisquer outros bens que sofram alterações, tais como o desgaste, o dano ou a perda de propriedades físicas ou químicas, em função da ação diretamente exercida sobre o produto em fabricação, desde que não estejam incluídas no ativo imobilizado; b) os serviços prestados por pessoa jurídica domiciliada no País, aplicados ou consumidos na produção ou fabricação do produto; II - utilizados na prestação de serviços: a) os bens aplicados ou consumidos na prestação de serviços, desde que não estejam incluídos no ativo imobilizado; e b) os serviços prestados por pessoa jurídica domiciliada no País, aplicados ou consumidos na prestação do serviço.

⁴⁶ RODRIGUES, Agostinho I. et al. **Prática tributária nas empresas**: análise de questões tributárias e contábeis atuais e relevantes. SILVA, J. Miguel (coord.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 47-48.

⁴⁷ MOREIRA, André Mendes. **A não-cumulatividade dos tributos**. 2. Ed. São Paulo: Noeses, 2012, p. 462-465.

⁴⁸ RODRIGUES, Agostinho I. et al. **Prática tributária nas empresas**: análise de questões tributárias e contábeis atuais e relevantes. SILVA, J. Miguel (coord.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 48.

ao IPI apresenta problemas na sua aplicação, principalmente quando as atividades envolvem a prestação de serviços. As características do PIS/PASEP e da COFINS sobre a receita bruta remetem a uma similaridade maior destes tributos com as regras do Imposto de Renda.⁴⁹

O art. 290⁵⁰ do Regulamento do Imposto de Renda (RIR) prevê a definição do que deve ser compreendido como custo de produção de bens e serviços, que são divididos em custos diretos e indiretos. Os custos diretos são aqueles que estão ligados diretamente na produção, como os materiais e a mão de obra. Já os custos indiretos são aqueles que não se podem identificar diretamente com a produção, como os gastos gerais de fabricação.⁵¹

O RIR possui um alcance maior quando define o que pode ser dedutível, pois além dos custos previstos no art. 290, também são considerados dedutíveis pelo art. 299⁵² as despesas operacionais, desde que sejam necessárias para as atividades da empresa. Desta forma, verifica-se que o RIR utiliza o critério da essencialidade para definir o que é dedutível na base de cálculo do IRPJ. Como o IRPJ é o tributo que guarda maior semelhança com a aplicação do PIS/PASEP e da COFINS não cumulativos, por analogia deveria ser estendido a essas contribuições o mesmo critério, admitindo os créditos sobre todos os insumos, diretos e indiretos, necessários às atividades da empresa.⁵³

⁴⁹ MOREIRA, André Mendes. **A não-cumulatividade dos tributos**. 2. Ed. São Paulo: Noeses, 2012, p. 466-467.

⁵⁰ “Art. 290. O custo de produção dos bens ou serviços vendidos compreenderá, obrigatoriamente:

I - o custo de aquisição de matérias-primas e quaisquer outros bens ou serviços aplicados ou consumidos na produção, observado o disposto no artigo anterior; II - o custo do pessoal aplicado na produção, inclusive de supervisão direta, manutenção e guarda das instalações de produção; III - os custos de locação, manutenção e reparo e os encargos de depreciação dos bens aplicados na produção; IV - os encargos de amortização diretamente relacionados com a produção; V - os encargos de exaustão dos recursos naturais utilizados na produção.”

⁵¹ RODRIGUES, Agostinho I. et al. **Prática tributária nas empresas: análise de questões tributárias e contábeis atuais e relevantes**. SILVA, J. Miguel (coord.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 54-55.

⁵² “Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora. § 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa. § 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa. § 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.”

⁵³ MOREIRA, André Mendes. **A não-cumulatividade dos tributos**. 2. Ed. São Paulo: Noeses, 2012, p. 468.

Nas consultas fiscais feitas por contribuintes em relação à possibilidade de créditos sobre determinados insumos, a Receita Federal do Brasil tem mantido uma posição restritiva, com entendimento que o termo “insumo” para fins de apropriação do crédito do PIS/PASEP e da COFINS se aplica somente aos bens e serviços que efetivamente sejam consumidos no processo industrial ou na prestação de serviços, excluindo os custos indiretos, que mesmo não fazendo parte do processo produtivo ou da prestação de serviços são necessários para que sejam concluídos.⁵⁴

Vários são os casos em que a Receita Federal já se posicionou neste sentido restrito do conceito de insumos, como no caso da Solução de Consulta COSIT nº 219, de 06 de agosto de 2014, em que uma empresa do ramo da construção civil buscou a posição da RFB em relação à possibilidade de créditos sobre as aquisições de vale-transporte, vale-refeição, vale-alimentação, fardamento e uniformes, alegando que as aquisições são custos inerentes à mão de obra. Portanto, são necessários para a execução dos serviços contratados. Na resposta à consulta, a RFB destacou que o insumo, para que possa gerar créditos ao contribuinte, não pode ser qualquer despesa necessária às atividades da empresa, devendo ser efetivamente utilizada no processo produtivo e na prestação de serviços.⁵⁵

No âmbito do CARF há vários julgados desfavoráveis à RFB, afastando o conceito restritivo utilizado pela fiscalização, sendo que em alguns destes julgados foi utilizado como conceito de insumos utilizado na legislação do IRPJ, relativo a custos de despesas dedutíveis. Entre estes julgados pode ser destacado o Acórdão 3202-000.226, de 08 de dezembro de 2010, em que uma empresa moveleira teve parte de seus créditos glosados em um processo de ressarcimento, sendo que uma destas glosas era relativa à aquisição de materiais utilizados nas manutenções

⁵⁴ RODRIGUES, Agostinho I. et al. **Prática tributária nas empresas**: análise de questões tributárias e contábeis atuais e relevantes. SILVA, J. Miguel (coord.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 50.

⁵⁵ BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Solução de Consulta COSIT nº 219, de 06 de agosto de 2014**. p. 4. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/anexoOutros.action?idArquivoBinario=31827>> Acesso em: 17 out. 2015.

de máquinas e equipamentos. Na decisão do acórdão os conselheiros entenderam que deve ser afastado o conceito utilizado pela RFB, cujo entendimento vincula por analogia a definição de insumos às regras do IPI, devendo utilizar as regras constantes nos art. 290 e 299 do RIR.⁵⁶

As decisões envolvendo as discussões do que vem a ser o conceito de insumos ainda não estão totalmente pacificadas dentro do CARF. Porém, a maioria dos julgados tem adotado uma corrente intermediária, que não leva em consideração o entendimento da Receita Federal do Brasil sobre insumos, mas também não adota o entendimento dos contribuintes, que buscam definir insumos baseados no conceito de custos e despesas dos artigos 290 e 299 do RIR.⁵⁷

Entre os julgados do CARF que demonstram esta posição intermediária está o Acórdão nº 3403-002.318, referente a uma empresa agroindustrial que desenvolve as atividades de usina de açúcar e álcool. No julgado, a empresa buscou anular um auto de infração lavrado pela RFB, que exigia o valor correspondente aos créditos do PIS/PASEP e da COFINS sobre diversos insumos que a empresa apropriou. Na decisão, os conselheiros analisaram cada tipo de insumo relacionado no auto de infração, reconhecendo o direito de crédito aos insumos que mesmo não estando ligados diretamente ao processo produtivo guardam uma relação de essencialidade com a atividade desenvolvida. Ou seja, necessários no processo produtivo.⁵⁸

Nos tribunais federais já se pode encontrar vários julgados discutindo qual a amplitude do conceito de insumos, bem como a forma que este conceito deve ser aplicado ao PIS/PASEP e a COFINS não cumulativos. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região tem adotado nos seus julgados uma linha favorável a Receita Federal do Brasil, confirmando a aplicação do conceito de insumos previsto nas Instruções Normativas nº 404/04

⁵⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 3202-000.226**. Recorrente: Móveis Ponzani Ltda. Recorrido: DRJ-Porto Alegre/RS. Relator: Conselheiro Gilberto de Castro Moreira Junior. Brasília, DF, 08 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>> Acesso em: 18 out. 2015.

⁵⁷ BORGES, Eduardo (coord.). **PIS/COFINS – apropriação de créditos – conceito de insumos – posicionamentos do CARF**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 51-52.

⁵⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 3403-002.318**. Recorrente: Usina Caeté S/A. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Conselheiro Ivan Allegretti. Brasília, DF, 25 de junho de 2013. Disponível em: <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>> Acesso em: 18 out. 2015.

e 247/02, com fundamento de que as leis instituidoras das contribuições não detalham as despesas sujeitas ao creditamento, não podendo ser ampliado o conceito de insumos para abrangê-las, pois se o legislador tivesse o objetivo de permiti-las, teria ele próprio relacionado tais despesas.⁵⁹

Entre as decisões do TRF4 que confirmam o entendimento da RFB, podemos citar a Apelação Cível nº 2009.71.07.001153-5/RS, que teve como relator o Desembargador Otavio Roberto Pamplona, envolvendo uma empresa do ramo de energia. Ela buscou por meio de um mandado de segurança o direito ao crédito das despesas operacionais, com base no art. 299 do RIR, bem como o reconhecimento ao conceito de insumos com base no art. 290 do mesmo regulamento. No caso em questão a apelação foi negada, com o fundamento de que as Instruções Normativas nº 247/02 e 404/04 mostravam-se adequadas ao conceito de insumos.⁶⁰

Embora a maioria dos julgados do TRF4 se mostre contrária aos contribuintes, um julgado mais recente do próprio Tribunal se mostrou favorável, afastando o conceito de insumos previsto nas normativas da RFB e a sua analogia às regras do IPI.⁶¹ Este julgado envolveu um contribuinte que buscou o reconhecimento do seu direito ao crédito sobre serviços de logística de armazenagem, expedição de produtos e controle de estoques. Na decisão da Apelação Cível nº 0029040-40.2008.404.7100/RS, o Relator Desembargador Federal Joel Ilan Paciornik votou pelo afastamento do conceito restritivo da RFB e pela utilização em parte do conceito previsto nos artigos 290 e 299 do RIR.⁶²

Dentro do STJ ainda não há uma posição consolidada sobre o conceito de insumos para fins de crédito do PIS/PASEP e da COFINS, pois existem precedentes favoráveis ao entendimento da RFB e também aos contribuintes. Porém entre estes precedentes destaca-se um julgado

⁵⁹ GOLDSCHMIDT, Guilherme. **PIS e COFINS**: a ampliação do conceito de insumos frente ao regime não cumulativo das contribuições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 68.

⁶⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 2009.71.07.001153-5/RS**. Apelante: Rio Grande Energia S/A – RGE. Apelado: Fazenda Nacional. Relator: Desembargador Federal Otavio Roberto Pamplona. Porto Alegre, 04 de maio de 2010. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=3418977&hash=b7e989afb7fc18328a7052eb26e4c303> Acesso em: 19 out. 2015.

⁶¹ RODRIGUES, Agostinho I. et al. **Prática tributária nas empresas**: análise de questões tributárias e contábeis atuais e relevantes. SILVA, J. Miguel (coord.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 56-57.

⁶² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 0029040.40.2008.404.7100/RS**. Apelante: Fitesa S/A. Apelado: Fazenda Nacional. Relator: Desembargador Federal Joel Ilan Paciornik. Porto Alegre, 13 de julho de 2011. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=4323844&hash=a6c2039eab1e85bf74126a5974e28f84> Acesso em: 19 out. 2015.

recentemente, de 19 de maio de 2015, que reconheceu o direito de um contribuinte à tomada de créditos sobre material de limpeza e desinfecção, entendendo que são essenciais para a produção.⁶³

No REsp 1.246.317/MG, uma empresa do ramo alimentício buscou o direito ao crédito das contribuições do PIS/PASEP e da COFINS sobre as aquisições de materiais de limpeza e desinfecção, bem como aos serviços de dedetização, sustentando que eles seriam considerados insumos de acordo com os art. 290 e 299 do RIR, sendo essenciais para a sua produção, visto que sem estes procedimentos de higiene ficaria impedido de produzir. Embora o julgamento não tenha confirmado o conceito de insumos com base no RIR, o relator Ministro Mauro Campbell Marques votou pela ampliação do conceito de insumos em relação ao utilizado pela RFB, entendendo que a essencialidade no processo produtivo define o gasto como um insumo sujeito a apropriação do crédito. O voto foi seguido pela maioria dos ministros.⁶⁴

Devido aos inúmeros casos que estão pendentes de julgamento no STJ e que envolvem a definição de insumos para fins de crédito do PIS/PASEP e da COFINS, o tema foi submetido ao rito dos recursos repetitivos, previsto no art. 543-C da Lei 5.869/73 (Código de Processo Civil) por meio do REsp nº 1.221.170/PR, cujo relator é o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Porém este julgamento ainda não foi finalizado.⁶⁵

⁶³ BORGES, Eduardo (coord.). **PIS/COFINS** – apropriação de créditos – conceito de insumos – posicionamentos do CARF. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 54-55.

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.246.317/MG**. Recorrente: Domingos Costa Indústrias Alimentícias S/A. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 19 de maio de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=48075587&num_registro=201100668193&data=20150629&tipo=5&formato=HTML> Acesso em: 20 out. 2015.

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.221.170/PR**. Recorrente: Anhambí Alimentos Ltda. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=34887768&num_registro=201002091150&data=20140422&tipo=0&formato=PDF> Acesso em: 20 out. 2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação do princípio da não cumulatividade às contribuições do PIS/PASEP e da COFINS já possui alguns julgados em nossos tribunais, que em regra não aceitam a simples alegação de afronta ao princípio, entendendo que a sua aplicação não pressupõe a dedução de créditos sobre todos os custos e despesas da empresa.

Já em relação à discussão envolvendo o conceito de insumos para fins da tomada dos créditos, já existem decisões proferidas pelo CARF e pelos tribunais federais, sendo que entre estas decisões, algumas reafirmam o conceito utilizado pela Receita Federal do Brasil. Algumas mais raras têm um entendimento favorável aos contribuintes, entendendo que são considerados insumos todos os custos e despesas operacionais, de acordo com os artigos 290 e 299 do Regulamento do Imposto de Renda. Mas nos casos mais recentes, tanto o CARF como os tribunais começam a adotar uma linha intermediária, que entende que são considerados insumos todos os custos e despesas essenciais à produção ou à prestação dos serviços.

Em conclusão ao tema deste estudo e aos problemas de pesquisa, verifica-se que atualmente o princípio da não cumulatividade, quando aplicado às contribuições do PIS/PASEP e da COFINS, não permite a tomada de créditos sobre todas as despesas e custos da empresa, pois possui restrições por parte do fisco e que já foram confirmadas pelos tribunais. Porém, destaca-se uma ação de repercussão geral sobre o assunto a ser julgada no STF, podendo confirmar o entendimento da fiscalização ou alterar o posicionamento atual. Já em relação ao conceito de insumos, pelos julgados recentes, tanto os tribunais quanto o próprio CARF estão inclinados a adotar uma corrente intermediária, que não utiliza o conceito restritivo da Receita Federal do Brasil, mas também não utiliza o conceito mais abrangente do Regulamento do Imposto de Renda, adotando um critério de essencialidade em relação ao custo ou a despesa.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. São Paulo: Método, 2012.

ARAÚJO, Elaine Cristina de; SOUZA, Katia Luiza Nobre de. **Créditos do PIS/PASEP e da COFINS**. São Paulo: IOB SAGE, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BERGAMINI, Adolpho. A não-cumulatividade do PIS/COFINS sob a ótica constitucional. **Revista Âmbito Jurídico**, (s.l.), (s.d.). Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3130>. Acesso em: 28 set. 2014.

BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BORGES, Antonio de Moura; VALENTE, Cristiano Mendes Wolney. A origem da não cumulatividade: de técnica a princípio aplicável às contribuições ao PIS e COFINS. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário**, Brasília, DF, v. 7, n. 2, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/viewFile/4641/2905> >. Acesso em: 03 abr. 2015.

BORGES, Eduardo (coord.). **PIS/COFINS – apropriação de créditos – conceito de insumos – posicionamentos do CARF**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 3202-000.226**. Recorrente: Móveis Ponzani Ltda. Recorrido: DRJ-Porto Alegre/RS. Relator: Conselheiro Gilberto de Castro Moreira Junior. Brasília, DF, 08 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>> Acesso em: 18 out. 2015.

_____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 3403-002.318**. Recorrente: Usina Caeté S/A. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Conselheiro Ivan Allegretti. Brasília, DF, 25 de junho de 2013. Disponível em: <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>> Acesso em: 18 out. 2015.

_____. **Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999**. Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3000.htm>. Acesso em: 06 out. 2015.

_____. **Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002**. Dispõe sobre a não-cumulatividade na cobrança da contribuição para os Programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), nos casos que especifica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10637.htm>. Acesso em: 28 set. 2014.

_____. **Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003**. Altera a Legislação Tributária Federal e da outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.833.htm>. Acesso em: 28 set. 2014.

_____. Receita Federal do Brasil. **Instrução Normativa SRF nº 247, de 21 de novembro de 2002**. Dispõe sobre a Contribuição para o PIS/Pasep e a COFINS [...]. Disponível em: <<https://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Ins/2002/in2472002.htm>>. Acesso em: 10 out. 2015.

_____. Receita Federal do Brasil. **Instrução Normativa SRF nº 404, de 12 de março de 2004**. Dispõe sobre a incidência não-cumulativa da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social [...]. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15304&visao=anotado>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. Receita Federal do Brasil. **Solução de Consulta COSIT nº 219, de 06 de agosto de 2014**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=55338>> Acesso em: 17 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.221.170/PR**. Recorrente: Anhambi Alimentos Ltda. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=34887768&num_registro=201002091150&data=20140422&tipo=0&formato=PDF> Acesso em: 20 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.246.317/MG**. Recorrente: Domingos Costa Indústrias Alimentícias S/A. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 19 de maio de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=48075587&num_registro=201100668193&data=20150629&tipo=5&formato=HTML> Acesso em: 20 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 790.928/PE**. Recorrentes: Unilever Brasil Gelados do Nordeste S/A e Unilever Brasil Industrial Ltda. Recorrido: União. Relator: Luiz Fux. Brasília, DF, 15 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4514939>> Acesso em: 02 out. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 2009.71.07.001153-5/RS**. Apelante: Rio Grande Energia S/A – RGE. Apelado: Fazenda Nacional. Relator: Desembargador Federal Otavio Roberto Pamplona. Porto Alegre, 04 de maio de 2010. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=3418977&hash=b7e989afb7fc18328a7052eb26e4c303> Acesso em: 19 out. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 0029040.40.2008.404.7100/RS**. Apelante: Fitesa S/A. Apelado: Fazenda Nacional. Relator: Desembargador Federal Joel Ilan Paciornik. Porto Alegre, 13 de julho de 2011. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=4323844&hash=a6c2039eab1e85bf74126a5974e28f84> Acesso em: 19 out. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 5011571-17.2013.404.7100/RS**. Apelante: Sabemi Cred – Promotora de Crédito ao Consumidor Ltda. Apelado: Fazenda Nacional. Relator: Juiz Federal Andrei Pitten Velloso. Porto Alegre, 23 de junho de 2015. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41435329070116451040000000003&evento=41435329070116451040000000001&key=afeba950fea0fca64e0fd69366778942dd640840a156222fdbe13748f78d8985> Acesso em: 19 out. 2015.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CASTARDO, Hamilton Fernando. **Direito tributário na prática**. São Paulo: IOB, 2010.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FABRETTI, Láudio Camargo. **Direito tributário aplicado: impostos e contribuições das empresas**. São Paulo: Atlas, 2006.

FERNANDES, Edison Carlos; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Não-Cumulatividade do PIS e da COFINS: implicação contábil, societária e Fiscal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

GOLDSCHMIDT, Guilherme. **PIS e COFINS: a ampliação do conceito de insumos frente ao regime não cumulativo das contribuições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MADEIRA, Patrícia Hermont Barcellos Gonçalves. **Não-Cumulatividade do PIS e da COFINS**. 2009. 157 f. Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-22062010-083058/pt-br.php>> Acesso em: 29 set. 2014.

MELO, José Eduardo Soares de; LIPPO, Luiz Francisco. **A não-cumulatividade tributária: (ICMS, IPI, ISS, PIS e COFINS)**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

MOREIRA, André Mendes. **A não-cumulatividade dos tributos**. 2. Ed. São Paulo: Noeses, 2012.

_____. **Não-cumulatividade tributária no Brasil e no mundo: origens, conceito e pressupostos**. (s.l.), 2009. Disponível em: <<http://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/10/Nao-cumulatividade-tributaria-no-Brasil-e-no-mundo-origens-conceito-e-pressupostos.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

ONO, Juliana M. O., OLIVEIRA, Fabio Rodrigues de, OLIVEIRA, Jonathan José F. de. **Manual do PIS e da COFINS**. 2. ed. São Paulo: FISCOsoft, 2010.

RODRIGUES, Agostinho I. et al. **Prática tributária nas empresas**: análise de questões tributárias e contábeis atuais e relevantes. SILVA, J. Miguel (coord.). São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

embriaguez ao volante e a responsabilidade civil da seguradora: as dificuldades probatórias

Taila da Silva

Bacharel em Direito pela
Universidade Feevale.

E-mail: tassilva1990@gmail.com.

André Rafael Weyermüller

Doutor em Direito e Mestre em Direito pela
UNISINOS. Docente no Curso de Direito e no
Programa de Pós-Graduação em Qualidade
Ambiental da Universidade Feevale. Docente
no Curso de Direito da UNISINOS. Advogado.

E-mail: andrerw@feevale.br.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Discorrer sobre o presente tema é intrigante, uma vez que pesquisas realizadas nos dias de hoje apontam que a prática de ingestão de álcool, seguida de condução de veículo automotor, é a causa mais preeminente de acidentes que vem a causar mortes no Brasil. Devido a isso, o Estado se viu obrigado a tomar providências, buscando penalizar o condutor ébrio. Em 2008 foi sancionada a Lei nº 11.705, denominada de “Lei Seca”, que veio a instituir a proibição de condução de veículo por quem estivesse sob a influência do álcool, impondo penas mais severas para quem assim o fizesse.

A finalidade de tal pesquisa teve como propósito esclarecer de maneira concisa, que a responsabilidade civil e indenizatória da seguradora, diante de apresentação de estado de embriaguez do segurado ou do condutor do veículo que está tutelado pelo contrato de seguros, deve ser analisada e verificada com a causa que determinou o evento de sinistro, bem como o ato doloso e agravante do risco.

Desta feita, e com embasamento realizado de acordo com os apontamentos extraídos diante dessa pesquisa, se expôs constatações às peculiaridades do contrato de seguro, a embriaguez ao volante e a responsabilidade civil da seguradora diante da dificuldade probatória

1 CONTRATOS DE SEGURO

1.1 CONCEITO CONTRATO DE SEGURO

A necessidade inicial da constituição de um contrato de seguro surgiu da união de indivíduos, que formava uma espécie de socorro mútuo objetivando resguardar-se dos riscos inerentes às suas incumbências.¹ Pode-se dizer que o seguro nasce do manifesto humano, da natural e contínua vontade de proteger seus bens, e neste caso, também, de precaver-se de riscos futuros.²

¹ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Contratos em Espécie. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 4, p. 489.

² ALVIM, Pedro. O Contrato de Seguro. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 03.

O direito pátrio tem a matéria de seguro mensurada pelo Código Civil, e é dividida a matéria em três Seções: I - Disposições gerais (arts. 757 a 777); II - Do seguro de dano (arts. 778 a 788); III - Do seguro de pessoa (arts. 789 a 802); todavia o artigo que vem conceituar o contrato de seguro como um todo é o artigo 757³, que abrange todos os ramos de seguro e terceiros caso a situação específica exija.⁴

Pode-se dizer que o contrato de seguro vem a ser uma das espécies contratuais mais profundas e importantes do Direito Privado, Arnaldo Rizzardo ao se dedicar a análise desse tema analisa que,

trata-se de um dos contratos mais desenvolvidos pela lei civil. Em quarenta e cinco artigos vem regulada a matéria, sem contar os inúmeros diplomas que a regem em casos particulares. Dentre eles, destaca-se a recente Lei 9.656, de 03.06.1998, dispondo sobre os planos privados de assistência à saúde, de vital importância no ordenamento de tal matéria, que se encontrava praticamente à mercê e livre manipulação das seguradoras e operadoras de planos. Já o Decreto-lei no 73, de 21.11.1966, trata do sistema nacional de seguros privados, e regula as operações de seguros e resseguros. Constitui o estatuto que disciplina a atividade das seguradoras, as quais são fiscalizadas pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).⁵

O conceito do contrato de seguro descrito pela norma jurídica comentada é delimitado por cinco elementos, o primeiro deles seria a garantia que traz consigo a obrigação da seguradora junto ao segurado, o segundo é o interesse que nada mais é que proteger o que interessa ao segurado, o terceiro é o risco que é a possibilidade de lesão ao bem que está protegido pelo seguro, o quarto que vem a ser o prêmio que é a prestação a cargo do segurado de pagar uma quantia pelo contrato de seguro, e por quinto e último vem a empresarialidade que representa a qualificação jurídica da seguradora como entidade autorizada para realizar o contrato de seguro.⁶

³ “Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Contratos e Atos Unilaterais. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3, p. 585.

⁵ RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 841.

⁶ TZIRULNIK, Ernesto, CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B. e PIMENTEL, Ayrton. O Contrato de Seguro: De acordo com o Novo Código Civil Brasileiro. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 41.

1.2 CONTRATO DE SEGURO: NATUREZA JURIDICA

No que tange a classificação do contrato de seguro, é indiscutível que estese trata de contrato bilateral, oneroso, aleatório, consensual e de adesão, subordinado à boa-fé qualificada e de execução continuada.⁷ Não há duvidas quando a bilateralidade do contrato, visto que o mesmo toma forma após a demonstração de vontade das partes, oneroso porquanto a criação de vantagens ou a expectativa dela para ambos os contratantes, aleatório por que pode criar benefícios apenas a um dos envolvidos, de adesão tendo em vista as suas cláusulas contratuais, consensual devido ao mesmo tomar forma devido ao acordo voluptuoso das partes.⁸

É necessário ressaltar ainda, que o contrato de seguro trata-se de um contrato com execução continuada visto que, o mesmo perdura durante a vigência estipulada pelas partes.⁹

A boa-fé que é norma basilar para todo e qualquer contrato, essa norma é ainda mais exigida e discutida no contrato de seguro, e isso esta regulado pelo artigo 765¹⁰ do atual Código Civil.¹¹ Por extremo, esse negócio jurídico sempre deve ser celebrado com a marca da boa-fé absoluta, não apenas no momento de sua celebração, mas enquanto perdurar sua vigência.¹²

Importante ressaltar o entendimento de Domingos Afonso Kriger Filho ao afirmar que a ação de má-fé do segurado, em qualquer tempo, pode colocar em ameaça a cobertura de seu risco, uma vez que comprovada pode levar o contrato a ineficácia jurídica.¹³

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Contratos em Espécie. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014, v.3, p. 405.

⁸ FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. Contrato de Seguro. In; CAHALI, Yussef Said. Contratos Nominados: Doutrina e Jurisprudência. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 445.

⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Contratos em Espécie. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 4, p. 498.

¹⁰ “Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Contratos e Atos Unilaterais.9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3, p. 590.

¹² FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. Contrato de Seguro. In; CAHALI, Yussef Said. Contratos Nominados: Doutrina e Jurisprudência. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 445.

¹³ KRIGER FILHO, Domingos Afonso . O Contrato de Seguro no Direito Brasileiro.1 ed. Niterói: Frater et Labor. 2000, p. 87-89.

1.3 ESPÉCIES DE SEGURO

Existem diversas modalidades de seguros, pois se pode afirmar que tudo que é vulnerável e que é de interesse do segurado, cabe à entidade seguradora criar uma cobertura para o risco.¹⁴

Os seguros sociais públicos são de responsabilidade do Estado diretamente ou via entidades autárquicas, Carlos Roberto Gonçalves retrata por seguros sociais públicos os que “em regra, facultativos e dizem respeito a coisas e pessoas, aqueles, de cunho obrigatório, tutelam determinadas classes de pessoas, como os idosos, os inválidos, os acidentados no trabalho, etc”.¹⁵Os seguros privados por sua vez, são de interesse particular do contratante, onde o mesmo tem como objetivo proteger algo ou alguém.¹⁶

As modalidades de seguro privado podem ser divididas por seguro de dano, seguro de pessoas e ainda o seguro de responsabilidade civil, a primeira delas vem tutelar os bens materiais do segurado, enquanto a segunda tem como objetivo preservar a integridade física e a vida.¹⁷

No entanto é importante vislumbrar que o conceito de seguros é apenas um e há uma única forma de contrato, sobre isso, Sílvio de Salvo Venosa disserta:

São inúmeras as subdivisões, cada uma com características e requisitos próprios, convertendo-se atualmente em verdadeira especialidade no campo do direito privado, com profundas investidas do direito publico. Seu alcance permite que se identifique com o que a moderna doutrina denomina direito social. De fato, o seguro e seu alcance social, bem como a vasta dimensão de sua legislação, não mais permite que seja tratado simplesmente como um contrato ou como instituto do direito privado. O campo securitário exige especialização dedicada não só dos técnicos que atuam na área, como especialmente dos operadores do Direito.¹⁸

Passa-se assim a analisar as obrigações do segurado e do segurador.

¹⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: Contratos. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 3, p. 425.

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Contratos e Atos Unilaterais.9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3, p. 592.

¹⁶ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Contratos.7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. 3, p. 384.

¹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Contratos em Espécie. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 4, p. 535.

¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Contratos em Espécie. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014, v.3, p. 416.

1.4 OBRIGAÇÕES DO SEGURADO E DO SEGURADOR

De maneira geral, diz-se que há algumas obrigações que são iguais para ambos e que deve ser à base deste negócio jurídico, segurado e segurador devem preservar o contrato de seguro na mais estrita boa-fé e veracidade, isso tanto quando se falar no objeto, no contexto e declarações referentes ao risco a ser protegido.¹⁹

É obrigação de o segurado pagar prêmio para obter cobertura para seu risco, pois não realizando essa ação não poderá gozar da segurança que esse contrato representa e também dever do segurado não agravar o risco coberto, e em caso de evento de sinistro comunicar o mesmo logo que o saiba visando minimizar suas consequências, outrossim, deve o contratante proteger os salvados que após o dano serão de posse do segurador e ainda comprovar como o mesmo ocorreu de forma clara e exata.²⁰

Tendo o segurado cumprido suas obrigações, a principal obrigação do segurador esta em indenizar o evento danoso ao risco assumido, o pagamento do sinistro deve ocorrer dentro de um prazo legal, sendo que este diferente para cada espécie de seguro, sob pena de mora.²¹

1.5 COBERTURAS DO CONTRATO DE SEGURO E SUAS EXCLUDENTES

Em todos os ramos do seguro sobrevém uma cobertura que é entendida como a cobertura básica de garantia para o bem protegido, entretanto, existem também as coberturas adicionais que apresentam a possibilidade de adaptar o contrato em concordância com o risco que se busca tutelar, bem como de acordo com suas características próprias da atividade do bem segurado.²² É predisposto à cobertura todo e qualquer risco que possua interesse legítimo do segurado, e em qualquer gênero de atividade.²³

¹⁹ VIEIRA, Cristiane Maria e BONATTO, Maura de Fátima. O Seguro Brasileiro: Sua prática nos dias atuais. 1 ed. Leme: Direito, 2000, p. 91.

²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Contratos em Espécie. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014, v.3, p. 435-437.

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Contratos e Atos Unilaterais. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3, p. 619-621.

²² VIEIRA, Cristiane Maria e BONATTO, Maura de Fátima. O Seguro Brasileiro: Sua prática nos dias atuais. 1 ed. Leme: Direito, 2000, p. 58.

²³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: Contratos. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 3, p. 427.

A dita cobertura básica deve ser correspondente com o valor da coisa que esta sendo segurada, não podendo jamais ter o intuito de gerar lucros a quem está realizando o contrato de seguros.²⁴As coberturas adicionais são aquelas que o segurado tem por opção, elas não são necessárias para existência e eficácia do contrato de seguro.²⁵

Para que ocorra a indenização, existem perante a ocorrência do fato danoso, requisitos a serem preenchidos, bem como os estragos ou perdas de um bem jurídico, que a existência do dano seja comprovada, causalidade, a subsistência do dano ao ser acionado o seguro, legitimidade para que seja realizado o acionamento da seguradora para a reparação do estrago ocorrido e a inexistência das causas excludentes da responsabilidade.²⁶

O ato doloso não irá dispor do direito a cobertura, pois uma vez que o segurado quis alcançar o resultado, ou tinha conhecimento de possível consequência, o mesmo perde seu direito a cobertura do contrato de seguro, bem como de sua indenização.²⁷

²⁴ FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. Contrato de Seguro. In; CAHALI, Yussef Said. Contratos Nominados: Doutrina e Jurisprudência. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 449.

²⁵ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Contrato de Seguro: Interpretação doutrinária e jurisprudencial. 1 ed. Campinas: LZN, 2002, p. 93.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Teorias das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 564.

²⁷ TZIRULNIK, Ernesto, CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B. e PIMENTEL, Ayrton. O Contrato de Seguro: De Acordo com o Novo Código Civil Brasileiro. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 64.

2 EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E A RESPONSABILIDADE CIVIL DA SEGURADORA: AS DIFICULDADES PROBATÓRIAS

2.1 EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA: ASPECTOS CLÍNICOS E JURÍDICOS

Entende-se do ponto de vista clínico, que quando um sujeito se encontra no estado de embriaguez o mesmo apresenta alucinações, perturbações e fortes tremores²⁸. Da perspectiva que se tem da Medicina Legal, Genival Veloso de França explica que se pode conceituar embriaguez como o “conjunto de manifestações neuropsicossomáticas resultantes da intoxicação etílica aguda de caráter episódico e passageiro”, junto deste entendimento, ele ainda aponta que os efeitos do álcool podem agir sobre o organismo humano por manifestações físicas, neurológicas e psíquicas.²⁹

Apesar de se saber os indícios de embriaguez, os profissionais da área da saúde costumam dividi-la em três fases, a primeira delas é a fase de excitação, nesse momento o indivíduo se torna extremamente inquieto, agitado, porém ainda possui consciência de seus atos. A segunda fase é denominada como a fase de confusão, onde o sujeito demonstra o seu lado agressivo, enxergando que tudo a sua volta lhe representa insegurança e perigo. A terceira e última fase, seria a fase do embriagado sentir forte sonolência, e não conseguir manter-se acordado mesmo que essa seja sua vontade.³⁰

Os efeitos do álcool sobre o ébrio e o nível de alcoolemia podem diferir devido a vários fatores, por isso deve-se tratar cada caso de maneira singular, conforme ressaltam Enrique Carbonell, Luis Montoro e Maria Helena Hoffmann,

²⁸ GOMES, Hélio. Medicina Legal. 31. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, p.97.

²⁹ FRANÇA, Genival Veloso de. Medicina Legal. 9 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005, p. 367-368.

³⁰ CROCE, Delton; e CROCE JR. Delton. Manual de Medicina Legal. 8 ed. São Paulo: Saraiva, p. 124, 2011.

O nível de alcoolemia varia em função de uma série de fatores: da pessoa que o ingere (complexidade do corpo, peso, estrutura), da quantidade de álcool ingerido-absorvido, rapidez com que bebe, tipo de alimentação, circunstâncias em que se dá o consumo, tolerância, entre outros fatores.³¹

A luz do entendimento jurídico define-se estado de embriaguez como sendo a condição em que a pessoa que esta embriagada se encontra devido à absorção ou ingestão de bebidas alcoólicas ou de alguma outra substância de efeito análogo.³²

Sob o aspecto legal, deve-se observar o elemento subjetivo do ébrio em relação ao real motivo de seu estado, sendo este dividido em quadro espécies, que é a embriaguez não acidental que pode ser voluntaria ou culposa, ou ainda a embriaguez acidental, que pode ser classificada como a de caso fortuito ou força maior, a embriaguez patológica e também a embriaguez preordenada.³³ O artigo 28³⁴ do Código Penal e seus incisos trazem de forma clara que independente do ocorrido para embriaguez, sendo ela voluptuosa ou não, noco caso de ato ilícito não há exclusão da imputabilidade penal, a não ser em algumas situações onde a embriaguez seja proveniente de caso fortuito ou força maior.³⁵

³¹ CARBONELL, Enrique, MONTORO, Luis e HOFFMANN, Maria Helena. Álcool e Segurança: epidemiologia e efeitos. **Psicologia: ciência e profissão**. vl. 16, n. 1, 1996. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-98931996000100006&script=sci_arttext> Acesso em: 24 Out. 2015.

³² SILVA, Haroldo Caetano da. Embriaguez e a Teoria da Actio Libera In Causa. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 54.

³³ JESUS, Damásio de. Direito Penal: parte geral. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, pag. 554.

³⁴ “Art. 28. Não excluem a imputabilidade penal:

Embriaguez

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

³⁵ MIRABETE, Julio. Manual de Direito Penal. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 1, p. 225.

2.2 EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

O ato de conduzir veículo automotor representa tarefa complexa, onde há necessidade de percepção do condutor, bem como habilidades psicomotoras e apreciação por parte do motorista.³⁶Devido ao álcool influenciar no estado psíquico do ébrio, ele enquanto condutor de um veículo, na primeira fase da embriaguez vai se sentir completamente capaz para realizar tal função, acreditando assim, estar apto para dirigir com segurança, nesse sentir, Cássio Mattos Honorato discorre:

O condutor que dirige alcoolizado geralmente infravalora os efeitos do mesmo sobre sua capacidade de rendimento; o álcool produz nele um sentimento subjetivo de acreditar que possui melhor capacidade para dirigir; aparece uma falsa segurança em si mesmo, que o faz aumentar a tolerância ao risco, levando-o a tomar decisões mais perigosas do que os habituais.³⁷

De forma mais específica pode se constatar que as alterações sofridas devido ao consumo do álcool são a perda de autocrítica, a depressão generalizada, o nível sensorial, a alteração na percepção, a atenção e a resistência à monotonia, o tempo de reação, o nível motor e coordenação geral e a coordenação bimanual.³⁸

³⁶ CARBONELL, Enrique, MONTORO, Luis e HOFFMANN, Maria Helena. Álcool e Segurança no Trânsito (II): a infração e sua prevenção. **Psicologia: ciência e profissão**.v. 16, n. 2, 1996. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98931996000200006>. Acesso em: 25 Out. 2015.

³⁷ HONORATO, Cássio Mattos. Álcool, trânsito seguro e proibição de retrocesso social. **Revista dos Tribunais**.v. 935, p. 163, set. 2013. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a000001509f4b97d01e84b9f4&docguid=laf63f5f0095911e3900501000000000&hitgui d=laf63f5f0095911e39005010000000000&spos=19&epos=19&td=168&context=4&startChunk=1&endChunk=1>>Acesso em: 25 Out. 2015.

³⁸ CARBONELL, Enrique, MONTORO, Luis e HOFFMANN, Maria Helena. Álcool e Segurança: epidemiologia e efeitos. **Psicologia: ciência e profissão**.vl. 16, n. 1, 1996. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-98931996000100006&script=sci_arttext> Acesso em: 25 Out. 2015.

A criação da restrição legal do uso de álcool e condução de veículos automotores configura a medida mais efetiva na prevenção de acidentes de trânsito devido à embriaguez.³⁹ Uma vez que o indivíduo que tenha ingerido álcool ou qualquer outra substância entorpecente que determine alteração física ou psíquica, ele já está cometendo infração, mesmo que essa seja meramente administrativa.⁴⁰

Devido aos dados alarmantes envolvendo condutores ébrios e acidentes de veículos, em 19 de junho de 2008 foi promulgada a Lei nº 11.705, denominada “Lei Seca”, criada no intuito de reduzir esses índices.⁴¹ A “Lei Seca” é clara ao transcrever sobre álcool e direção, vindo esta a tornar ilegal o fato de beber e dirigir, sendo assim proibida qualquer porcentagem de alcoolemia encontrada em um condutor de veículo, dispondo assim em seu artigo 1º:

Art. 1o - Esta Lei altera dispositivos da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, com a finalidade de estabelecer alcoolemia 0 (zero) e de impor penalidades mais severas para o condutor que dirigir sob a influência do álcool, e da Lei no 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4o do art. 220 da Constituição Federal, para obrigar os estabelecimentos comerciais em que se vendem ou oferecem bebidas alcoólicas a estampar, no recinto, aviso de que constitui crime dirigir sob a influência de álcool.⁴²

³⁹ MOURÃO, Lucio. A embriaguez e o trânsito: avaliação da nova lei de trânsito no que se refere à abordagem da embriaguez. *Revista de Psiquiatria Clínica*. v. 27, n. 2, p. 83, abr. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_issues&pid=0101-6083&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 25 Out. 2015.

⁴⁰ JESUS, Damásio de. *Direito Penal: parte geral*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 556.

⁴¹ SILVA, Letícia Lins, FERNANDES, Maíra e SILVA, Tércio Lins. Lei Seca: um conflito entre a norma e os direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*. v. 926, p. 607, dez. 2012. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000150be767e747762b612&docguid=lf70813903ddb11e2a63301000000000&hitguid=lf70813903ddb11e2a63301000000000&spos=1&epos=1&td=9&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 31 Out. 2015.

⁴² BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 11.705, de Junho de 2008**. Altera a Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997, que ‘institui o Código de Trânsito Brasileiro’, e a Lei no 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11705.htm>. Acesso em: 26 Out. 2015.

Em 20 de dezembro de 2012 foi instituída a Lei 12.760, intitulada como a “nova Lei Seca”, que dentre varias modificações impostas ao Código de Trânsito Brasileiro, transformou seu artigo 306, que discorre sobre o tema nas seguintes palavras:

Art. 306 Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º. As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2º. A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

§ 3º. O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.⁴³

De acordo com a nova redação legal, são dois os requisitos de maior relevância para que seja concretizado o delito, de nos termos que constam no artigo: “a condução de veículo automotor e a alteração da capacidade psicomotora do motorista em razão de influência de álcool ou de outra substância psicoativa”.⁴⁴

⁴³ BRASIL, Presidência da República. Lei nº 12.760, de 20 de Dezembro de 2012. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12760.htm>. Acesso em: 08 Nov. 2015.

⁴⁴ HONORATO, Cássio Mattos. Álcool, trânsito seguro e proibição de retrocesso social. *Revista dos Tribunais*.v. 935, p. 163, set. 2013. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a000001509f4b97d01e84b9f4&docguid=laf63f5f0095911e39005010000000000&hitguid=laf63f5f0095911e39005010000000000&spos=19&epos=19&id=168&context=4&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 08 Nov. 2015.

Diante da “nova Lei Seca”, para que se considere conduta criminal não é mais necessário que haja o perigo concreto, bastando apenas que o agente efetive a ação de dirigir em estado de embriaguez, o crime é de mera conduta, o risco já é presumido pelo legislador.⁴⁵

O Código de Trânsito Brasileiro traz em seu capítulo XV, as infrações que possuem penalidade administrativa, que realizar a condução de veículo automotor embriagado configura violação a esta lei, no seu artigo 165 ele transcreve:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;

Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.⁴⁶

2.3 CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA SEGURADORA DIANTE DE CONDUTOR EMBRIAGADO

A responsabilidade civil do segurador é ligada aos riscos constantes no contrato de seguro firmado por ele e pelo segurado, no entanto ambas as partes devem observar e respeitar as cláusulas contratuais de tal negócio jurídico.⁴⁷

É de obrigação e responsabilidade civil da companhia seguradora, garantir a proteção do bem tutelado, dando assistência ao segurado em caso de sinistro, e assim cumprindo com indenização devida sempre observando os prazos legais para a mesma.⁴⁸

⁴⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: legislação penal especial. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 4, p. 342.

⁴⁶ BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 9.503, de 23 de Setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em: 26 Out. 2015.

⁴⁷ SOUZA, Bárbara Bassani de. Responsabilidade civil do segurador. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*.v. 109, p. 745 – 770, jan. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89255/0>>. Acesso em: 09 Nov. 2015.

⁴⁸ COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Civil: Contratos.7 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 3, p. 383.

Por sua vez, o contratante também deve observar suas obrigações para que não arrisque a cobertura de seu negócio jurídico, Maria Helena Diniz ressalta que “o segurado deverá agir sempre com a cautela e terá o dever de abster-se de tudo que possa aumentar os riscos, ou seja, de tudo que for contrário aos termos do estipulado, sob pena de perder o direito ao seguro”.⁴⁹

Dentre os motivos de perda de direito de indenização securitária, a causa mais frequente que tem se visto, é o agravamento do risco devido à condução de veículo automotor sob efeito de álcool e demais substâncias psicoativas que isentam a companhia seguradora de qualquer responsabilidade que pudesse vir a ter prevista em contrato.⁵⁰ Nos termos do artigo 768 do Código Civil “o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato”⁵¹, enquadra-se de maneira exata ao condutor ébrio que por vontade própria assume o perigo de guiar seu veículo, podendo assim causar acidente que será considerado ato doloso.⁵²

Não obstante ao esclarecimento doutrinário, cabe destacar que nos contratos de seguro firmados pelas empresas MAPFRE SEGUROS GERAIS, Processo SUSEP nº 15414.100326/2004-83 e PORTO SEGUROS, Processo SUSEP 15414.100.233/2004-59, resta claro nas cláusulas contratuais, denominadas condições gerais do seguro de automóvel, que o agravamento do risco gera a perda do direito de indenização, conforme se destaca no contrato:

PERDA DE DIREITOS: 30.1. Além dos casos previstos em lei e nas cláusulas especificadas nestas Condições Gerais, a Seguradora ficará isenta de qualquer obrigação decorrente do contrato de seguro se o Segurado, seu representante, seu Corretor de seguros ou

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Teorias das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 545.

⁵⁰ SOUZA, Bárbara Bassani de. Responsabilidade civil do segurador. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*.v. 109, p. 745 – 770, jan. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89255/0>>. Acesso em: 09 Nov. 2015.

⁵¹ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.406, de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> acesso em: 10 nov. 2015.

⁵² CALVERT, Eduardo. **Contratos de seguro, mutualismo, solidariedade e boa-fé:** análise de decisões judiciais. Cadernos Jurídicos, n. 39, p. 171, mar. 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Cadernos-Juridicos-39.pdf#page=171>. Acesso em: 09 Nov. 2015.

o Beneficiário do veículo: a. Agravar intencionalmente o risco; [...]o. Contribuir ou concorrer com culpa grave ou dolo, ação ou omissão para o agravamento do risco. [...] 30.3. A Seguradora também ficará isenta de qualquer obrigação decorrente deste contrato se o veículo segurado: [...] h. For utilizado/conduzido por pessoa que esteja sob ação de álcool, de drogas ou entorpecentes de uso fortuito, ocasional ou habitual, quando da ocorrência do sinistro, bem como se o condutor do veículo se negar a realizar o teste de embriaguez requerido por Autoridade Competente e desde que haja nexos de causalidade comprovado pela Seguradora, entre o estado de embriaguez ou de efeito de drogas ou entorpecentes do condutor do veículo e o evento que provocou os danos;⁵³

E ainda, conforme se verifica nos contratos de seguro firmados pela empresa Porto Seguros,

6.1.ALÉM DOS CASOS PREVISTOS EM LEI, A SEGURADORA ISENTA-SE DE QUALQUER OBRIGAÇÃO DECORRENTE DA APÓLICE, SE HOVER A PERDA DE DIREITOS RELATIVOS AOS SEGUROS DE AUTOMÓVEL, RCF-V E APP, NOS SEGUINTE CASOS: [...]6.1.4. SE O VEÍCULO SEGURADO: [...] d) estiver sendo dirigido, utilizado, conduzido e/ou manobrado na ocasião do sinistro: - por pessoa que esteja sob ação de álcool, drogas ou entorpecentes, quando da ocorrência do sinistro, desde que a seguradora prove que está caracterizado o nexos causal. Essa hipótese aplica-se a qualquer situação e abrange não só os atos praticados diretamente pelo Segurado, mas também os praticados por qualquer pessoa que estiver conduzindo o veículo, com ou sem o consentimento do Segurado;⁵⁴

Não há o que se questionar quanto ao direito da companhia seguradora quando a se eximir da responsabilidade civil, Mauro Fiterman discorre a respeito,

No caso dos condutores de veículos segurados, que se envolvem em acidentes de trânsito após a ingestão de álcool, no que pertine a esse aspecto, inexistente vulnerabilidade desse consumidor. De fato, não se pode afirmar que uma pessoa que ingere bebida alcoólica e

⁵³ MAPFRE SEGUROS GERAIS. **Seguro de Automóvel**: condições gerais. Processo SUSEP nº 15414.100326/2004-83. v. 22, p. 30 – 31, set. 2015. Disponível em: <http://www2.mapfre.com.br/documents/10379/28618/CG_Automovel_V22__15414.100326_2004-83.pdf/9328097c-9a0e-47a7-bcc8-2d9e3c28f509>. Acesso em: 09 Nov. 2015.

⁵⁴ PORTO SEGUROS. **Condições Gerais dos Seguros de Automóvel**, RCF-V, e APP. Processo SUSEP15414.100.233/2004-59. v. 45, p. 29 – 30, nov. 2015. Disponível em: <<http://www.portoseguro.com.br/staticfiles/Institucional/Condicoes%20Gerais/Auto/CG%2045.pdf>>. Acesso em: 09 Nov. 2015.

assume a condução de um veículo, causando um acidente, tenha, em virtude da relação que mantém com uma companhia seguradora, vulnerabilidade nesse tocante.

O sujeito que conduz um veículo após a ingestão de álcool e causa um acidente, tendo seu veículo segurado, é o mesmo sujeito que assim agiu sem que o veículo estivesse segurado. Reitera-se que o Poder Judiciário não pode encontrar diferenças no que tange aos elementos ingestão de bebida alcoólica e condução de veículo, quando um veículo é segurado ou não, no plano do rigor relativo às consequências decorrentes de um acidente.⁵⁵

Temática relevante nesse contexto é a comprovação e as provas. Passa-se assim a abordar a questão.

2.3.1 Comprovação e provas

Em concordância com o que já fora mencionado, a embriaguez do condutor de veículo, quando adequadamente comprovada, acaba por configurar o agravamento do risco e conseqüentemente desobriga a companhia seguradora de pagamento de indenização da cobertura contratada, ainda que o segurado não seja o condutor no instante do ocorrido.⁵⁶ No entanto, apesar de o ato doloso ser elemento que exclui a responsabilidade civil do segurador, cabe destacar que para que sua obrigação contratual seja considerada isenta de fato, caberá à parte contratada comprovar que o condutor devido ao estado de embriaguez deu causa ao acidente.⁵⁷

⁵⁵ FITERMAN, Mauro. A Ingestão de álcool e a condução de veículos no contrato de seguro de veículos: por um exame sistemático e a constatação da existência de presunção de agravamento de risco. **Revista dos Tribunais**.v. 954, p. 155 – 169, abr. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&sguid=i0ad6007900000150eea989ce5723a9d9&docguid=I32b3e210c94a11e4be1e010000000000&hitguid=I32b3e210c94a11e4be1e010000000000&spos=8&epos=8&td=169&context=89&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 09 Nov. 2015.

⁵⁶ PORTO SEGUROS. **Condições Gerais dos Seguros de Automóvel**, RCF-V, e APP. Processo SUSEP15414.100.233/2004-59. v. 45, p. 29 – 30, nov. 2015. Disponível em: <<http://www.portoseguro.com.br/staticfiles/Institucional/Condicoes%20Gerais/Auto/CG%2045.pdf>>. Acesso em: 10 Nov. 2015.

⁵⁷ PIGATTI, Claudio M. Robortella Boschi. As seguradoras e as provas de embriaguez ao volante. **Revista Consultor Jurídico**.set. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-set-23/seguradoras_provas_embriaguez_volante>. Acesso em: 10 Nov. 2015.

Cabe então ao segurador comprovar o nexo causal entre a embriaguez do motorista e o fato causador do dano, apenas comprovado issoé que se exclui a responsabilidade da segurador e se da perda do direito de indenização em desfavor do segurado.⁵⁸ Desta forma, a Ministra Nancy Andrichi, expõe seu entender no que tange o ônus da prova:

AGRAVO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.ACIDENTE DE TRÂNSITO. SEGURO. RESPONSABILIDADE. EMBRIAGUEZ DO SEGURADO. AGRAVAMENTO DO RISCO POR PARTE DO SEGURADO. AFASTAMENTO. - A embriaguez do segurado, por si só, não exige o segurador do pagamento de indenização prevista em contrato de seguro de vida, sendo necessária a prova de que o agravamento de risco dela decorrente influiu decisivamente na ocorrência do sinistro - Agravo não provido.⁵⁹ (grifou-se)

Ao encontro deste pensamento, o relator Desembargador Antônio Benedito Ribeiro Pinto, ressalta que o ônus probatório deve recair a pessoa a qual hipótese desfavorece, não importando se será o segurado ou a companhia seguradora, pertinente a isso enfatiza a ementa,

SEGURO DE VEÍCULO - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS.A autora recusou-se a fazer exame de embriaguez no tempo oportuno – Houve ingestão de bebida alcoólica com presunção do agravamento do risco, mormente diante das peculiaridades do caso concreto A pessoa a quem a presunção desfavorece suporta o ônus de demonstrar o contrário, independentemente de sua posição processual, nada importando o fato de ser autor ou réu. Hipótese de excludente de responsabilidade contratual por parte da seguradora - Recurso não provido. (Apelação nº 0112829-94.2009.8.26.0005, 25a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo).⁶⁰ (grifou-se)

Importante avaliar em seguida o entendimento jurisprudencial.

⁵⁸ SOUZA, Bárbara Bassani de. Responsabilidade civil do segurador. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*.v. 109, p. 745 – 770, jan. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89255/0>>. Acesso em: 10 Nov. 2015.

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.Agravo **Regimento no Recurso Especial 572.90 RS(2011/0579023-3)**. Ministra Nancy Andrichi, Data do Julgamento: 01 dez. 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/196076809/agravo-em-recurso-especial-aresp-611538-sp-2014-0283834-9/decisao-monocratica-196076820>>. Acesso em: 10 Nov. 2015.

⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 25ª Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível nº 0112829- 94.2009.8.26.0005**. Relator: Desembargador Antônio Benedito Ribeiro Pinto. Data do julgamento: 14 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/156636445/andamento-do-processo-n203330-9420098260005-do-dia-10-12-2014-do-djsp>>. Acesso em: 10 Nov. 2015.

2.3.2 Entendimento Jurisprudencial

Acima de tudo, como foi vislumbrado anteriormente nesta pesquisa, assinala-se que conforme previsto em contrato e também verificado pela doutrina, uma vez que haja o acidente de trânsito, e fique comprovado que o motorista estava embriagado, o bem segurado não terá cobertura. No entanto, na maioria das vezes a jurisprudência vem de encontro com essa base doutrinária, e acaba por dar o provimento ao pedido de indenização do segurado ébrio.

O Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial de número 1.230.720 - SC (2011/0007886-3), considerou que o recurso merecia prosperar, uma vez que foi entendido que devido ao acidente ter sido causado pelo filho do segurado e não diretamente por ele, não se pode considerar que houve a conduta para o agravamento do risco e, portanto, é incoerente o segurador se eximir de realizar o pagamento de tal indenização. Destaca-se nas palavras dos julgadores,

RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO DE AUTOMÓVEL - EMBRIAGUEZ DE TERCEIRO CONDUTOR COMO CAUSA DETERMINANTE DO SINISTRO - FATO NÃO IMPUTÁVEL À CONDUTA DO SEGURADO - EXCLUSÃO DA COBERTURA - IMPOSSIBILIDADE - ACÓRDÃO RECORRIDO EM DESACORDO COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE - RECURSO PROVIDO (ARTIGO 557, § 1º-A, DO CPC).⁶¹

O relator ao considerar que o contratante não agiu com dolo e não causou o agravamento do risco uma vez que quando entregou o carro a seu filho o mesmo estava sóbrio, este deve receber o amparo do contrato de seguros. Por mais que a embriaguez do terceiro, que neste caso vem a ser o filho do segurado, tenha sido fator relevante para o ocorrido, não pode está ser imputada à conduta do segurado. Defendeu ainda, que conforme previsto em lei o ônus de apresentar a prova da ilicitude da ação realizada por um segurado será sempre da companhia seguradora, e está não o fez.

⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.230.720 - SC (2011/0007886-3)**. Relator Ministro Massami Uyeda, Data do Julgamento: 17 mar. 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18496927/peticao-de-recurso-especial-resp-1230720/decisao-monocratica-104026212>>. Acesso em: 07 Nov. 2015.

No mesmo sentir, o Tribunal de Justiça do Paraná julgou a Apelação Cível de número 1.262.717-1 de forma parcialmente procedente, condenando a seguradora ré ao pagamento de indenização por danos materiais devido ao evento de sinistro ocorrido enquanto o condutor estava embriagado, o que se verifica,

APELAÇÃO CÍVEL - CONTRATO DE SEGURO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - NEGATIVA DE COBERTURA SOB ALEGAÇÃO DE EMBRIAGUEZ DO CONDUTOR - AUSÊNCIA DE PROVA DE TAL CIRCUNSTÂNCIA - CONDUTA CULPOSA DO CONDUTOR DO VEÍCULO SEGURADO, ADEMAIS, QUE NÃO RESTOU COMPROVADA - AGRAVAMENTO DE RISCO NÃO CONFIGURADO - NORMA DO ARTIGO 768, DO CÓDIGO CIVIL INAPLICÁVEL - INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA DEVIDA - DANOS MATERIAIS - VALOR NECESSÁRIO PARA O CONSERTO DOS VEÍCULOS ENVOLVIDOS NO SINISTRO - JUNTADA DE ORÇAMENTOS IDÔNEOS QUE VALIDAMENTE EXPRESSAM OS PREJUÍZOS SUPOSTOS - ESTIMATIVAS NÃO ILIDIDAS - ADOÇÃO DAS AVALIAÇÕES DE MENOR VALOR - DANOS MORAIS INDEVIDOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1 - Cabe à seguradora o ônus de demonstrar o agravamento do risco que a exonera do dever de pagamento da indenização securitária contratada. No caso, inexistindo prova concreta e cabal da alegada embriaguez do condutor do veículo seguro, deve a seguradora prestar a cobertura nos termos em que foi contratada. 2 - Ademais, para a configuração da hipótese de exclusão da cobertura securitária, prevista no artigo 768, do CC, exige-se que o contratante do seguro tenha agido diretamente de forma a aumentar o risco, o que não ocorreu in casu, eis que diante da precariedade de provas, não se pode concluir pelo nexos causal entre a alegada embriaguez e o acidente. 3 - Os orçamentos apresentados pelo autor, emitidos por empresas idôneas, e que não foram refutados pelo réu, dão conta dos valores necessários para o conserto do veículo, guardando nexos de causalidade com a extensão dos danos decorrentes da colisão. 4 - O inadimplemento contratual, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade, o que não se verificou na presente.⁶² (grifou-se)

O Desembargador e relator Luiz Lopes fundamentou seu voto com base de que a única prova que o réu possuía era o boletim de ocorrência policial, e não o laudo de exame toxicológico. Alegou ainda, que tal documento não era o bastante para comprovar que o segurado tenha agido de

⁶² BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível APL 12627171 PR 1262717-1. Relator Desembargador Luiz Lopes, Data do Julgamento: 21 mai. 2015. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/208655222/apelacao-apl-12627171-pr-1262717-1-acordao/inteiro-teor-208655270>>. Acesso em: 08 Nov. 2015.

forma agravante ao risco, por isso condenou a seguradora ao pagamento de indenização por danos materiais. No entanto, não considerou cabível o pagamento de danos morais, alegando que “o inadimplemento contratual implica a obrigação de indenizar os danos patrimoniais, não danos morais, cujo reconhecimento implica mais do que os dissabores de um negócio frustrado”.⁶³

Tomando decisão similar, o Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao Agravo em Recurso Especial número 635.307, apontando que a embriaguez em si, não é causa de agravamento do risco, restando assim o ônus de comprovação de ligação entre o estado etílico do condutor ao evento que causou de fato o sinistro:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE SEGURO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ DO SEGURADO. CONDIÇÃO DETERMINANTE. NÃO COMPROVADA. 1. A embriaguez do segurado, por si só, não pode ser considerada causa de agravamento de risco, a exonerar, em qualquer hipótese, a seguradora, em caso de acidente de trânsito. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido.⁶⁴

Defendeu o relator Ministro Luis Felipe Salomão que companhia seguradora não pode ser exonerada do pagamento de indenização de danos materiais, uma vez que não conseguiu provar a ligação direta da embriaguez ao acidente de trânsito e não comprovando o nexos causal entre a embriaguez e o fato ocorrido, ela ainda deverá cumprir a obrigação prevista em contrato.

Apesar de se ter verificado posição doutrinária, bem como o texto legal que traz obrigações das partes no contrato de seguro e exime o segurador de pagamento de indenização em caso de condução de veículo encontrando-se o motorista em estado de embriaguez, a jurisprudência muitas vezes tem entendimento diferente e acaba por interpretar tais fundamentos de maneira que vem a beneficiar a parte contratante do seguro.

⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível APL 12627171 PR 1262717-1. Relator Desembargador Luiz Lopes, Data do Julgamento: 21 mai. 2015. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/208655222/apelacao-apl-12627171-pr-1262717-1-acordao/inteiro-teor-208655270>>. Acesso em: 08 Nov. 2015.

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 635.307 – MG (2014/0324643-6). Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Data do Julgamento: 17 mar. 2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178707120/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-635307-mg-2014-0324643-6/relatorio-e-voto-178707132>>. Acesso em: 07 Nov. 2015.

Decidindo por eximir a seguradora de qualquer pagamento de indenização, o Superior Tribunal de Justiça fez uso da base doutrinária e a legislação para negar provimento do Agravo em Recurso Especial de número 639.456, onde o autor alegava a inexistência do nexo causal ou dano que pudesse isentar a seguradora de pagamento de indenização, se vislumbra na ementa:

CIVIL E CONSUMIDOR. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE SEGURO. RECUSA NO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO. AGRAVAMENTO DO RISCO SEGURADO. PLEITO PARA QUE SE REAVALIE A RESPONSABILIDADE DOS ENVOLVIDOS. IMPOSSIBILIDADE POR MEIO DO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS NºS 5 E 7/STJ. 1. O Tribunal a quo, ao cotejar o contrato de seguro em conjunto com o acervo probatório, concluiu pela responsabilização da condutora no agravamento do risco no sinistro e que o fato afastava o dever de indenizar. Entendimento diverso por meio do especial demandaria o reexame de cláusulas contratuais e no revolvimento do acervo probatório. 2. Os segurados não apresentaram argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, que se apoiou em entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça. Incidência das Súmulas nºs 5 e 7 do STJ. 3. Agravo regimental não provido.⁶⁵ (grifou-se).

Entende o relator Ministro Moura Ribeiro que não há o que se questionar quanto ao estado de embriaguez do condutor do veículo no momento do acidente, e desta maneira, não há o que se conceder ao pedido de recebimento do valor da cobertura contratada em caso de danos materiais, uma vez que a ingestão de álcool por parte da segurada é causa excludente da responsabilidade contratual que possuía a companhia seguradora no negócio jurídico pactuado entre as partes.

Ao encontro disso, o posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao julgar o recurso cível nº 71002808590, consistiu em eximir à seguradora HDI do pagamento de indenização de sinistro, visto que o segurador prevê nas cláusulas contratuais que podem ser

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 639456 SP 2014/0332165-2**. Relator Ministro Moura Ribeiro, Data do Julgamento: 05 mar. 2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178412205/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-639456-sp-2014-0332165-2/relatorio-e-voto-178412216>>. Acesso em: 08 Nov. 2015.

encontradas nas condições gerais do contrato de seguro, que não indenizará através de suas coberturas, eventual dano que possa ser causado devido ao condutor estar embriagado ou alcoolizado ou sob efeitos de drogas, bem se verifica que:

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. CONTRATO DE SEGURO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CAUSA DE EXCLUSÃO DA COBERTURA. DESNECESSIDADE DA REALIZAÇÃO DE EXAME PARA COMPROVAÇÃO DA CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO SANGUE. EXAME CLÍNICO A EVIDENCIAR O ESTADO DE EMBRIAGUEZ. COLISÃO EM POSTE AO ESTADO ETÍLICO DO CONDUTOR DO VEÍCULO SEGURADO. PERDA DO DIREITO À COBERTURA DO SEGURO. Recurso provido.⁶⁶

O relator Desembargador Ricardo Torres Hermann defendeu em seu voto que conforme consta comprovado em boletim de ocorrência, o motorista estava conduzindo o veículo estando embriagado, excluindo assim, toda e qualquer obrigação que a companhia seguradora pudesse ter com o segurado em tal evento de sinistro. Além do mais, ele ressalta que,

releva salientar que não há, para considerar-se o condutor embriagado, ao fim de verificar a incidência ou não da cláusula de exclusão de cobertura, como exigir a realização de exame de dosagem de graduação alcoólica no sangue. Tal exame é apenas exigível para a configuração do delito de conduzir embriagado, tendo em vista a necessidade de comprovação da materialidade do tipo penal, o que não se exige no cível, por serem de naturezas diferentes a responsabilidade civil e penal.⁶⁷

Utilizando do mesmo pensamento, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina conheceu e considerou provido o recurso de apelação cível de número 20130629927, onde verificou que houve a exclusão de cobertura, visto o estado de embriaguez que se encontrava o condutor do veículo segurado no instante do ocorrido, salienta a ementa:

⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Cível: 71002808590 RS**. Relator Desembargador Ricardo Torres Hermann, Data do Julgamento: 16 dez. 2010. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22890973/recurso-civel-71002808590-rs-tjrs/inteiro-teor-111149607>>. Acesso em: 07 Nov. 2015.

⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Cível: 71002808590 RS**. Relator Desembargador Ricardo Torres Hermann, Data do Julgamento: 16 dez. 2010. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22890973/recurso-civel-71002808590-rs-tjrs/inteiro-teor-111149607>>. Acesso em: 07 Nov. 2015.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VEÍCULO. NEGATIVA DE PAGAMENTO, LASTREADA NO ARGUMENTO DE QUE O CONDUTOR DO VEÍCULO SEGURADO ESTARIA DIRIGINDO SOB O EFEITO DA INGESTÃO DE BEBIDA ALCOÓLICA. EXCLUSÃO DE COBERTURA EXPRESSAMENTE ELENCADE NAS CONDIÇÕES GERAIS DA APÓLICE. JUNTADA DE AUTO DE CONSTATAÇÃO DE SINAIS DE EMBRIAGUEZ LAVRADO PELA POLÍCIA MILITAR E SUBSCRITO PELO MÉDICO PLANTONISTA, LOGO APÓS O ACIDENTE DE TRÂNSITO, CONFIRMANDO A ALCOOLEMIA. CAUSA DETERMINANTE PARA A OCORRÊNCIA DO SINISTRO, QUE RESULTOU NA MORTE DE UM DOS PASSAGEIROS DO VEÍCULO SEGURADO. AGRAVAMENTO DO RISCO CARACTERIZADO. ARTS. 765 E 768, AMBOS DO CC. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR AFASTADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Nos dias de hoje, onde as campanhas publicitárias e educativas são absolutamente enfáticas e conhecidas de todos, quem voluntariamente assume a condução de veículo automotor depois de ingerir qualquer quantidade de álcool, deve estar preparado para as consequências diretas ou indiretas desta conduta, o que, no caso em contenda, inclui a possibilidade de vir a perder o direito à cobertura do seguro contratado.⁶⁸ (grifou-se)

De acordo com o relator Desembargador Luiz Fernando Boller, esta claro que a ocorrência do sinistro esta diretamente ligada ao agravamento de risco que o condutor se dispôs no momento em que assumiu a direção estando alcoolizado, e tal ação exige completamente a seguradora de qualquer responsabilidade para com o contratante do seguro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O real propósito da monografia adentrou-se ao contrato de seguros de automóveis, que possui natureza jurídica dentro da espécie de contratos de danos, onde a obrigação da companhia seguradora é de cumprir com o seu dever de indenizar de acordo com as coberturas contratadas pelo dano ocasionado através do evento de sinistro, sendo ele classificado como perdas totais ou ainda perdas parciais. Logo, a

⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível: AC 20130629927** SC 2013.062992-7. Relator Desembargador Luiz Fernando Boller, Dara do Julgamento: 07 nov. 2013. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24618481/apelacao-civel-ac-20130629927-sc-2013062992-7-acordao-tjsc/inteiro-teor-24618482>>. Acesso em: 08 Nov. 2015.

contraprestação do segurado é de conservar o risco, evitando que o mesmo seja provocado, evitando que o mesmo seja agravado, ainda que depois do fato ocorrido.

Analisou-se então, a ligação entre o condutor de veículo automotor em estado de embriaguez que vem a causar um acidente de trânsito, com o bem que está tutelado pelo contrato de seguros, que no caso seria o próprio veículo, e se relacionou tal fato ao agravamento do risco com as obrigações que correspondem ao segurado. De acordo com o que se prevê em contrato, o segurado tem obrigação de manter o bem de maneira que não venha o agravar, tão pouco agir com dolo podendo causar danos ao bem protegido, não cumprindo com sua obrigação, poderá perder o direito a receber sua indenização.

À vista disso, se pode concluir que a companhia seguradora possui direito de se desonerar da responsabilidade civil no caso de agravamento do risco por parte do segurado, ou até mesmo quando terceiro vir a majorar o perigo do bem tutelado. Contudo, isso ocorreria de acordo com o que está previsto nas cláusulas contratuais, e após comprovação de dolo e má-fé do condutor do veículo no instante do sinistro.

Para que se pudesse dar aplicação na tese apresentada, foi realizada pesquisa em jurisprudência atual, e assim contrapondo pensamentos de óticas diferentes, mostrando o embasamento que cada visão utilizava para defender seu embasamento. Pôde-se ver que alguns tribunais consideram relevante que o fato de dirigir embriagado não necessariamente agrava o risco e pode não ter ligação alguma ao sinistro por ora ocorrido. Vislumbrando o mesmo assunto com olhar diferente disso, outros há outros argumentos defendendo a ideia que conduzir veículo após ingestão de álcool, por si só já é uma agravante.

Diante do exposto, concluiu-se que o contrato de seguros apesar de trazer a proteção para os bens e interesses da parte contratante, possui também exigências que devem ser observadas e cumpridas. Todas essas exigências são baseadas na boa-fé e são explícitas em contrato, não obedecendo a isso, a seguradora tem plenos direitos para dar a negativa do seguro sendo ela no momento da aceitação ou em caso de sinistros.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Pedro. **O Contrato de Seguro**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BRASIL, **Presidência da República. Lei nº 12.760, de 20 de Dezembro de 2012**. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12760.htm>. Acesso em: 08 Nov. 2015.

BRASIL. **Presidência da República. Lei nº 10.406, de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 635.307 – MG (2014/0324643-6)**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Data do Julgamento: 17 mar. 2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178707120/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-635307-mg-2014-0324643-6/relatorio-e-voto-178707132>>. Acesso em: 07 Nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.230.720 - SC (2011/0007886-3)**. Relator Ministro Massami Uyeda, Data do Julgamento: 17 mar. 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18496927/peticao-de-recurso-especial-resp-1230720/decisao-monocratica-104026212>>. Acesso em: 07 Nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 639456 SP 2014/0332165-2**. Relator Ministro Moura Ribeiro, Data do Julgamento: 05 mar. 2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178412205/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-639456-sp-2014-0332165-2/relatorio-e-voto-178412216>>. Acesso em: 08 Nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimento no Recurso Especial 572.90 RS(2011/0579023-3)**. Ministra Nancy Andrighi, Data do Julgamento: 01 dez. 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/196076809/agravo-em-recurso-especial-aresp-611538-sp-2014-0283834-9/decisao-monocratica-196076820>>. Acesso em: 10 Nov. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 25ª Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível nº 0112829- 94.2009.8.26.0005**. Relator: Desembargador Antônio Benedito Ribeiro Pinto. Data do julgamento: 14 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/156636445/andamento-do-processo-n203330-9420098260005-do-dia-10-12-2014-do-djsp>>. Acesso em: 10 Nov. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível APL 12627171 PR 1262717-1**. Relator Desembargador Luiz Lopes, Data do Julgamento: 21 mai. 2015. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/208655222/apelacao-apl-12627171-pr-1262717-1-acordao/inteiro-teor-208655270>>. Acesso em: 08 Nov. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Cível: 71002808590 RS**. Relator Desembargador Ricardo Torres Hermann, Data do Julgamento: 16 dez. Disponível em:<<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22890973/recurso-civel-71002808590-rs-tjrs/inteiro-teor-111149607>>. Acesso em: 07 Nov. 2015.

CALVERT, Eduardo. **Contratos de seguro, mutualismo, solidariedade e boa-fé**: análise de decisões judiciais. Cadernos Jurídicos, n. 39, p. 171, mar. 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boi_2006/Cadernos-Juridicos-39.pdf#page=171>. Acesso em: 09 Nov. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: legislação penal especial. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 4.

CARBONELL, Enrique, MONTORO, Luis e HOFFMANN, Maria Helena. **Álcool e Segurança no Trânsito (II)**: a infração e sua prevenção. Psicologia: ciência e profissão. v. 16, n. 2, 1996. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98931996000200006>. Acesso em: 25 Out. 2015.

CARBONELL, Enrique, MONTORO, Luis e HOFFMANN, Maria Helena. **Álcool e Segurança: epidemiologia e efeitos**. Psicologia: ciência e profissão. vl. 16, n. 1, 1996. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-98931996000100006&script=sci_arttext> Acesso em: 24 Out. 2015.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: Contratos. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 3.

CROCE, Delton; e CROCE JR. Delton. **Manual de Medicina Legal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teorias das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3.

FILHO, Domingos Afonso Kriger. **O Contrato de Seguro no Direito Brasileiro**. 1 ed. Niterói: Frater et Labor. 2000.

FITERMAN, Mauro. A Ingestão de álcool e a condução de veículos no contrato de seguro de veículos: por um exame sistemático e a constatação da existência de presunção de agravamento de risco. **Revista dos Tribunais**.v. 954, p. 155 – 169, abr. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000150eea989ce5723a9d9&docguid=l32b3e210c94a11e4be1e010000000000&hitguid=l32b3e210c94a11e4be1e010000000000&spos=8&epos=8&td=169&context=89&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 09 Nov. 2015.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. Contrato de Seguro. In; CAHALI, Yussef Said. **Contratos Nominados: Doutrina e Jurisprudência**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Fundamentos da Medicina Legal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos em Espécie**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 4.

GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. 31. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Contratos e Atos Unilaterais**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3.

HONORATO, Cássio Mattos. Álcool, trânsito seguro e proibição de retrocesso social. **Revista dos Tribunais**.v. 935, p. 163, set. 2013. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a000001509f4b97d01e84b9f4&docguid=laf63f5f0095911e39005010000000000&hitguid=laf63f5f0095911e39005010000000000&spos=19&epos=19&td=168&context=4&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 25 Out. 2015.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: parte geral**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1.

MAPFRE SEGUROS GERAIS. **Seguro de Automóvel: condições gerais**. Processo SUSEP nº 15414.100326/2004-83. v. 22, p. 30 – 31, set. 2015. Disponível em: <http://www2.mapfre.com.br/documents/10379/28618/CG_Automovel_V22__15414.100326_2004-83.pdf/9328097c-9a0e-47a7-bcc8-2d9e3c28f509>. Acesso em: 09 Nov. 2015.

MIRABETE, Julio. **Manual de Direito Penal**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 1.

MOURÃO, Lucio. **A embriaguez e o trânsito: avaliação da nova lei de trânsito no que se refere à abordagem da embriaguez**. Revista de Psiquiatria Clínica. v. 27, n. 2, p. 83, abr. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_issues&pid=0101-6083&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 Out. 2015.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Contratos**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. 3.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Contrato de Seguro: Interpretação doutrinária e jurisprudencial**. 1 ed. Campinas: LZN, 2002.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Contratos**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 3.

PIGATTI, Claudio M. Robortella Boschi. **As seguradoras e as provas de embriaguez ao volante**. Revista Consultor Jurídico. set. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-set-23/seguradoras_provas_embriaguez_volante>. Acesso em: 10 Nov. 2015.

PORTO SEGUROS. **Condições Gerais dos Seguros de Automóvel, RCF-V, e APP**. Processo SUSEP15414.100.233/2004-59. v. 45, p. 29 – 30, nov. 2015. Disponível em: <<http://www.portoseguro.com.br/staticfiles/Institucional/Condicoes%20Gerais/Auto/CG%2045.pdf>>. Acesso em: 09 Nov. 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA, Letícia Lins, FERNANDES, Maíra e SILVA, Técio Lins. Lei Seca: um conflito entre a norma e os direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**.v. 926, p. 607, dez. 2012. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000150be767e747762b612&docguid=If70813903ddb11e2a633010000000000&hitguid=If70813903ddb11e2a633010000000000&spos=1&epos=1&td=9&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 31 Out. 2015.

SOUZA, Bárbara Bassani de. **Responsabilidade civil do segurador**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 109, p. 745 – 770, jan. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89255/0>>. Acesso em: 09 Nov. 2015.

TZIRULNIK, Ernesto, CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B. e PIMENTEL, Ayrton. **O Contrato de Seguro: De Acordo com o Novo Código Civil Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Contratos em Espécie**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014, v.3.

VIEIRA, Cristiane Maria e BONATTO, Maura de Fátima. **O Seguro Brasileiro: Sua prática nos dias atuais**. 1 ed. Leme: Direito, 2000.

nanotecnologia: uma análise frente aos conceitos de inovação e adaptação ambiental e sua evolução normativa nos âmbitos nacional e internacional

Pedro Ernesto Neubarth Jung

Mestrando em Direito pela UNISINOS. Atualmente é pesquisador, na mesma instituição e na Universidade FEEVALE. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Advogado. E-mail: pedroneubarth@gmail.com.

Maicon Artmann

Graduado em Direito pela Universidade FEEVALE. Atualmente é pesquisador, na mesma instituição. Cursa Especialização em Direito Processual Civil e Direito Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural. Advogado. E-mail: artmann.maicon@gmail.com.

Maria Eduarda Lima da Rosa

Acadêmica do Curso de Direito pela Universidade FEEVALE. Atualmente é pesquisadora bolsista de Iniciação Científica na mesma instituição. E-mail: maduda_rosa@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

Os avanços na área da Nanotecnologia sinalizam para a proximidade de uma nova revolução tecnológica, que provocará efeitos sobre todos os aspectos da vida. Nesse sentido, considerando a relevância dessas transformações no futuro e as incertezas que as permeiam, este estudo traça uma comparação entre os conceitos modernos de inovação e adaptação ambiental, no âmbito das nanotecnologias, além de mapear as principais evoluções normativas a respeito do tema no Brasil e no âmbito internacional.

Para o atingimento dos objetivos propostos, utilizou-se o método de abordagem indutivo, atrelado às técnicas qualitativas de pesquisa, realizando-se uma análise bibliográfica e pesquisas na legislação brasileira e estrangeira. A relevância do tema se justificativa na medida em que a área de nanotecnologias carece de normas sólidas no país e, ao mesmo tempo, anda em acelerada velocidade, impulsionada por indústrias dos mais diversos setores, em um caminho desconhecido e permeado de riscos.

É certo que o desenvolvimento intelectual, advindo das mais diversas formas de tecnologia e no qual o homem empregou esforços ao longo da história, para criar e alcançar a presente configuração de Estado-Social-Científico, evidencia-se um caminho sem volta, não podendo, assim, retomar ao *status quo*. Todavia, é essencial que se verifiquem métodos seguros de evoluir sem expor o meio ambiente e as presentes e futuras gerações às consequências de riscos, ainda desconhecidos, advindos dos nanoproductos. Por isso, a regulamentação torna-se imperiosa para apontar o sentido em que o país quer caminhar em relação ao tema.

1 A RELAÇÃO ENTRE OS CONCEITOS DE ADAPTAÇÃO AMBIENTAL E INOVAÇÃO APLICADOS ÀS NANOTECNOLOGIAS

A fim de se buscar compreender as Nanotecnologias e a sua configuração como uma forma de Adaptação Ambiental, torna-se necessário, primeiro, um estudo da inovação presente nesses conceitos, bem como a verificar se eles ainda são, de fato, inovadores na contemporaneidade.

Inovação foi um conceito elaborado de forma coletiva e em nível mundial, com a publicação do Manual de Oslo¹, em 1997. Entretanto, é necessário destacar que, antes disso, muitos foram os doutrinadores que buscaram estudar, compreender e conceituar este fenômeno. Contudo, somente com o entendimento comum é que foi possível se chegar ao conceito que se possui hoje.

Desta maneira, entende-se por inovação o modo pelo qual se buscou identificar o processo das constantes mudanças de um projeto desenvolvido, ou seja, o método dos subsistemas econômico e científico, baseados no conhecimento, capaz de descrever o processo das tendências econômicas avançadas em dependência aos níveis de conhecimento, informação e alta habilidade, acompanhados da crescente necessidade de acesso a tais processos².

É imprescindível destacar, neste ponto, que a inovação esta diretamente relacionada à globalização, uma vez que é por meio dela que se torna possível a realização de trocas de informações presentes, continuando, assim, a exercer o seu desempenho. Destaca-se, deste modo, que “[...] a *“knowledge-based”* view focuses on the interactive processes through which knowledge is created and exchanged both within and outside firms and other organisations [...]”.³

Portanto, a inovação é a maneira pela qual as indústrias e os órgãos públicos, pertencentes aos mais diversos subsistemas sociais, encontraram como forma de identificar as mudanças geradas pelo homem, em decorrência do desenvolvimento, acrescida da necessidade de acompanhamento da globalização.

¹ OECD, OCDE, FINEP. **Manual de Oslo**. 1997.

² OECD and Eurostat. **Oslo Manual: Guidelines for Collecting and Interpreting Innovation Data**. 3. ed. Paris: OECD Publishing, 2005, p. 29. Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/science-and-technology/oslo-manual_9789264013100-en#page1>. Acesso em: 14 março 2016.

³ OECD and Eurostat. **Oslo Manual: Guidelines for Collecting and Interpreting Innovation Data**. 3. ed. Paris: OECD Publishing, 2005, p. 29. “[...] a *visão baseada no conhecimento incide sobre o processo interativo, através dos quais o conhecimento é criado, trocando assim os presentes dentro das empresas com outras organizações*”. Tradução nossa. Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/science-and-technology/oslo-manual_9789264013100-en#page1>. Acesso em: 14 março 2016.

Como anteriormente já exposto, muitos foram os estudiosos que, antes da publicação do Manual de Oslo, já entendiam ser viável a realização desta troca de informações, relacionadas ao desenvolvimento social, intelectual e econômico e sua necessidade de prosseguir inovando. Zaltman era um destes estudiosos e entendia que ensinar sobre como as novas ideias, práticas ou até artefatos, poderiam ser renovados, no sentido de reutilizá-los em uma nova área ou processo, em uma determinada nova entidade⁴; Schumpeter, por sua vez, caracterizava a inovação das indústrias por meio de uma mudança radical, ou seja, da elaboração de um novo processo de inovação que garantisse a competitividade no mercado, destruindo aquilo que já se tinha para criar algo novo⁵; Ainda, o doutrinador e estudioso Lastres, assim como os anteriores, escreveu que:

[...] a inovação se estende além das atividades formais de pesquisa e desenvolvimento [...], incluindo a melhoria contínua na qualidade e no design de produtos, mudanças nas rotinas organizacionais e de gerenciamento, criatividade no marketing e modificações nos processos de produção que reduzem os custos, aumentam a eficiência e asseguram a sustentabilidade ambiental.⁶

Assim sendo, pode-se dizer, em análise aos levantamentos doutrinários realizados e ao conteúdo presente no Manual de Oslo que, por inovação, entende-se o método pelo qual se busca aprimorar a qualidade das atividades e funções, bem como da sua eficiência em prol do desenvolvimento humano e do meio ambiente.

Com base nessa compreensão, pode-se avançar no que toca às nanotecnologias e a sua configuração como uma forma de Adaptação Ambiental.

⁴ ZALTMAN, G.; DUNCAN, R.; HOLBEK, J. **Innovations and Organizations**. New York: Wiley, 1973.

⁵ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, socialism, and democracy**. New York: Harper, 1950.

⁶ LASTRES, H. M. M.; CASSIOLATO, J. E.; ARROIO, A. (Orgs.). **Conhecimento, Sistemas de Inovação e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2005; Contraponto, 2005, p. 349.

Weyermüller explica que a Adaptação Ambiental é a forma de adaptação dos seres humanos ao Meio Ambiente, criando-se a possibilidade de os desafios diários da vida no planeta serem marcados pela intervenção humana na busca pela sobrevivência, ou seja, uma eterna busca do homem pela superação dos obstáculos impostos pela natureza⁷.

Sendo assim, a noção de Adaptação Ambiental consiste em uma nova maneira de se enfrentar os desafios impostos pela contemporaneidade, pois se trata de uma diretriz a ser construída, com base no conhecimento amplo da realidade e na aceitação da irreversibilidade de muitos dos processos de atrito entre sociedade e o ambiente⁸.

Inclusive, importa dizer que a Adaptação Ambiental vai adiante do conceito de sustentabilidade, pois se trata de uma questão conceitual, ou seja, amparar-se na sustentabilidade significaria promover mais o desenvolvimento do que a sustentabilidade ambiental desse desenvolvimento. Percebe-se, pois, que a Adaptação Ambiental é um conceito mais abrangente do que a sustentabilidade⁹.

Destarte, adaptar-se ao ambiente também significa encontrar meios eficazes de superar as limitações estruturais e conceituais presentes nos instrumentos que a sociedade dispõe para resolver as suas contradições e conflitos. Ou seja, é também a maneira pela qual se busca conciliar as necessidades do subsistema econômico com as necessidades ambientais¹⁰.

Dentro desse contexto, as nanotecnologias surgem como uma adaptação às crescentes necessidades industriais e sociais. O termo é utilizado para referir o estudo de manipulação da matéria numa escala atômica e molecular. O principal objetivo, assim, é criar novos materiais, novos produtos e processos a partir da capacidade moderna de ver e manipular átomos e moléculas, conforme Boesing e Martins:

⁷ WEYERMÜLLER, A. R. **Água e Adaptação Ambiental**: O pagamento pelo seu como instrumento econômico e jurídico de proteção. Curitiba: Juruá, 2014.

⁸ WEYERMÜLLER, A.; JUNG, P. E. N.; DA ROSA, M. E. L.; KEHL, L. R. **A INDÚSTRIA CRIATIVA VERDE E ADAPTAÇÃO AMBIENTAL: O TURISMO CRIATIVO COMO MATERIALIZAÇÃO**. In: Revista do ICSA: Gestão e Desenvolvimento. vol. 12. n. 2. Novo Hamburgo: Editora Feevale, 2015, p. 94.

⁹ WEYERMÜLLER, A. R. **Água e Adaptação Ambiental**: O pagamento pelo seu como instrumento econômico e jurídico de proteção. Curitiba: Juruá, 2014.

¹⁰ WEYERMÜLLER, A.; JUNG, P. E. N.; DA ROSA, M. E. L.; KEHL, L. R. **A INDÚSTRIA CRIATIVA VERDE E ADAPTAÇÃO AMBIENTAL: O TURISMO CRIATIVO COMO MATERIALIZAÇÃO**. In: Revista do ICSA: Gestão e Desenvolvimento. vol. 12. n. 2. Novo Hamburgo: Editora Feevale, 2015, p. 94.

A nanotecnologia é uma área do conhecimento que tem a capacidade de produzir novos materiais, além de criar mecanismos e máquinas em escala nano e micro. Ela pode revolucionar o tratamento de doenças e lesões, tem o potencial de prolongar a vida humana e pode ser aplicada à produção de alimentos e energia.¹¹

A nanotecnologia pode ser compreendida, portanto, como o conjunto de ações de pesquisa, desenvolvimento e inovação, obtida graças às propriedades da matéria organizada a partir de estruturas de dimensões nanométricas. A expressão nanotecnologia deriva do prefixo grego *nános*, que significa anão, *techne*, que equivale a ofício, e *logos*, que expressa conhecimento¹². Ainda, em conceito de Engelmänn, Von Hohendorff e Santos:

O termo “Nanotecnologia” é enganoso, uma vez que não é uma tecnologia única, mas um agrupamento multidisciplinar de física, química, engenharia biológica, materiais, aplicações, e conceitos nos quais o tamanho é a definição característica. Nano é uma medida, não um objeto, ou seja, engloba “a habilidade de trabalhar a nível molecular, átomo por átomo, criando estruturas com organizações moleculares diferentes e explorando as novas propriedades exibidas em tal escala”, cujas partículas correspondem à ordem de 1-100 nanômetros (o que equivale a 0,00000001 metros), os quais não podem ser vistos a olho nu.¹³

Apesar de a palavra ter sido utilizada pela primeira vez em 1974, pelo Professor Norio Taniguchi para descrever a tecnologia, bem antes, em 1959, Richard Feynman era a primeira pessoa a discorrer sobre o conceito, em uma palestra para a Sociedade Americana de Física. Entretanto, foi somente com Eric Drexler, já nos anos 80, que o conceito de nanotecnologia popularizou-se.

¹¹ BOESING, Ivan Jorge; MARTINS, Mirkos Ortiz. Computação biológica e Nanotecnologia. In: BARONE, Dantes Augusto Couto; BOESING, Ivan Jorge (Org.). **Inteligência artificial: diálogos entre mentes e máquinas**. Porto Alegre: Evangrafe, 2015, p. 179.

¹² VON HOHENDORFF, Raquel. Revolução nanotecnologia, riscos e reflexos no Direito: os aportes necessários da Transdisciplinariedade. In: ENGELMANN, Wilson; WITTMANN, Cristian (Org.). **Direitos Humanos e Novas Tecnologias**. Jundiaí: Paco Editorial, 2015.

¹³ ENGELMANN, Wilson; VON HOHENDORFF, Raquel; SANTOS, Paulo Júnior Trindade dos. **A inovação nanotecnologia e suas consequências nas ciências de impacto: a necessária inovação e adaptação do direito para dar respostas jurídicas adequadas**. São Carlos: 2015. Disponível em: <<http://www.semecip.ufscar.br/wp-content/uploads/2014/12/Wilson-Engelmann.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2015.

Ao falar sobre nanotecnologia, referia-se à construção de máquinas à escala molecular, de apenas uns nanómetros de tamanho: motores, braços de robô, inclusive computadores inteiros, muito mais pequenos do que uma célula. Drexter passou os seguintes dez anos a descrever e analisar esses incríveis aparelhos e a dar resposta às acusações de ficção científica. No entanto, a tecnologia convencional estava a desenvolver a capacidade de criar estruturas simples à escala reduzida. Conforme a nanotecnologia se converteu num conceito aceite, o significado da palavra mudou para abranger os tipos mais simples de tecnologia à escala nanométrica.¹⁴

A indústria brasileira vem timidamente investindo e pesquisando esta tecnologia. Um exemplo que simboliza esse avanço é um dispositivo que combina sensores químicos de espessura nanométrica, com um programa de computador para detectar sabores. O dispositivo foi desenvolvido por um grupo de pesquisadores da Embrapa, liderados pelo Dr. L. H. Mattoso¹⁵. Ademais, no Brasil, já é possível encontrar a tecnologia em alguns produtos disponíveis para os consumidores. Existem no país cerca de 150 empresas que desenvolvem algum produto ou prestam serviços a partir de conhecimentos em nanotecnologia¹⁶, ou seja, a nanotecnologia permeia toda a indústria de transformação, podendo ser utilizada em diversos segmentos. Ouellette, versa sobre a transdisciplinaridade da nanotecnologia:

And a complete history of nanotechnology not only would describe all the foundational developments in physics, chemistry, biology, and engineering, but also would extend across a vast range of applications today. By most accounts, the first consumer nanotechnology products involved passive nanoscale additives that were used to improve the properties of materials such as tennis rackets, eyeglasses,

¹⁴ INTRODUÇÃO à Nanotecnologia: O que é a Nanotecnologia. In: **Euroresidentes**. Disponível em: <https://www.euroresidentes.com/futuro/nanotecnologia/nanotecnologia_responsavel/introducao_nanotecnologia.htm>. Acesso em: 10 maio 2016.

¹⁵ BRITO, Edivaldo. Saiba o que é a nanotecnologia e como ela pode mudar o futuro. In: **Techtudo**. 2015. Disponível em: <<http://www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2013/03/saiba-o-que-e-nanotecnologia-e-como-ela-pode-mudar-o-futuro.html>>. Acesso em: 11 maio 2016.

¹⁶ BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. **Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação 2011 – 2015**. Brasília: 2010. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0218/218981.pdf>. Acesso em: 12 maio 2016.

and sunscreen. [...] The nanotechnology umbrella also covers many developments in biotechnology and medicine. The biomolecular world operates on the nanoscale: DNA has a diameter of about two nanometers, and many proteins are around ten nanometers in size.¹⁷

Em 2015, ocorreu, em São Paulo, a primeira e ainda única feira do Brasil voltada para o mercado de fornecedores de nanotecnologia e inovação. Destinada às empresas que utilizam tecnologia e inovação para seus produtos, a NanoTradShow tem como objetivo reunir fornecedores de nanotecnologia e inovação de todo o mundo, com visitas de universidades, pesquisadores e indústria, especula-se que foram realizados R\$11.000.000,00 (onze milhões de reais) em negócios na sua primeira edição¹⁸, evidenciando que o impacto positivo que essa tecnologia traz à economia brasileira é significativo.

O governo brasileiro, ciente deste novo segmento e atento às oportunidades de crescimento econômico, lançou no país, para a área de nanotecnologias, a Iniciativa Brasileira de Nanotecnologia (IBN). A IBN engloba um conjunto de ações com o objetivo de criar, integrar e fortalecer as atividades governamentais e os agentes atuantes nas áreas de nanociência e nanotecnologia. A iniciativa cria o Sistema Nacional de Laboratórios em Nanotecnologias (SisNANO): sistema de laboratórios multiusuários direcionados à pesquisa, desenvolvimento e inovação em nanociências e nanotecnologias¹⁹.

¹⁷ OUELLETTE, Lisa Larrimore. Economic growth and breakthrough innovations: A case study of nanotechnology. In: **Economic Research Working Paper**. n. 29. World Intellectual Property Organization, 2015. “E uma história completa da nanotecnologia não só descreve todos os desenvolvimentos fundamentais na física, química, biologia e engenharia, sendo também alargado através de uma vasta gama de aplicações diárias. Os primeiros produtos utilizando a tecnologia em nanoescala e que chegaram ao consumidor foram usados para melhorar as propriedades de materiais, tais como: raquetes de tênis, óculos e sunscreen. A nanotecnologia abrange também muitos desenvolvimentos em biotecnologia e remédio. O mundo biomolecular opera em nanoescala: DNA tem um diâmetro de cerca de dois nanômetros, e muitas proteínas são cerca de dez nanômetros de tamanho”. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_econstat_wp_29.pdf>. Acesso em: 11 maio 2016.

¹⁸ NanoTradShow. **Relatório 2015**. São Paulo: 2015, p. 6. Disponível em: <<http://www.nanotradeshow.com.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-Nano-Tradeshow-2015-2.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2016.

¹⁹ BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. **Proposta da estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação 2016 – 2019**. Brasília: 2015. Disponível em: <[http://www.mcti.gov.br/documents/10179/35540/Estrat%C3%A9gia+Nacional+de+Ci%C3%A2ncia,%20Tecnologia+e+Inova%C3%A7%C3%A3o+\(Encti\)%202016-2019++documento+para+discuss%C3%A3o/5a4fe994-955e-4658-a53c-bc598af09f7e](http://www.mcti.gov.br/documents/10179/35540/Estrat%C3%A9gia+Nacional+de+Ci%C3%A2ncia,%20Tecnologia+e+Inova%C3%A7%C3%A3o+(Encti)%202016-2019++documento+para+discuss%C3%A3o/5a4fe994-955e-4658-a53c-bc598af09f7e)>. Acesso em: 12 maio 2016.

Apesar de ainda engatinhar no desenvolvimento e no consumo de produtos com nanotecnologias, o país está dando passos importantes para a inserção da tecnologia no mercado, bem como, aos poucos, investindo e fomentando a indústria, proporcionando grandes conquistas na economia.

2 A NORMATIZAÇÃO DAS NANOTECNOLOGIAS NO BRASIL E NO ÂMBITO INTERNACIONAL

A regulação é fruto da avaliação de perigos e riscos que um material pode representar para seres humanos, animais ou componentes da natureza²⁰. No campo das nanotecnologias, a evolução do tema nas leis e normas segue o mesmo trajeto observado no caso de outras tecnologias, como no caso do genoma e da genética, por exemplo, com a criação de programas de pesquisa nesses campos. Para a nanotecnologia atingir seu pleno potencial, torna-se imperioso um equilíbrio entre a regulação dos riscos e o desenvolvimento da tecnologia para o benefício da sociedade, concomitante ao estabelecimento de medidas de proteção responsáveis e acessíveis nos pontos em que ainda existirem incertezas²¹.

As nanotecnologias estão desafiando legisladores em todo o mundo com novas questões técnicas, legais e políticas, empresas que utilizam nanomateriais navegam em um cenário marcado por rápidas mudanças e um ambiente regulatório incerto e diversificado, nesse sentido, “[...] *strategies taken now may impact the market for products with nanomaterials far into the future*”²².

²⁰ FERREIRA, Aldo Pacheco; SANT’ANNA, Leonardo da Silva. **A Nanotecnologia e a Questão da sua Regulação no Brasil: Impactos à Saúde e ao Ambiente**. In: Revista Uniandrade: vol. 16. n. 3. Curitiba: Editora Uniandrade, 2015, p. 123-124. Disponível em: <<http://www.uniandrade.br/revistauniandrade/index.php/revistauniandrade/article/view/171>>. Acesso em: 2 fevereiro 2016.

²¹ HANKIN, Steve M.; CABALLERO, Nelson Eduardo Durán. **Regulação da tecnologia no Brasil e na União Europeia**. 2014, p. 03. “[...] estratégias tomadas agora podem impactar o mercado de produtos com nanomateriais em um futuro distante” Disponível em: <http://sectorialogues.org/sites/default/files/acoes/documentos/dialogos_setoriais_-_nanotecnologia_portugues.pdf>. Acesso em: 4 maio 2016.

²² DUVALL, Mark N.; WYATT, Alexandra M. Regulation of Nanotechnology and Nanomaterials at EPA and around the world: recent developments and context. In: **Beveridge & Diamond, P.C.** p. 2. Disponível em: <<http://www.bdlaw.com/assets/attachments/299.pdf>>. Acesso em: 05 fevereiro 2014.

No cenário brasileiro, alguns passos, ainda que iniciais, já foram dados. No âmbito governamental, foi criado um Grupo de Trabalho sobre Marco Regulatório no Fórum de Competitividade de Nanotecnologia, em 2009, por iniciativa do MDIC, no qual participaram representantes do setor privado, academia e governo.

Em seguida, em junho de 2013, uma comitiva brasileira participou do *NanoEuroForum*, realizado em Dublin, na Irlanda, e promoveu reuniões de trabalho com representantes da Direção Geral para Investigação e Inovação e do *Joint Research Centre* (JRC, na sigla em inglês), sobre os aspectos científicos, tecnológicos, metodológicos e metrológicos da regulação em nanotecnologia. Nesses encontros, acordou-se o interesse mútuo de:

[...] atuar no sentido de dar suporte a ações visando colaborações e pesquisas que gerem conhecimentos técnico-científicos, metodologias e protocolos para caracterização, determinação e modelamento dos mecanismos físicos, químicos e biológicos associados aos impactos ambientais, em sistemas biológicos e na saúde humana e animal, de nanomateriais e de produtos e processos nanotecnológicos.²³

A participação do Brasil no *NanoEuroForum* e em outras ações similares possibilitou o ingresso do país, em 2014, no maior projeto mundial voltado a dar respostas científicas às questões regulatórias associadas à nanotecnologia, qual seja, o projeto NANoREG, conduzido pela Comissão Europeia (CE) dentro do programa FP7²⁴.

Apesar da inexistência de legislação específica no Brasil, nota-se, no âmbito legislativo, tentativas de esboçar alguma direção para o tema das nanotecnologias no país. Nesse sentido, interessante mencionar o Projeto de Lei nº 6.741/2013, que atualmente está aguardando a Constituição da Comissão Temporária, que dispõe sobre a Política Nacional de Nanotecnologia, a pesquisa, a produção, o destino de rejeitos

²³ HANKIN, Steve M.; CABALLERO, Nelson Eduardo Durán. **Regulação da tecnologia no Brasil e na União Europeia**. 2014, p. 03. Disponível em: <http://sectordialogues.org/sites/default/files/acoes/documentos/dialogos_setoriais_-_nanotecnologia_portugues.pdf>. Acesso em: 4 maio 2016.

²⁴ HANKIN, Steve M.; CABALLERO, Nelson Eduardo Durán. **Regulação da tecnologia no Brasil e na União Europeia**. 2014, p. 03. Disponível em: <http://sectordialogues.org/sites/default/files/acoes/documentos/dialogos_setoriais_-_nanotecnologia_portugues.pdf>. Acesso em: 4 maio 2016.

e o uso da nanotecnologia no país²⁵. Esse projeto elenca uma série de princípios a serem observados no campo das nanotecnologias, incluído os da precaução e prevenção, além de conceituar termos como nanotecnologia, nanoproduto e processo nanotecnológico. Em resumo, prevê instrumentos como a criação de um cadastro nacional para controle e acompanhamento de projetos de pesquisa nessa área, autorizações do Poder Público no que se refere à produção, pesquisa e comercialização de nanoprodutos e exigências de estudos acerca dos impactos ambientais gerados por esses itens²⁶.

Outros projetos de lei relacionados à área da nanotecnologia foram propostos e, posteriormente, arquivados. Contudo, é inegável que a regulamentação do tema segue uma necessidade latente. A doutrina, de maneira geral, defende a aplicação da legislação já existente (Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e a Lei dos Crimes Ambientais), para casos envolvendo esse tipo de tecnologia. A Constituição Federal, sobretudo, determina que as condutas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Adicionalmente, para Engelmann, Flores e Weyermüller, verifica-se, no Brasil, a possibilidade de aplicação às nanotecnologias de uma técnica legislativa chamada de “*tipo de perigo abstrato*”, haja vista a incerteza de seus efeitos, o que possibilita atribuir à qualidade de um crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado externo. No caso das nanotecnologias, em que pese não se verifique a ocorrência de resultados danosos, essa técnica surge como elemento de antecipação de tutela, acentuando o papel de precaução do Direito²⁷.

²⁵ BRASIL. Projeto de Lei n. 6.741/2013. **Dispõe sobre a Política Nacional de Nanotecnologia, a pesquisa, a produção, o destino de rejeitos e o uso da nanotecnologia no país, e dá outras providências**. Brasília: 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=600333>>. Acesso em: 19 maio 2016.

²⁶ BRASIL. Projeto de Lei n. 6.741/2013. **Dispõe sobre a Política Nacional de Nanotecnologia, a pesquisa, a produção, o destino de rejeitos e o uso da nanotecnologia no país, e dá outras providências**. Brasília: 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1177566&filename=PL+6741/2013>. Acesso em: 02 maio 2016.

²⁷ ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi; WEYERMÜLLER, André Rafael. **Nanotecnologias, Marcos Regulatórios e Direito Ambiental: Construindo um diálogo transdisciplinar na busca de marcos regulatórios em nanotecnologias**. 1. ed. Paraná: Honoris Causa, 2010, p. 201.

O Brasil, de acordo com Hankin e Caballero, conta com um sistema maduro de pesquisa em nanotecnologia. O Sistema Nacional de Laboratórios em Nanotecnologia (SisNANO), criado pela Portaria nº 245, de 5 de abril de 2012, é um dos elementos do Programa Nacional de Nanotecnologia, contemplado no âmbito da Estratégia Nacional de Ciência Tecnologia e Inovação (ENCTI) 2012 – 2015 e associado ao Plano Brasil Maior (PBM), o que permite avançar na questão regulatória da nanotecnologia no país²⁸.

Voltando o olhar para o continente europeu, verifica-se, em 2005, a primeira reunião internacional sobre normatização das Nanotecnologias, organizada pela British Standards Institution (BSI, órgão de normatização britânico), com a participação de delegações de 22 países. A proposta do BSI foi assegurar que o Reino Unido tivesse um papel de vanguarda na criação de normas, garantindo ao país o crescimento dessa indústria emergente. Em outros países, como Japão e Alemanha, também foram realizadas várias discussões relativas à necessidade ou não de legislações nacionais específicas que versem sobre este tema²⁹.

Importante frisar que, na Europa, o manejo de produtos e substâncias químicas está, principalmente, submetido à regulação *Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals* (REACH, na sigla em inglês). Essa norma prevê, também, a legislação aplicável para a fabricação, a colocação no mercado e a utilização de substâncias, nas preparações ou em artigos, sendo que os nanomateriais estão dentro do escopo do REACH e estão, portanto, sujeitos a suas exigências, assim, como qualquer outra substância³⁰. Neste sentido, “[...] *nanomaterials are*

²⁸ HANKIN, Steve M.; CABALLERO, Nelson Eduardo Durán. **Regulação da tecnologia no Brasil e na União Europeia**. 2014, p. 03. Disponível em: <http://sectordialogues.org/sites/default/files/acoes/documentos/dialogos_setoriais_-_nanotecnologia_portugues.pdf>. Acesso em: 4 maio 2016.

²⁹ FERREIRA, Aldo Pacheco; SANT’ANNA, Leonardo da Silva. **A Nanotecnologia e a Questão da sua Regulação no Brasil: Impactos à Saúde e ao Ambiente**. In: Revista Uniandrade: vol. 16. n. 3. Curitiba: Editora Uniandrade, 2015, p. 123-124. Disponível em: <<http://www.uniandrade.br/revistauniandrade/index.php/revistauniandrade/article/view/171>>. Acesso em: 2 fevereiro 2016.

³⁰ HANKIN, Steve M.; CABALLERO, Nelson Eduardo Durán. **Regulação da tecnologia no Brasil e na União Europeia**. 2014, p. 03. Disponível em: <http://sectordialogues.org/sites/default/files/acoes/documentos/dialogos_setoriais_-_nanotecnologia_portugues.pdf>. Acesso em: 4 maio 2016.

*not currently singled out under either regulation, but they are chemical substances and therefore subject to the laws' classification, registration, reporting, and other requirements*³¹.

Em maio de 2014, o *Joint Research Centre* (JRC, na sigla em inglês), da CE, lançou um relatório sobre rotulagem e informações acerca dos sistemas de nanomateriais em produtos de consumo na União Europeia. O JRC observa que a atual legislação da UE exige que os nanomateriais estejam registrados na lista de ingredientes, com “*nano*” adicionado entre parênteses após o nome da substância, para alimentos, cosméticos e biocidas. Nota-se que os fabricantes, às vezes, adicionam o termo “*nano*” de maneira voluntária em outros produtos, indicando a presença ou ausência de nanomateriais. Ademais, a União Europeia já exige notificação obrigatória para os produtos cosméticos que contenham nanomateriais. Alguns Estados-Membro (França, Bélgica e Dinamarca) introduziram ou estão introduzindo os regimes de informação obrigatória para uma ampla gama de produtos de consumo³².

A *Umweltbundesamt* (UBA, Agência Federal Alemã do Meio Ambiente, em português), manifestou-se, em 2014, no sentido de que, devido às incertezas particulares relativas à avaliação dos possíveis riscos dos nanomateriais para a saúde humana e para o ambiente, apoia a criação de um registro europeu de produtos que contenha nanomateriais, como uma medida de precaução. Isso permitiria que as autoridades públicas definissem as prioridades para a execução e o monitoramento, calculassem uma estimativa da exposição aos seres humanos e ao meio ambiente e, no caso de efeitos adversos, garantissem a rastreabilidade³³.

³¹ DUVALL, Mark N.; WYATT, Alexandra M. Regulation of Nanotechnology and Nanomaterials at EPA and around the world: recent developments and context. In: **Beveridge & Diamond, P.C.** Washington: 2015, p. 16. “[...] nanomateriais não estão actualmente apontados sob qualquer regulamentação, entretanto, são eles substâncias químicas e, portanto, sujeitos às leis de classificação, registro, elaboração de relatórios e outros requisitos”. Disponível em: <<http://www.bdlaw.com/assets/attachments/299.pdf>>. Acesso em: 05 fevereiro 2016.

³² HANKIN, Steve M.; CABALLERO, Nelson Eduardo Durán. **Regulação da tecnologia no Brasil e na União Europeia**. 2014, p. 03. Disponível em: <http://sectordialogues.org/sites/default/files/acoes/documentos/dialogos_setoriais_-_nanotecnologia_portugues.pdf>. Acesso em: 4 maio 2016.

³³ HANKIN, Steve M.; CABALLERO, Nelson Eduardo Durán. **Regulação da tecnologia no Brasil e na União Europeia**. 2014, p. 03. Disponível em: <http://sectordialogues.org/sites/default/files/acoes/documentos/dialogos_setoriais_-_nanotecnologia_portugues.pdf>. Acesso em: 4 maio 2016.

Outros países, como França, Itália, Bélgica, Irlanda e Noruega, também têm dado atenção aos potenciais riscos e às vantagens da nanotecnologia por meio de políticas e legislações internas. Conforme Duvall e Wyatt, “[...] countries with calls by government entities, feasibility studies, or actual plans to establish mandatory reporting schemes or databases for nanotechnology³⁴”.

No que toca à discussão regulatória da nanotecnologia nos Estados Unidos, destaca-se uma iniciativa denominada *Nanotechnology’s Ethical, Legal and Societal Implications* (NELSI, na sigla em inglês), que é foco de pesquisa do *The Center on Nanotechnology and Society* (Nano & Society), ligado ao *Illinois Institute of Technology* (IIT, na sigla em inglês). Essa iniciativa não se limita apenas a questões técnicas da nanotecnologia, mas também se engaja com questões éticas, legais, sociais, de saúde, ambientais, de segurança e que envolvem a força de trabalho e a educação.

Dada a vasta utilização da nanotecnologia, diversos setores emitiram relatórios, nos últimos anos, indicando diretrizes para o uso de nanoproductos nos Estados Unidos. Para o *Food and Drug Administration* (FDA), órgão governamental norte-americano responsável pelo controle de novos alimentos e medicamentos no mercado de consumo interno, “a dificuldade com os materiais em nanoescala está no fato de que suas propriedades químicas, físicas e biológicas serem diferentes dos seus homólogos em tamanho normal, segundo Relatório da força tarefa sobre nanotecnologia (2007)”. As recomendações mais importantes desse relatório se referem à “apresentação de dados e outras informações que abordem sobre os efeitos e a segurança, além da eficácia dos materiais em nanoescala; informações se e como a presença desses materiais afeta o processo de fabricação”, além de informações sobre as situações em que o produto contém materiais em nanoescala, ainda que esses materiais não se tornem parte do produto acabado³⁵.

³⁴ DUVALL, Mark N.; WYATT, Alexandra M. Regulation of Nanotechnology and Nanomaterials at EPA and around the world: recent developments and context. In: **Beveridge & Diamond, P.C.** Washington: 2015, p. 16. “[...]países com chamadas por entidades governamentais, estudos de viabilidade, ou planos reais para estabelecer esquemas de informação obrigatória ou bases de dados para a nanotecnologia”. Disponível em: <<http://www.bdlaw.com/assets/attachments/299.pdf>>. Acesso em: 05 fevereiro 2016.

³⁵ FERRONATTO, Rafael Luiz. **Nanotecnologia, ambiente e direito: desafios para a sociedade na direção a um marco regulatório.** Dissertação (Mestrado). Rio Grande do Sul: Universidade de Caxias do Sul, 2010, f. 111. Disponível em: <<https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/485/Dissertacao%20Rafael%20Luiz%20Ferronato.pdf;jsessionid=89C6B9D661363E8E7EFEC8F7956E5D32?sequence=1>>. Acesso em: 2 abril 2016.

Como se observou, tanto no âmbito nacional quanto na esfera internacional, atualizar a legislação em uma área tão recente e dinâmica como a nanotecnologia constitui um trabalhoso, mas necessário, desafio. Nesse sentido, Schultz afirma que:

E o que se propõe para a avalanche de produtos nanotecnológicos? Um regime de governança (leia-se regulamentação) adaptativa (leia-se que se modifique com agilidade) para dar conta de monitorar as mudanças tecnológicas e regulamentar seus produtos. É uma proposta bem complicada, pois assume a hipótese de que agências reguladoras são menos ágeis que as mudanças científicas, tecnológicas e o desenvolvimento de seus produtos. [...] esse problema seria análogo ao “doping”. A necessidade de uma certeza absoluta prévia de detectar qualquer forma de doping inviabilizaria qualquer competição esportiva e vimos que os mecanismos de controle parecem estar sempre correndo atrás dos mecanismos de dopagem.³⁶

Por fim, a regulamentação de um tema aponta para o sentido em que o país quer caminhar. Ela pode ser utilizada para potencializar a tecnologia, ou seja, para promover o desenvolvimento de forma mais célere e com uma atuação estatal mínima, ou pode conduzir um sistema mais protetivo, não da tecnologia, mas do cidadão, construindo um sistema de controle e fiscalização dos usos e aplicações de uma determinada tecnologia³⁷.

Nenhuma área do conhecimento está imune às mudanças advindas dos avanços nas pesquisas com as nanotecnologias. O Direito não é diferente. Ajustes na legislação doméstica, o constante acompanhamento da evolução do tema no cenário internacional e a participação do país em discussões envolvendo nanotecnologia, no âmbito mundial, tornam-se medidas imprescindíveis para a estruturação de normas e políticas internas, de forma a dar conta da insegurança e da imprevisibilidade destes novos tempos.

³⁶ SCHULZ, Peter Alexander Bleinroth. **A encruzilhada da nanotecnologia**: inovação, tecnologia e riscos. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2009, p. 95-96.

³⁷ HANKIN, Steve M.; CABALLERO, Nelson Eduardo Durán. **Regulação da tecnologia no Brasil e na União Europeia**. 2014, p. 03. Disponível em: <http://sectordialogues.org/sites/default/files/acoes/documentos/dialogos_setoriais_-_nanotecnologia_portugues.pdf>. Acesso em: 4 maio 2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo teórico, desenvolvido com base em análises bibliográficas e pesquisas nas legislações nacional e internacional, objetivou traçar uma comparação entre os conceitos de inovação e adaptação ambiental no âmbito das nanotecnologias, além de esboçar um cenário normativo a respeito do tema no Brasil e no âmbito internacional.

Os resultados apontam que as nanotecnologias podem ser compreendidas como um conjunto de ação inovadora, isto ocorre em virtude dos métodos pelo quais elas passam antes de serem efetivamente utilizadas. Ademais, os avanços a elas associados, pelas suas qualidades e funções, evidenciam uma série de vantagens. As nanotecnologias, ademais, compreendem um conjunto de técnicas com aplicações potenciais na maioria dos setores industriais existentes na atualidade e com potencial de ajudar a criar novas indústrias.

Ademais, as nanotecnologias também podem ser configuradas como ambientalmente adaptáveis em virtude da sua crescente necessidade industrial e social. Entretanto, o uso exagerado dessa inovadora tecnologia ainda se dá em um cenário de incertezas e riscos, uma vez que atualmente não são conhecidas as suas consequências.

Por fim, embora o estudo não tenha esgotado o assunto, evidenciou-se a urgente necessidade de que a temática receba a devida normatização no país, a exemplo dos passos que já foram dados na esfera internacional, a fim de que se possa garantir respostas a eventuais consequências relacionadas ao uso descontrolado das nanotecnologias. Em outras palavras, inovações tecnológicas como a tratada neste estudo devem ser não somente tecnicamente possíveis, mas também ambiental e biologicamente seguras, economicamente vantajosas, socialmente benéficas e eticamente aceitáveis. Para isso, devem ser legalmente regulamentadas.

REFERÊNCIAS

BOESING, Ivan Jorge; MARTINS, Mirkos Ortiz. Computação biológica e Nanotecnologia. In: BARONE, Dantes Augusto Couto; BOESING, Ivan Jorge (Org.). **Inteligência artificial: diálogos entre mentes e máquinas**. Porto Alegre: Evangrafe, 2015.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. **Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação 2011 – 2015**. Brasília: 2010. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0218/218981.pdf>. Acesso em: 12 maio 2016.

_____. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. **Proposta da estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação 2016 – 2019**. Brasília: 2015. Disponível em: <[http://www.mcti.gov.br/documents/10179/35540/Estrat%C3%A9gia+Nacional+de+Ci%C3%A2ncia,%20Tecnologia+e+Inova%C3%A7%C3%A3o+\(Encti\)%202016-2019++documento+para+discuss%C3%A3o/5a4fe994-955e-4658-a53c-bc598af09f7e](http://www.mcti.gov.br/documents/10179/35540/Estrat%C3%A9gia+Nacional+de+Ci%C3%A2ncia,%20Tecnologia+e+Inova%C3%A7%C3%A3o+(Encti)%202016-2019++documento+para+discuss%C3%A3o/5a4fe994-955e-4658-a53c-bc598af09f7e)>. Acesso em: 12 maio 2016.

_____. Projeto de Lei n. 6.741/2013. **Dispõe sobre a Política Nacional de Nanotecnologia, a pesquisa, a produção, o destino de rejeitos e o uso da nanotecnologia no país, e dá outras providências**. Brasília: 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=600333>>. Acesso em: 19 maio 2016.

BRITO, Edivaldo. Saiba o que é a nanotecnologia e como ela pode mudar o futuro. In: **Techtudo**. 2015. Disponível em: <<http://www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2013/03/saiba-o-que-e-nanotecnologia-e-como-ela-pode-mudar-o-futuro.html>>. Acesso em: 11 maio 2016.

DUVALL, Mark N.; WYATT, Alexandra M. Regulation of Nanotechnology and Nanomaterials at EPA and around the world: recent developments and context. In: **Beveridge & Diamond, P.C.** Washington: 2015. Disponível em: <<http://www.bdlaw.com/assets/attachments/299.pdf>>. Acesso em: 05 fevereiro 2014.

ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi; WEYERMÜLLER, André Rafael. **Nanotecnologias, Marcos Regulatórios e Direito Ambiental: Construindo um diálogo transdisciplinar na busca de marcos regulatórios em nanotecnologias**. 1. ed. Paraná: Honoris Causa, 2010.

_____; VON HOHENDORFF, Raquel; SANTOS, Paulo Júnior Trindade dos. **A inovação nanotecnologia e suas consequências nas ciências de impacto**: a necessária inovação e adaptação do direito para dar respostas jurídicas adequadas. São Carlos: 2015. Disponível em: <<http://www.semecip.ufscar.br/wp-content/uploads/2014/12/Wilson-Engelmann.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2015.

FERREIRA, Aldo Pacheco; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. **A Nanotecnologia e a Questão da sua Regulação no Brasil**: Impactos à Saúde e ao Ambiente. In: Revista Uniandrade: vol. 16. n. 3. Curitiba: Editora Uniandrade, 2015. Disponível em: <<http://www.uniandrade.br/revistauniandrade/index.php/revistauniandrade/article/view/171>>. Acesso em: 2 fevereiro 2016.

FERRONATTO, Rafael Luiz. **Nanotecnologia, ambiente e direito**: desafios para a sociedade na direção a um marco regulatório. Dissertação (Mestrado). Rio Grande do Sul: Universidade de Caxias do Sul, 2010. Disponível em: <<https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/485/Dissertacao%20Rafael%20Luiz%20Ferronato.pdf;jsessionid=89C6B9D661363E8E7EFEC8F7956E5D32?sequence=1>>. Acesso em: 2 abril 2016.

HANKIN, Steve M.; CABALLERO, Nelson Eduardo Durán. **Regulação da tecnologia no Brasil e na União Europeia**. 2014. Disponível em: <http://sectordialogues.org/sites/default/files/acoes/documentos/dialogos_setoriais_-_nanotecnologia_portugues.pdf>. Acesso em: 4 maio 2016.

INTRODUÇÃO à Nanotecnologia: O que é a Nanotecnologia. In: **Euroresidentes**. Disponível em: <https://www.euroresidentes.com/futuro/nanotecnologia/nanotecnologia_responsavel/introducao_nanotecnologia.htm>. Acesso em: 10 maio 2016.

LASTRES, H. M. M.; CASSIOLATO, J. E.; ARROIO, A. (Orgs.). **Conhecimento, Sistemas de Inovação e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2005; Contraponto, 2005.

NANOTradShow. **Relatório 2015**. São Paulo: 2015. Disponível em: <<http://www.nanotradeshow.com.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-Nano-Tradeshow-2015-2.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2016.

OECD and Eurostat. **Oslo Manual**: Guidelines for Collecting and Interpreting Innovation Data. 3. ed. Paris: OECD Publishing, 2005. Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/science-and-technology/oslo-manual_9789264013100-en#page1>. Acesso em: 14 março 2016.

_____, OCDE, FINEP. **Manual de Oslo**. 1997.

OUELLETTE, Lisa Larrimore. Economic growth and breakthrough innovations: A case study of nanotechnology. In: **Economic Research Working Paper**. n. 29. World Intellectual Property Organization, 2015. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_econstat_wp_29.pdf>. Acesso em: 11 maio 2016.

SCHULZ, Peter Alexander Bleinroth. **A encruzilhada da nanotecnologia: inovação, tecnologia e riscos**. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2009.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, socialism, and democracy**. New York: Harper, 1950.

VON HOHENDORFF, Raquel. Revolução nanotecnologia, riscos e reflexos no Direito: os aportes necessários da Transdisciplinariedade. In: ENGELMANN, Wilson; WITTMANN, Cristian (Org.). **Direitos Humanos e Novas Tecnologias**. Jundiaí: Paco Editorial, 2015.

WEYERMÜLLER, A. R. **Água e Adaptação Ambiental: O pagamento pelo seu como instrumento econômico e jurídico de proteção**. Curitiba: Juruá, 2014.

_____; JUNG, P. E. N.; DA ROSA, M. E. L.; KEHL, L. R. **A INDÚSTRIA CRIATIVA VERDE E ADAPTAÇÃO AMBIENTAL: O TURISMO CRIATIVO COMO MATERIALIZAÇÃO**. In: Revista do ICESA: Gestão e Desenvolvimento. vol. 12. n. 2. Novo Hamburgo: Editora Feevale, 2015.

ZALTMAN, G.; DUNCAN, R.; HOLBEK, J. **Innovations and Organizations**. New York: Wiley, 1973.

desaposentação: divergências doutrinárias e questões não resolvidas no âmbito da jurisprudência

Sidnei Barum Cassal

Graduando do Curso de Direito da
Universidade Feevale, Novo Hamburgo/RS.
Graduado em Letras pela UFPel, Pelotas/RS.
E-mail: sid_cassal@yahoo.com.br.

Elton Ari Krause

Pós-graduação no Mestrado em Direito
Público e Especialização em Metodologia
do Ensino Superior. Professor de Direito
Administrativo, Direito Constitucional e Direito
Eleitoral na Universidade FEEVALE.
E-mail: eltonak@feevale.br.

INTRODUÇÃO

A construção doutrinária da desaposentação é, ainda, relativamente recente e se propõe a solucionar os problemas e prejuízos causados aos segurados da Previdência Social que, após se aposentarem, continuam contribuindo para o Regime Geral da Previdência Social (RGPS).

Este estudo buscar verificar se o direito à desaposentação encontra sustentação na legislação existente, na doutrina previdenciária e no posicionamento dos Tribunais. Mais especificamente, também se propõe a esclarecer se ainda há obstáculos ao reconhecimento do direito à desaposentação e se existem divergências doutrinárias e questões não resolvidas quanto à aplicabilidade da desaposentação no âmbito da jurisprudência, até a presente data.

Antes de focar os aspectos da relevância social, doutrinária e jurídica da desaposentação, é necessário que a análise do tema seja contextualizada à luz do Direito Previdenciário. Assim, num primeiro momento, este artigo apresenta um panorama geral da Seguridade Social e da Previdência Social no Brasil, onde são tratados conceitos e noções básicas, além de traçar um perfil das aposentadorias no presente momento.

Tratando mais especificamente o tema a que se propõe o presente artigo, são abordados a origem e conceituações de desaposentação com base na doutrina sobre o tema e os requisitos e objetivos intrínsecos à demanda. Também é estudado à luz do direito comparado a semelhança do instituto da desaposentação com a previsão de revisões das aposentadorias existentes na legislação de outros países. O estudo do instituto da desaposentação é completado elencando-se as divergências doutrinárias ao reconhecimento do direito à desaposentação, a posição da jurisprudência e as iniciativas do poder legislativo visando a regulamentação da matéria.

A previdência social brasileira possui hoje mais de 28 milhões de beneficiários diretos, sendo responsável por injetar na economia aproximadamente R\$ 20 milhões todo mês. Segundo dados do próprio Ministério da Previdência Social, o instituto da desaposentação, caso seja regulamentado em lei ou acolhido pelo poder judiciário através de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, irá atingir aproximadamente 500.000 aposentados, que graças a este recurso terão direito à revisão no valor de seus benefícios, num impacto projetado de mais de R\$ 69 bilhões de reais.

Para cumprir os diversos objetivos a que se propõe o presente trabalho, a metodologia de pesquisa empregada utilizou as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Além disso, valeu-se também da análise da doutrina, que é o berço da desaposentação, e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Tribunais Regionais Federais (TRF).

1 O MODELO DE PREVIDÊNCIA BRASILEIRO

A Previdência Social é definida pela Constituição Federal, em seu artigo 6º, como direito social, ao lado de outras garantias sociais, como educação, saúde, moradia e segurança, entre outros.¹ No capítulo dedicado à Seguridade Social, a previdência social está disciplinada no artigo 201, que dispõe que será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória.

A obrigatoriedade de filiação é norma de ordem jurídica, não havendo previsão legal que possibilite ao segurado alegar que não deseja fazer parte do sistema estatal de previdência pelo fato de já contribuir em um regime privado.² A filiação obrigatória também está em sintonia com o princípio da solidariedade, que norteia os modernos sistemas de seguridade social.³

Os sistemas de previdência podem ser de capitalização ou de repartição simples. O sistema brasileiro de previdência pública adota o sistema de repartição simples (também conhecido como *pay as you go system*), em que há solidariedade entre pessoas na cotização do sistema para concessão do futuro benefício. Nesse sistema, a geração ativa custeia a geração precedente, num verdadeiro pacto entre gerações. No sistema de capitalização, há uma espécie de poupança individual, rendendo juros e correção monetária (*fully funded system*).⁴

¹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

² IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação: O Caminho Para Uma Melhor Aposentadoria**. 5 ed., Niterói, RJ: Impetus, 2011, p. 8-9.

³ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 6 ed, São Paulo: Atlas, 2013, p. 24.

⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 289, 292.

Pode-se dizer que no Brasil existem três espécies de regimes previdenciários: os regimes próprios, que incluem o regime jurídico único dos servidores civis da União, Distrito Federal, Estados e Municípios; o regime geral de previdência social (RGPS), administrado pelo INSS, que inclui os trabalhadores da iniciativa privada em geral; e, por fim, o regime de previdência privada, previsto no artigo 202 da Constituição Federal e regulamentado pela Leis Complementares nºs 108 e 109/01.⁵

É importante ressaltar que nem todos os servidores públicos estão excluídos do RGPS. Os empregados públicos que trabalham em empresas públicas e sociedades de economia mista são regidos pela CLT e, portanto, se vinculam ao Regime Geral da Previdência Social.⁶

2 DO INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O termo “desaposentação” foi utilizado pela primeira vez por Wladimir Novaes Martinez, em sua obra *Desaposentação*, lançada em 2008. Mas segundo o próprio Martinez, foi em 1987, em um artigo de sua autoria, que foi feita a primeira referência a esse instituto técnico – ainda sem dar-lhe o nome com o qual passou a ser conhecido.⁷

À primeira vista, o termo parece se referir a uma simples renúncia ao benefício previdenciário. Nesse sentido, é preciso diferenciar aposentação e aposentadoria. A aposentação é o ato que marca a mudança da condição do segurado, de ativo para inativo, enquanto aposentadoria é a nova condição jurídica que esse segurado assume ao passar a receber o benefício.⁸

Desta forma, a desaposentação se apresenta como uma revisão do ato de aposentação, mas sem alterar a condição jurídica do segurado. Com a desaposentação, o segurado da Previdência Social não deixa de ser aposentado, não abre mão de sua condição de inativo, como o termo

⁵ VIANNA, João Ernesto A. *Curso de Direito Previdenciário*. 6 ed, São Paulo: Atlas, 2013, p. 426-428.

⁶ CHAMON, Omar. *Introdução ao Direito Previdenciário*. 1 ed., Barueri, SP: Manole, 2005, p. 48-49.

⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. 6 ed. São Paulo: LTR, 2014, p. 32.

⁸ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação: O Caminho Para Uma Melhor Aposentadoria*. 5.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011, p. 35.

pode sugerir num primeiro momento, mas, ao contrário, é a renúncia a uma aposentadoria já implementada, para permitir o aproveitamento do seu respectivo tempo de contribuição, inclusive aquele posterior à sua concessão, para obter nova e melhor aposentadoria.⁹

No entendimento de Serau Jr, a desaposentação pode se apresentar na forma de duas modalidades diversas, sendo que ambas têm como perspectiva a obtenção de uma nova e melhor aposentadoria, a saber, a transformação de uma originária aposentadoria proporcional em uma aposentadoria integral, e a possibilidade de recálculo do valor do benefício, quando a aposentadoria já houver sido concedida como aposentadoria integral.¹⁰

Já para Ibrahim, os dois tipos possíveis de desaposentação se diferenciam quanto ao regime previdenciário ao qual o segurado está vinculado. No RGPS, haverá uma simples contagem do tempo de contribuição no mesmo regime. No regime próprio, caso dos servidores públicos regidos pelo sistema estatutário, haverá averbação desse tempo em outro regime previdenciário.¹¹ Ou seja, o instituto da desaposentação beneficiaria tanto os segurados filiados unicamente a um mesmo regime quanto aqueles que porventura migraram de um regime para outro.

O certo é que a legislação vigente não reconhece o direito à desaposentação, assim entendida como a revisão de uma aposentadoria, com inclusão de novas contribuições para o possível melhoramento do valor do benefício. A Lei 8.213/91, que regulamenta os benefícios da Previdência Social, é bem clara em relação a este aspecto, mais especificamente em seu artigo 18, parágrafo 2º:

O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS, que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997).¹²

⁹ SERAU JR, Marco Aurélio. **Desaposentação** - Novas Perspectivas Teóricas e Práticas. 3 ed, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 54.

¹⁰ SERAU JR, Marco Aurélio. **Desaposentação** - Novas Perspectivas Teóricas e Práticas. 3 ed, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 53.

¹¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação: O Caminho Para Uma Melhor Aposentadoria**. 5.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011, p. 38.

¹² BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em 17 mar. 2014.

É importante salientar que à época da edição da Lei 8.213/91, esta falta de previsão de revisão de aposentadoria em relação àqueles que continuassem a contribuir para o RGPS não trazia maiores prejuízos ao segurado, visto que ainda contavam com o benefício do pecúlio. O pecúlio consistia em pagamento único de valor correspondente à soma das importâncias relativas às contribuições do segurado, devidamente corrigidas, devido ao segurado aposentado por idade ou por tempo de serviço que voltasse a exercer atividade abrangida pelo RGPS, quando dela viesse a se afastar definitivamente.¹³

Em 15 de abril de 1994, a Lei 8.870 extinguiu o pecúlio, mas dispensou o segurado aposentado da contribuição previdenciária. No entanto, no ano seguinte foi editada a Lei 9.032/95, que impôs a contribuição previdenciária para os aposentados que continuassem a trabalhar.

Segundo o entendimento de Serau Jr, a extinção do direito ao pecúlio, bem como a extinção do abono de permanência, como parte das reformas previdenciárias neoliberais postas em prática em meados dos anos 1990, podem explicar, ao menos em parte, o crescente interesse suscitado pela perspectiva da desaposentação, que passou a representar uma espécie de compensação pela perda desses dois benefícios previdenciários.¹⁴

Mas seguramente, o principal fator que impulsionou a origem do instituto da desaposentação é o baixo valor dos benefícios previdenciários. Nesse contexto, o aposentado brasileiro se vê obrigado a retornar ao mercado de trabalho com vistas a complementar a renda proveniente da aposentadoria, e por determinação legal, voltar a contribuir, com recolhimentos na fonte, visto que equiparado à condição de segurado obrigatório.¹⁵

¹³ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em 17 mar. 2014.

¹⁴ SERAU JR, Marco Aurélio. **Desaposentação** - Novas Perspectivas Teóricas e Práticas. 3 ed, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 53.

¹⁵ LIMA, Marcos Galdino de. O instituto da desaposentação. **Jus Navigandi**, Teresina, Dez 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12037>>. Acesso em: 21 mar. 2014.

2.1 REQUISITOS

O primeiro item indispensável para a possibilidade da desaposentação é, por óbvio, a existência de uma aposentadoria instituída e em pleno vigor. A desaposentação “pressupõe a existência de um direito previdenciário eficaz, protegido pelo ato jurídico perfeito ou coisa julgada, deferimento aperfeiçoado de certa prestação, de regra uma aposentadoria”. Em outras palavras, para tornar válido o pedido, é necessário, logicamente, que o titular já esteja aposentado, usufruindo do benefício com seus respectivos proventos.¹⁶

Ibrahim lembra que a desaposentação não admite renúncia à aposentadoria em qualquer hipótese, sendo somente admitida quando o segurado possuir tempo de contribuição posterior à concessão do benefício. “Do contrário, se permitida a renúncia pura e simples do benefício, sem cômputo de qualquer tempo posterior, o que se estará fazendo é abrir a possibilidade de aplicarem-se regras futuras de aposentadoria a benefícios pretéritos”.¹⁷

Um segundo aspecto a ser observado é a necessidade do ato de renúncia à primeira aposentadoria que, logicamente, só poderá ser praticado por sujeito de direito plenamente capaz e no exercício de seus direitos. Segundo Martinez, “a desaposentação é sempre voluntária. Por se tratar de direito subjetivo, em face da definitividade da prestação previdenciária, não há desaposentação de ofício”.¹⁸

Não se deve perder de vista que a desaposentação “tem em seu bojo a abdicação de direito disponível”. Mas esta disponibilidade não se refere ao direito à aposentadoria, em si mesma irrenunciável, mas ao pagamento das mensalidades.¹⁹ Portanto, a renúncia representada pela

¹⁶ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 6 ed. São Paulo: LTR, 2014, p. 82.

¹⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 17.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 715.

¹⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 6 ed. São Paulo: LTR, 2014, p. 83.

¹⁹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 6 ed. São Paulo: LTR, 2014, p. 83-84.

desaposentação deve também ser expressa, preferencialmente na forma escrita, e nunca de modo implícito ou tácito, visto que atualmente a desaposentação somente é obtida na via judicial.²⁰

Por final, e não menos importante, seguindo a aplicação lógica do *tempus regit actum*, no momento da desaposentação deverá ser aplicada a lei vigente no momento da concessão da segunda aposentadoria do segurado, “não podendo desfazê-lo a seu bel prazer sempre que nova lei mais favorável for criada, porque haveria evidente descompasso atuarial e financeiro, além de obstáculo insuperável para a melhoria das regras previdenciárias”.²¹

Além desses requisitos, é necessário salientar que nem toda espécie de aposentadoria pode ser consagrada com o instituto da desaposentação. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência concordam em excluir da possibilidade da desaposentação os beneficiários da Aposentadoria por Invalidez, visto que a este aposentado não é permitido o retorno ao trabalho, sob pena de cassação de seu benefício, conforme prevê a legislação.

2.2 OBJETIVOS DA DESAPOSENTAÇÃO

O principal objetivo da desaposentação é por certo a melhoria da renda mensal do segurado que se aposentou precocemente e continuou trabalhando, com a conseqüente manutenção de contribuições ao RGPS ou regime próprio.²²

Tecnicamente, a desaposentação visa reaproveitar o tempo de contribuição utilizado para a aquisição da aposentadoria, permitindo que o mesmo possa ser averbado em outro regime ou sirva para cômputo de uma nova aposentadoria no mesmo sistema previdenciário, no caso do segurado possuir tempo de contribuição posterior à aposentadoria já implantada. Enquadra-se na situação de averbação em outro regime quando

²⁰ SERAU JR, Marco Aurélio. **Desaposentação** - Novas Perspectivas Teóricas e Práticas. 3 ed, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 55.

²¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação: O Caminho Para Uma Melhor Aposentadoria**. 5.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011, p. 42.

²² IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação: O Caminho Para Uma Melhor Aposentadoria**. 5.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011, p. 38.

o segurado, já aposentado pelo RPPS, obtém aprovação em concurso público, passando a vincular-se a regime próprio de previdência, o que justificaria o desejo de averbar o tempo já utilizado para obter aposentadoria mais vantajosa no novo regime.²³

Serau Júnior identifica um outro tipo de desaposentação e, portanto, com objetivo diverso dos já citados. É quando o segurado renuncia voluntariamente à aposentadoria concedida na via administrativa em opção a outra concedida posteriormente na via judicial, face à impossibilidade de recebimento concomitante de dois benefícios. No seu entendimento, esta renúncia, atrelada à opção pela outra, configura também um caso de desaposentação.²⁴

Mas, no entanto, esta renúncia em particular, diversamente dos demais casos, configura apenas o cumprimento legal do estabelecido pelo Regulamento Geral da Previdência Social, em sua Lei 8.213/91:

Art. 124. Salvo no caso de direito adquirido, não é permitido o recebimento conjunto dos seguintes benefícios da Previdência Social: (...) II – mais de uma aposentadoria [...].²⁵

A extinção do benefício representado pelo pecúlio, a implementação do fator previdenciário e as inevitáveis perdas do poder aquisitivo da aposentadoria que se fazem sentir quase imediatamente após a sua concessão, alimentaram a perspectiva de obtenção de nova aposentadoria mais vantajosa, seja no mesmo regime ou em regime diverso.

²³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação: O Caminho Para Uma Melhor Aposentadoria**. 5.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011, p. 35.

²⁴ SERAU JR, Marco Aurélio. **Desaposentação - Novas Perspectivas Teóricas e Práticas**. 3 ed, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 53.

²⁵ BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 17 mar. 2014.

3 PREVISÃO DE REVISÃO DAS APOSENTADORIAS NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Na Europa, o exemplo mais relevante para uma análise comparativa com a previdência social brasileira é o modelo português, em que há previsão de acumulação da aposentadoria com rendimentos de trabalho, como no Brasil. Mas, diferentemente do que prevê o instituto da desaposentação, o segurado português não necessita abrir mão da aposentadoria que já vem recebendo para obter outra mais vantajosa. Um procedimento mais simples prevê a revisão da aposentadoria originária, através de um acréscimo em razão do novo tempo de contribuição, que se dá a cada ano, com inclusão dos valores recebidos no ano anterior.²⁶

Já na Espanha, embora a legislação atual não permita o retorno ao trabalho após a concessão da aposentadoria, há a opção por um benefício parcial. Assim, o segurado permanece em atividade, contribuindo para o sistema, e ao optar por se aposentar definitivamente de forma plena tem a possibilidade de contabilizar o tempo contributivo do benefício parcial.²⁷ Esse sistema espanhol guarda semelhanças com o benefício de Abono de Permanência em Serviço existente no sistema previdenciário brasileiro até sua extinção pela Lei nº 8.870/94. O Canadá também permite a continuidade no trabalho após a aposentadoria e seu sistema se assemelha ao brasileiro na medida em que é necessário ao segurado já aposentado continuar a contribuir, se mantiver sua atividade laborativa. No entanto, tais valores são utilizados para novo cálculo do valor do benefício, exceto se a aposentadoria já se encontrar no valor máximo previsto. O sistema previdenciário dos Estados Unidos também possibilita o retorno à atividade para quem já se encontra recebendo aposentadoria, mas prevê neste caso, uma redução no valor recebido. As contribuições feitas durante o período posterior ao início do recebimento do benefício são computadas para o recálculo do benefício final, quando o segurado deixar a atividade remunerada em caráter definitivo, sendo que esse cômputo se dá independentemente de solicitação do interessado.²⁸

²⁶ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação**: O Caminho Para Uma Melhor Aposentadoria. 5.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011, p. 88-89.

²⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação**: O Caminho Para Uma Melhor Aposentadoria. 5.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011, p. 88-89.

²⁸ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação**: O Caminho Para Uma Melhor Aposentadoria. 5.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011, p. 88-89.

Pioneiro na adoção do sistema privado de previdência na América Latina, é exatamente no Chile que “o direito à contagem de novo período contributivo é mais evidente, pois o benefício é quantificado a partir do acúmulo de recursos na conta de capitalização individual do segurado”, que pode optar por continuar recolhendo pelo tempo que achar conveniente.²⁹

Embora apresentem características diversas, muitos países preveem em suas legislações procedimentos que guardam semelhança com o que se pretende com a desaposentação no Brasil. Na verdade, tratam de verdadeira revisão do benefício, para apurar prestação de maior valor. Assim, o Direito Comparado nos auxilia a concluir que em diversos países há previsão legal de revisão da renda inicial da aposentadoria, permitindo o cômputo do tempo de contribuição posterior à concessão do benefício, o que resumidamente é o objetivo principal da desaposentação, que não se mostra, portanto, um artifício jurídico criado pelos doutrinadores brasileiros no âmbito do direito previdenciário.

4 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS AO RECONHECIMENTO DO DIREITO À DESAPOSENTAÇÃO

A principal oposição ao reconhecimento da possibilidade da desaposentação, presente na Administração Pública e mesmo dentre alguns doutrinadores do direito previdenciário cinge no fato que não há previsão legal para o referido instituto. Sustentam que o procedimento da desaposentação inclui-se dentre aqueles que dependem de normatização, ainda inexistente, apoiando-se na ideia consagrada que na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.³⁰

Os que argumentam a favor da desaposentação utilizam-se do mesmo princípio para concluir que sua autorização é presumida, visto não constar em lei a sua impossibilidade. Castro e Lazzari, por exemplo, consideram que a legislação previdenciária é omissa em relação ao assunto,

²⁹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação: O Caminho Para Uma Melhor Aposentadoria**. 5.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011, p. 89.

³⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 6 ed. São Paulo: LTR, 2014, p. 173.

fazendo referência apenas à vedação da contagem concomitante do tempo de contribuição, evitando que se aproveite tempo já utilizado em outro regime e concluem que a Constituição não veda a desaposentação.³¹

Defende Ibrahim que “embora à Administração Pública somente seja possível fazer o que a lei autoriza, ao administrado tudo é possível, desde que não vedado pela lei.”³² Em sua opinião, “a ausência de previsão legal, em verdade, traduz verdadeira possibilidade (...) em demandar o desfazimento de sua aposentadoria, computando-se o tempo de contribuição anterior com o novo tempo obtido após o ato de concessão do benefício a ser revertido”.³³

No entanto, na visão de Silva, o princípio que rege as relações privadas, segundo o qual o que não é proibido é permitido, não pode ser aplicado no âmbito das ações públicas. Aplicar esse princípio simplesmente para fundamentar a viabilidade da desaposentação vai de encontro ao caráter institucional da previdência social e, por conseguinte, à previsão constitucional que atribui ao Poder Público a função de organizar a seguridade social *nos termos da lei*. Em razão do caráter institucional do estatuto jurídico previdenciário, se o benefício e seus requisitos não estão previstos em lei, então não há direito assegurado.³⁴

A administração alega que visto que a concessão da aposentadoria se deu sob o princípio constitucional do ato jurídico perfeito, mesmo se assim o desejasse, estaria impossibilitada de desfazer o ato vinculado da concessão, incorrendo assim em desrespeito à Constituição. Sustenta o Ministério da Previdência que se o INSS concedeu o benefício legal e regularmente, sob a égide da lei vigente à época de sua concessão, o ato não poderia ser desfeito, mormente na falta de previsão legal que permita o seu desfazimento.³⁵

³¹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de e LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16 ed. São Paulo: Forense, 2014. p. 671.

³² IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação: O Caminho Para Uma Melhor Aposentadoria**. 5.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011, p. 68-69.

³³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 17.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 714.

³⁴ SILVA, Elisa Maria Corrêa. **Inconstitucionalidade da Desaposentação**. 1 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 95,115

³⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 6 ed. São Paulo: LTR, 2014, p. 169.

No entendimento de Correia e Correia, o ato jurídico perfeito não se constitui em valor absoluto. Visto que decorrente do princípio constitucional da segurança jurídica, deve ser cotejado com outros princípios constitucionais e relativizado, levando-se em conta que a Constituição elenca o direito social como um dos direitos fundamentais. Para os autores, deve ser assegurada a possibilidade de renúncia da aposentadoria, levando-se em conta que o segurado que continua a contribuir para a Previdência Social, após se aposentar, praticamente não recebe nada em troca do sistema previdenciário, em notória situação de desproteção social.³⁶

Outra argumentação dos opositores à desaposentação é que a aposentadoria é irrenunciável e irreversível. Citam como principal obstáculo o contido no Decreto 3.048/99, mais especificamente em seu artigo 181-B:

Parágrafo único. O segurado pode desistir do seu pedido de aposentadoria desde que manifeste esta intenção e requeira o arquivamento definitivo do pedido antes da ocorrência do primeiro de um dos seguintes atos: (Redação dada pelo Decreto nº 6.208, de 2007)

- I - recebimento do primeiro pagamento do benefício; ou (Incluído pelo Decreto nº 6.208, de 2007)
- II - saque do respectivo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou do Programa de Integração Social. (Incluído pelo Decreto nº 6.208, de 2007).³⁷

Dessa forma, ultrapassados os referidos prazos, a legislação previdenciária entende que a aposentadoria (seja ela por tempo de contribuição, idade ou especial) torna-se irreversível e irretroatável, dado seu caráter alimentar, só podendo ser extinta, em princípio, com a morte do beneficiário.

No entanto, de modo diverso entende Martinez, para quem “o ato jurídico perfeito é uma proteção do cidadão e não do órgão gestor. (...) Composto o patrimônio jurídico do indivíduo, uma segurança sua, o ato jurídico perfeito não pode ser arguido contra ele”, visto que no caso da desaposentação sua invocação serviria para impedir a concretização de um direito que visa melhorar sua condição.³⁸ Nesse sentido, Silva concorda

³⁶ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 321.

³⁷ BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048compilado.htm>. Acesso em: 17 mar. 2014.

³⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 6 ed. São Paulo: LTR, 2014, p. 169.

com Martinez quando afirma que o art. 181-B do Decreto nº 3.048/99 não se aplica à desaposentação, porque trata de renúncia ao pedido de aposentação, não ao benefício de aposentadoria.³⁹

Castro e Lazzari também entendem que a renúncia é “perfeitamente cabível, pois ninguém é obrigado a permanecer aposentado contra seu interesse”. No caso da desaposentação, a renúncia busca a obtenção de benefício mais vantajoso. “O beneficiário abre mão dos proventos que vinha recebendo, mas não do tempo de contribuição que teve averbado”.⁴⁰

Além disso, como bem lembrado por Alencar, por diversas vezes tanto o STJ quanto o STF se pronunciaram no sentido de ser o benefício um direito disponível, por conseguinte, abdicável, reversível e retratável por parte de seu titular.⁴¹

Conforme Ibrahim, “admitindo-se a renúncia à aposentadoria, surge a questão de eventual restituição dos valores recebidos pelo segurado, englobando todo o período em que permaneceu como beneficiário”. No entanto, deve-se atentar para o fato que existem duas espécies de desaposentação. Uma é a que se processa no mesmo regime previdenciário, que via de regra se dá no RGPS; a outra, é a desaposentação resultante de aproveitamento de tempo de contribuição em outro regime previdenciário, o que é comum ocorrer quando um segurado já aposentado pelo RGPS, através de concurso público passa a contribuir para o regime estatutário.⁴²

No entendimento de Ibrahim, a desaposentação em um mesmo regime previdenciário é simples recálculo do valor do benefício, sendo descabida a hipótese de restituir valores recebidos preteritamente. Resta avaliar a segunda modalidade de desaposentação. Mas, mesmo nesta hipótese, só faria algum sentido o desconto se o regime de origem adotasse o sistema de capitalização individual. Aqui, o desconto se mostraria

³⁹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Revista Síntese Trabalhista*, 2007. In: SILVA, Elisa Maria Corrêa. **Inconstitucionalidade da Desaposentação**. 1 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 86.

⁴⁰ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de e LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16 ed. São Paulo: Forense, 2014. p. 672.

⁴¹ ALENCAR, Hermes Arrais. **Benefícios Previdenciários**. 3 ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2007, p. 407.

⁴² IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação: O Caminho Para Uma Melhor Aposentadoria**. 5.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011, p. 60-65.

adequado, visto que o benefício é concedido a partir de acumulação de capitais em conta individual, variando o benefício auferido conforme o nível contributivo e o tempo de acumulação.⁴³

Correia e Correia esclarecem que “o ato de renúncia, como qualquer outro ato de natureza desconstitutiva, opera efeitos *ex nunc*, não sendo possível surtir efeito para o passado – inclusive quanto à necessidade de pagamento de valores já vertidos para o Regime Próprio”. Além disso, é praticamente impossível determinar o valor a ser restituído, pois efetivamente não se trata de simples devolução dos valores recebidos na vigência da aposentadoria de que o segurado deseja a renúncia. “A simples devolução de valores recebidos durante o lapso do gozo do benefício desconsidera a complexidade de um sistema regido pela solidariedade e implica enriquecimento ilícito do Estado”.⁴⁴

A visão de Silva também adota o posicionamento da maioria dos doutrinadores, se posicionando contra a devolução das parcelas recebidas, pois entende que a renúncia configurada pela desaposentação “abrange apenas o direito à percepção das parcelas pecuniárias”. Assim, se a concessão da aposentadoria foi legítima, “há causa para o recebimento das parcelas, que não devem ser devolvidas”.⁴⁵

De modo diverso posiciona-se Alencar, defendendo a restituição dos valores percebidos pelo ex-aposentado, devidamente corrigidas, desde o início da aposentadoria até a cessação pela via judicial, face ao risco de desequilíbrio atuarial do sistema. Além desse argumento, assevera que o RGPS, ao conceder Certidão de Tempo de Contribuição a segurado que irá se aposentar em regime próprio, na condição de estatutário, deve compensar financeiramente o tempo averbado em

favor do órgão que irá conceder a aposentadoria, em obediência aos termos da Lei 8.213/01 e Lei nº 9.796/99. Assim, na hipótese de concessão de nova aposentadoria, utilizando-se do instituto da desaposentação, esses valores não seriam restituídos ao INSS.⁴⁶

⁴³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação: O Caminho Para Uma Melhor Aposentadoria**. 5.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011, p. 64-65.

⁴⁴ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 326-328.

⁴⁵ SILVA, Elisa Maria Corrêa. **Inconstitucionalidade da Desaposentação**. 1 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 111.

⁴⁶ ALENCAR, Hermes Arrais. **Benefícios Previdenciários**. 3 ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2007, p. 407-408.

Ibrahim assevera que a hermenêutica previdenciária faz com que o atendimento à situação mais favorável ao beneficiário só seja possível se não implicar em contrariedade à lei ou despesa atuarial imprevista. Mas entende que a desaposentação não configura tais impedimentos, pois se o segurado continua contribuindo após a obtenção da aposentadoria, não haveria óbice atuarial à revisão, pois “as cotizações posteriores à aquisição do benefício são atuarialmente imprevistas, não sendo levadas em consideração para a fixação dos requisitos de elegibilidade do benefício”.⁴⁷

No sistema previdenciário de repartição simples não há relação entre a contribuição do segurado e o financiamento de seu próprio benefício. Não há uma meta a ser atingida pelo contribuinte, “que restaria exonerado da obrigação de contribuir após alcançá-la, ou mesmo poderia empregar as contribuições posteriores para incrementar o valor do próprio benefício”. Este raciocínio não é aplicável ao RGPS, onde as estimativas de receita são calculadas de acordo com estatísticas e conceitos atuariais, que levam em conta a população economicamente ativa como um todo.⁴⁸

No entendimento de Silva, as contribuições do segurado após ter se aposentado destinam-se ao custeio dos benefícios ativos e, portanto, não podem ser consideradas inesperadas e desnecessárias pelo simples argumento de que não reverteriam em seu próprio benefício. Admitir-se a lógica da desaposentação, seria permitir que o segurado que já frui de um benefício, possa reunir requisitos para um segundo benefício mais vantajoso, pondo em risco o caráter atuarial da previdência social pública.⁴⁹

5 A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Muitos casos de desaposentação já foram apreciados pelo Judiciário. No âmbito dos Tribunais Regionais Federais, há decisões denegatórias ao direito à desaposentação fundamentadas no contido no artigo 18, § 2º da Lei nº 8.213/91:

⁴⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 17.ed Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 714.

⁴⁸ SILVA, Elisa Maria Corrêa. **Inconstitucionalidade da Desaposentação**. 1 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 103-104.

⁴⁹ SILVA, Elisa Maria Corrêa. **Inconstitucionalidade da Desaposentação**. 1 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 104-105.

(...) **as prestações previdenciárias recolhidas após a sua concessão não dão direito a qualquer benefício, exceto ao salário família e à reabilitação profissional, em face do § 2º do art. 18 da Lei 8.213/91**, conforme já exposto e, dessa forma, não podem ser consideradas no recálculo da renda em manutenção.⁵⁰

Alinha-se com esse entendimento, a posição do Tribunal da 5ª Região, que alega que não havendo previsão legal, há impossibilidade no acolhimento da inovação trazida pelo instituto da desaposentação.⁵¹

No entanto, não há uniformidade de entendimento entre os Tribunais Federais, visto que é possível encontrar decisões que entendem cabível o direito à desaposentação do segurado que continua a contribuir para o RGPS:

o art. 18, § 2º, da Lei nº. 8.213/91 deve ser interpretado de forma sistemática com o art. 124, II, do mesmo diploma legal, que proíbe apenas a concessão de nova aposentadoria ao segurado já aposentado, quando permanece ou retorna à atividade profissional, mas desde que represente cumulação de benefícios, não impedindo a renúncia da aposentadoria e a concessão de novo benefício.⁵²

O Tribunal Regional da 4ª Região passou a suspender as decisões favoráveis obtidas pelos demandantes em primeira instância, aguardando a decisão do julgamento do Recurso Extraordinário nº 661.256/DF, em tramitação no Supremo Tribunal Federal:

⁵⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). **Apelação Cível nº 0015734-54.2014.4.03.9999**. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social. Apelado: Vicente Tadeu Borges. Relator: Des. Souza Ribeiro. São Paulo, 13 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25302021/apelacao-civel-ac-15734-sp-0015734-5420144039999-trf3>>. Acesso em 12 out. 2015.

⁵¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). **Apelação Cível nº 20118500004900**. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social. Apelado: José Gregório dos Santos. Relator: Des. Geraldo Apoliano. Recife, 14 de março de 2013. Disponível em: <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23373966/ac-apelacao-civel-ac-20118500004900-trf5>>. Acesso em 12 out. 2015.

⁵² BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). **Agravo Regimental nº 0022596-73.2011.4.01.3800**. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social. Apelado: João Teixeira. Relator: Des. Néviton Guedes. Brasília, 19 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23373966/ac-apelacao-civel-ac-20118500004900-trf5>>. Acesso em 12 out 2015.

(...) a Seção de Direito Previdenciário deste Regional tem determinado o sobrestamento dos feitos que versam sobre a desaposentação até o julgamento final da controvérsia pelo STF, com fundamento no art. 1º, § 1º, da Resolução nº 98, de 23-11-2010, desta Corte, que regula os procedimentos relativos à tramitação dos recursos cuja matéria foi submetida ao regime de repercussão geral(...) ⁵³

Por sua vez, o STJ tem demonstrado inequívoca posição favorável ao direito à desaposentação, manifestando-se quanto à matéria no tocante à possibilidade de renúncia, aproveitamento do tempo de serviço e devolução de valores:

1. A aposentadoria é direito patrimonial disponível, passível de renúncia, portanto. 2. A abdicação do benefício não atinge o tempo de contribuição. Estando cancelada a aposentadoria no regime geral, tem a pessoa o direito de ver computado, no serviço público, o respectivo tempo de contribuição na atividade privada. (...) 4. O ato de renunciar a aposentadoria tem efeito ex nunc e não gera o dever de devolver valores (...).⁵⁴

Interessante transcrever os termos do voto do relator Min. Nilton Naves:

A aposentadoria previdenciária, na qualidade de direito disponível, pode sujeitar-se à renúncia, o que possibilita a contagem do respectivo tempo de serviço para fins de aposentadoria estatutária. Note-se não haver justificativa plausível que demande devolverem-se os valores já percebidos àquele título e, também, não se tratar de cumulação de benefícios, pois uma se iniciará quando finda a outra.⁵⁵

⁵³ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Agravo de Instrumento nº 50294899120134040000**. Agravante: Maria Lúcia Ferreira. Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Des. Geraldo Apoliano. Porto Alegre, 19 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/135309053/agravo-de-instrumento-ag-50294899120134040000-5029489-9120134040000>>. Acesso em 12 out 2015

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 692.628/DF**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Ronaldo Gomes de Souza. Relator: Min. Nilton Naves. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1950463&num_registro=200401460733&data=20050905&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 12 out 2015.

⁵⁵ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 17.ed Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 20.

De igual forma decidiu o STJ, por meio da 5ª Turma, ao apreciar o Recurso Especial nº 663.336/MG, recurso este também interposto pelo INSS:

1. Tratando-se de direito disponível, cabível a renúncia à aposentadoria sob regime geral para ingresso em outro estatutário. 2. **“O ato de renunciar a aposentadoria tem efeito ex nunc e não gera o dever de devolver valores**, pois, enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos” (...).⁵⁶

Há, no entanto, entendimento diverso por alguns Tribunais, no tocante à restituição de valores, baseando-se no fato que o RGPS pauta-se pelo regime de repartição simples, o que causaria prejuízos a toda sociedade a não devolução das quantias percebidas na aposentadoria originária. Nesse sentido, se manifestou o julgado proferido pelo TRF4 nos autos da apelação cível nº 2000.71.00.001821-5:

(...) 5. **Para utilização em novo benefício, do tempo de serviço e respectivas contribuições levadas a efeito após a jubilação originária, impõe-se a devolução de todos os valores percebidos, pena de manifesto prejuízo ao sistema previdenciário e demais segurados, com rompimento do equilíbrio atuarial que deve existir entre o valor das contribuições pagas pelo segurado e o valor dos benefícios a que ele tem direito.** (...).⁵⁷

Conforme bem observam Dias e Macedo, uma vez superada a questão do reconhecimento do direito à desaposentação, a devolução dos valores recebidos na aposentadoria renunciada ainda é ponto controverso na jurisprudência:

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 663.336/MG**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Ana Maria Athayde Polke. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3553890&num_registro=200401158036&data=20080207&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 12 out. 2015.

⁵⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação/Reexame Necessário nº 0001821-33.2000.4.04.7100**. Apelantes: Instituto Nacional do Seguro Social e Ignez Pertile. Relator: Des. Néfi Cordeiro. Porto Alegre, 07 de agosto de 2003. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8663698/apelacao-civel-ac-1821-rs-20007100001821-5-trf4/inteiro-teor-102699842>>. Acesso em 12 out 2015.

A Turma Recursal de Santa Catarina resolveu a questão diferenciando renúncia de desaposentação: a renúncia seria o desfazimento do ato de concessão do benefício sem o intuito de aproveitar o respectivo tempo de contribuição; nesse caso, os efeitos seriam *ex nunc* (sem devolução); a desaposentação seria o desfazimento do ato de concessão do benefício com o escopo de aproveitamento do respectivo tempo de contribuição; nessa hipótese, os efeitos seriam *ex tunc* (com devolução).⁵⁸

Na matéria discutida no Recurso Extraordinário nº 661.256, o ministro Ayres Britto do STF reconheceu a existência de repercussão geral sobre a validade jurídica do instituto da desaposentação, questão constitucional suscitada no recurso. No referido recurso, discute-se a constitucionalidade da Lei nº 9.528/97, mais especificamente em seu artigo 18, §2º, que estabelece que o aposentado pelo RGPS que permaneça em atividade sujeita ao regime, ou a ele retornar, não fará jus a nenhuma prestação a ser paga pela Previdência Social, no exercício dessa atividade, salvo o pagamento de salário-família e o direito à reabilitação profissional.⁵⁹

Justificando seu voto, o ministro salientou que “as questões constitucionais discutidas no caso se encaixam positivamente no âmbito de incidência da repercussão geral”, pois além de relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassam os interesses subjetivos das pessoas envolvidas. Além disso citou que, segundo os dados apresentados pelo próprio INSS, através de sua procuradoria, existem no Brasil 500 mil aposentados que voltaram a trabalhar e contribuem para a Previdência.⁶⁰

Em outro Recurso Extraordinário (RE nº 381.367), tratando de matéria idêntica, o ministro Marco Aurélio, como relator, manifestou-se em julgamento ocorrido em 12/12/2011 pelo reconhecimento do direito à desaposentação, visto que no seu entender “da mesma forma que o

⁵⁸ DIAS, Eduardo Rocha e MACEDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**. 3 ed. São Paulo: Método, 2012, p. 281.

⁵⁹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de e LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16 ed. São Paulo: Forense, 2014. p. 675.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 661.256**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Valdemar Roncaglio. Relator: Min. Luis Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=195735>>. Acesso em 12 out 2015.

trabalhador aposentado que retorna à atividade tem o ônus de contribuir, a Previdência Social tem o dever de, em contrapartida, assegurar-lhe os benefícios próprios, levando em consideração as novas contribuições feitas”.⁶¹

Devido ao reconhecimento de repercussão geral, o resultado do julgamento do Recurso Extraordinário nº 661.256 vem sendo aguardado com grande expectativa. O ministro Luís Roberto Barroso votou pelo provimento parcial do recurso, considerando válido o instituto. Em seu entendimento, “inexistem fundamentos legais válidos que impeçam a renúncia a aposentadoria concedida pelo Regime Geral da Previdência Social para o fim de requerer um novo benefício, mais vantajoso(...)”. Além disso, o ministro argumenta que na ausência de previsão legal em relação ao tema, vedar a desaposentação equivaleria a exigir que o trabalhador continue a contribuir sem ter a perspectiva de benefício posterior, o que ele considera incompatível com a Constituição.⁶²

A última movimentação no julgamento do RE nº661.256, ocorreu em 29/10/2014, quando, após os votos dos Ministros Zavascki e Toffoli, que deram provimento integral ao Recurso impetrado pelo INSS, ou seja, contrários à desaposentação, a Ministra Rosa Weber pediu vista dos autos.⁶³

6 REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO À DESAPOSENTAÇÃO

Não é de todo equivocada o pensamento que considera que o instituto da desaposentação é apenas um mecanismo que surgiu para suprir a ausência de previsão legal que reconheça o direito à revisão dos benefícios. Para Ibrahim, “o ideal é que a lei previsse um novo tempo de

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 381.367**. Recorrente: Lucia Costella e outros. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=195735>>. Acesso em 12 out 2015.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 661.256**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Valdemar Roncaglio. Relator: Min. Luis Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=277137>>. Acesso em 12 out 2015.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 661.256**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Valdemar Roncaglio. Relator: Min. Luis Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4157562>>. Acesso em 12 out 2015.

contribuição razoável para a desaposentação (...). Melhor ainda seria a lei prever, automaticamente, o recálculo do benefício, por exemplo, a cada ano a mais de contribuição do segurado”.⁶⁴

No entanto, não faltam projetos de lei visando regulamentar a desaposentação. Tratando especificamente do direito daqueles regidos pelo RGPS, o mais conhecido é o Projeto de Lei nº 7.154/02, de autoria do Deputado Federal Inaldo Leitão, alterando o parágrafo único do artigo 94 da Lei nº 8.213/91. Com a alteração, o referido artigo passa a ter o seguinte texto:

As aposentadorias por tempo de contribuição e especial concedidas pela Previdência Social, na forma da lei, poderão, a qualquer tempo, ser renunciadas pelo beneficiário, ficando assegurada a contagem do tempo de contribuição que serviu de base para a concessão do benefício.⁶⁵

O projeto também prevê o acréscimo de um inciso ao artigo 96 da Lei nº 8.213/91, determinando que “não será contado por um regime previdenciário o tempo de contribuição utilizado para fins de aposentadoria concedida por outro, salvo na hipótese de renúncia ao benefício” e um parágrafo único ao referido artigo:

Na hipótese de renúncia à aposentadoria devida pelo Regime Geral de Previdência Social, somente será contado o tempo correspondente a sua percepção para fins de obtenção do benefício por outro regime previdenciário, mediante indenização da respectiva contribuição, com os acréscimos previstos no inciso IV do *caput* deste artigo.⁶⁶

O projeto de lei que já esteve mais próximo de ser implementado no tocante à regulamentação do direito à desaposentação foi apresentado e aprovado pelo Poder Legislativo em 2008. O projeto previa alteração no texto da Lei nº 8.213/91. No entanto, a iniciativa acabou sendo vetada,

⁶⁴ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 17.ed Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 715.

⁶⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 6 ed. São Paulo: LTR, 2014, p. 224.

⁶⁶ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 6 ed. São Paulo: LTR, 2014, p. 224.

na íntegra, pelo então Presidente da República, sob argumento de vício de iniciativa. Segundo Ibrahim, a motivação maior do veto, no entanto, provavelmente visava inibir o impacto que a aprovação do projeto representaria no tocante aos servidores públicos e ao aumento de despesa.⁶⁷

Outro projeto importante referente à matéria foi o Projeto de Lei nº 91/2010, apresentado no Senado por iniciativa do Senador Paulo Paim. O projeto propunha alterar o artigo 18 da Lei 8.213/91, incluindo um artigo 18-A, com o seguinte texto:

Art. 18-A. O segurado que tenha se aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social, por tempo de contribuição, especial e por idade, pode, a qualquer tempo, renunciar ao benefício da aposentadoria.

§ 1º Ao segurado que tenha renunciado ao benefício da aposentadoria fica assegurado o direito à concessão de nova aposentadoria, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, utilizando-se a contagem do tempo de contribuição que serviu de base para a concessão do benefício objeto da renúncia e a contagem do tempo de contribuição posterior à renúncia, bem como o direito ao cálculo de nova renda mensal do benefício, na forma do regulamento.

§ 2º A renúncia do segurado à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, não implica devolução dos valores percebidos enquanto esteve aposentado.⁶⁸

Até a presente data, o projeto ainda se encontra em tramitação, mas já recebeu aprovação da Comissão de Assuntos Sociais (CAS) do Senado Federal. Em relação à redação original, o projeto recebeu uma emenda do Senador Paulo Davim, que incluiu o parágrafo 2º, a fim de impedir a devolução dos valores recebidos no período em que o segurado da previdência recebeu a aposentadoria.⁶⁹

Embora os próprios doutrinadores da área previdenciária e defensores do instituto da desaposentação reconheçam a importância das iniciativas do Legislativo em expressamente regulamentar a matéria com a devida previsão legal, críticas não faltam aos projetos apresentados até então.

⁶⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação: O Caminho Para Uma Melhor Aposentadoria**. 5.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011, p. 91-92.

⁶⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 6 ed. São Paulo: LTR, 2014, p. 224.

⁶⁹ SENADO aprova projeto que permite renúncia à aposentadoria . **Congresso em Foco**, 10 de abril 2013. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/senado-aprova-projeto-que-permite-renuncia-a-aposentadoria/>>. Acesso em 01 jun. 2014.

Para Ibrahim, nenhum dos projetos conhecidos “alcança a desaposentação em toda sua amplitude, pois acabam por limitar o instituto a algumas hipóteses pontuais, quando a possibilidade de reversão deve ser a mais ampla possível”. Por outro lado, reconhece que a previsão legal expressa viabilizaria o que, no seu entender, é “um evidente direito dos beneficiários da Previdência Social brasileira”.⁷⁰

Martinez considera que os projetos de lei não especificam quais prestações podem ser objeto da renúncia ou em que situações ela não seria possível. Igualmente critica a falha dos projetos em não definir a diferença entre a simples cessação de benefício e a desaposentação propriamente dita, além de não considerarem os seus limites e o seu alcance. Outra observação é que as alterações na norma somente preveem a possibilidade de renúncia no caso de aposentadoria por tempo de contribuição e aposentadoria especial, excluindo a aposentadoria por idade. De mesmo modo, tais projetos se restringem a normatizar a possibilidade da desaposentação que produzirá efeitos somente dentro do RGPS, esquecendo-se dos trabalhadores vinculados aos Regimes Próprios.⁷¹

A mais recente proposta legislativa com a finalidade de regulamentar sobre desaposentação surgiu a partir da Medida Provisória nº 676/15, apresentada pelo governo à Câmara dos Deputados este ano – e já convertida na Lei nº 13.183/15. Em sua origem, a Medida pretendia apenas alterar as regras atuais de tempo e idade mínima como alternativas para a não incidência do fator previdenciário no cálculo da renda dos benefícios. No entanto, o deputado Rubens Bueno apresentou emenda, aprovada tanto pela Câmara quanto pelo Senado, segundo a qual o segurado aposentado pelo INSS poderá solicitar o recálculo da aposentadoria para inclusão das contribuições que continuou a fazer após aposentado, obedecido um prazo mínimo de 60 meses após o ato concessório do benefício. A emenda, no entanto, foi vetada pela Presidente da República.⁷²

Como se pode ver, não faltam projetos de lei visando regulamentar a desaposentação. A criação de norma regulamentando o instituto da desaposentação simplificaria o procedimento adotado hodiernamente, concedido somente através de tutela judicial, que consiste em renúncia

⁷⁰ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação: O Caminho Para Uma Melhor Aposentadoria**. 5.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011, p. 91.

⁷¹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 6 ed. São Paulo: LTR, 2014, p. 225-226.

⁷² CAMARA aprova MP que altera fórmula da aposentadoria . **Câmara Notícias**, 30 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/497288-CAMARA-APROVA-MP-QUE-ALTERA-FORMULA-DA-APOSENTADORIA.html>>. Acesso em 01 jun. 2014.

ao benefício já concedido com a finalidade de implementar novo benefício. Ao invés disso, os projetos de alteração da lei propõem uma revisão simples na aposentadoria, com novo cálculo do valor de renda mensal atual, sem efeitos pretéritos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há expressamente na legislação previdenciária atual referência à possibilidade de renúncia da aposentadoria já ativa a fim de requerer novo benefício com o cômputo do tempo e contribuições vertidas a partir do marco inicial do benefício, para o caso específico de segurados que continuaram em atividade. Em face de sua natureza contributiva solidária e com receio de desestabilizar o já fragilizado equilíbrio atuarial da previdência social, a administração pública é contrária ao reconhecimento da desaposentação.

Desde seus primórdios até a regulamentação constitucional ocorrida em 1988, a previdência brasileira, acompanhando uma tendência mundial, tem se ajustado através de reformas estruturais e legislativas a fim de permitir a continuidade da cobertura securitária, visando em última análise cumprir o princípio de cobertura universal garantido pela atual Constituição, por isso a resistência em reconhecer como direito o instituto da desaposentação.

Pelo ponto de vista do segurado da previdência, que seria beneficiado com o reconhecimento da desaposentação, há o desejo de ver incluídas num novo cálculo de renda mensal as contribuições que efetuou após sua primitiva aposentadoria, a qual não ensejou o término de sua vida laboral, nem tampouco os recolhimentos ao INSS.

Portanto, é inegável que se destaca como motivação principal em ver reconhecido o direito à desaposentação o viés econômico de melhoria dos rendimentos. A extinção do benefício representado pelo pecúlio, a implementação do fator previdenciário e as inevitáveis perdas do poder aquisitivo da aposentadoria que se fazem sentir quase imediatamente após a sua concessão, alimentaram a perspectiva de obtenção de nova aposentadoria mais vantajosa, seja no mesmo regime ou em regime diverso, por aqueles que continuam no mercado de trabalho mesmo depois de aposentados e, conseqüentemente, seguem contribuindo.

A criação de norma regulamentando o instituto da desaposentação supriria a ausência de previsão legal sobre desaposentação que, via de regra, é o principal argumento daqueles que se opõem ao direito da revisão da renda das aposentadorias daqueles que seguem trabalhando e, conseqüentemente, contribuindo.

A desaposentação é tema que ainda gera grande polêmica e divergência entre doutrinadores do ramo previdenciário, no próprio poder judiciário, e também entre legisladores e a administração pública. Essencialmente, há dois pontos que impedem a consagração do instituto da desaposentação. No âmbito judiciário, diz respeito à questionada constitucionalidade da matéria, que ainda aguarda julgamento pelo STF. No âmbito da administração federal, diz respeito ao impacto que sua implementação pode gerar na sustentabilidade das contas públicas. Ambos, no entanto, somente serão definitivamente resolvidos caso a desaposentação se concretize por via de decisão judicial superveniente ou através de lei que a regulamente.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. **Benefícios Previdenciários**. 3 ed., São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2007.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 17 mar 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 17 mar. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em: 21 mar. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994**. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8870.htm#art82. Acesso em: 01 jun. 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995**. Dispõe sobre o valor do salário mínimo, altera dispositivos das Leis nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 24/07/1991, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9032.htm. Acesso em: 21 mar. 2014.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº20, de 15 de dezembro de 1998**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm. Acesso em: 21 mar. 2014.

BRASIL. **Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048compilado.htm. Acesso em: 17 mar. 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999**. Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9876.htm. Acesso em: 21 mar. 2014.

BRASIL. Presidência da República. **Lei Complementar nº 142, de 08 de maio de 2013**. Regulamenta o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp142.htm> Acesso em: 05 set. 2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1348301/DF**. Recorrente: INSS. Recorrido: Obirajara Calasans. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Publ. 24/03/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=32863914&sReg=201202157634&sData=20140324&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em 01 jun. 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1334488/SC**. Recorrente: INSS e Waldir Ossemer. Recorrido: os mesmos. Rel Min. Herman Benjamin. Publ. 14/05/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=31848268&sReg=201201463871&sData=20131205&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em 27mar. 2014.

BRASIL. Presidência da República. **Medida Provisória nº 676, de 17 de junho de 2015**. Altera a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv676.htm>. Acesso em: 15 ago. 2015.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16 ed., São Paulo: Forense, 2014.

CHAMON, Omar. **Introdução ao Direito Previdenciário**. 1 ed., Barueri, SP: Manole, 2005.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Eduardo Rocha; MACEDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**. 3 ed., São Paulo: Método, 2012.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação: O Caminho Para Uma Melhor Aposentadoria**. 5.ed., Niterói, RJ: Impetus, 2011.

_____. **Curso de Direito Previdenciário**. 17 ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LIMA, Marcos Galdino de. **O instituto da desaposentação**. **Jus Navigandi**, Teresina, Dez 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12037>>. Acesso em: 21 mar. 2014.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. 4.ed., São Paulo, SP: LTR, 2011.

_____. **Desaposentação**. 6 ed., São Paulo: LTR, 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33 ed., São Paulo: Atlas, 2013.

SERAU JR, Marco Aurélio. **Desaposentação - Novas Perspectivas Teóricas e Práticas**. 3 ed, Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SILVA, Elisa Maria Corrêa. **Inconstitucionalidade da Desaposentação**. 1 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2014.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 6 ed, São Paulo: Atlas, 2013.

poder constituinte e os processos informais de mudança na interpretação da constituição federal de 1988: legitimidade e necessidade de limites hermenêuticos

Camila da Silva Fagundes

Acadêmica de Direito pela Universidade Feevale.

E-mail: camila.fagundes@hotmail.com.

Dailor dos Santos

Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).

Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Analista Judiciário Federal.

E-mail: dailor@feevale.br.

INTRODUÇÃO

Ao analisar a Constituição como a parcela do ordenamento jurídico que condiciona a validade e eficácia de todas as demais leis, mostra-se evidente a sua supremacia. Remanesce, porém, o questionamento: qual a origem desta força? O presente estudo tem por finalidade analisar justamente o poder do qual deriva essa eficácia, o nominado Poder Constituinte, bem como os desdobramentos deste instituto jurídico.

A compreensão desses conceitos mostra-se basilar para o entendimento da estruturação do Estado brasileiro, bem como sobre o modo como a soberania popular se manifesta, fornecendo legitimidade para a instituição de uma Constituição. Entretanto, a instituição de uma ordem constitucional, por si só, não é suficiente para assegurar a sua estabilidade, tendo em vista que, por mais bem escrita e analítica que uma Constituição possa ser, encontrará o limitador do tempo e do momento de sua instituição.

Nesse sentido, a própria Constituição traz mecanismos para a sua reforma textual, a fim de que o seu núcleo estruturante não venha a ser desvirtuado. Ocorre que se a Carta Magna dependesse unicamente dos procedimentos formais para a sua alteração, submeter-se-ia a um fluxo extenso de reformas, o que poderia, inclusive, causar um descrédito com relação ao seu texto. Outrossim, a própria Constituição contempla normas abertas, e que necessitam de complementação, situação que possibilita a teorização tanto das mutações constitucionais sem modificação de texto como da atuação do Poder Constituinte Difuso.

As mutações constitucionais, portanto, assumem especial importância, pois, diferentemente das alterações formais, não afetam o texto da Carta Magna e, ao mesmo tempo, mostram-se aptas a atualizar a Carta Política de forma a comportar a dinâmica social, garantindo, também, a sua estabilidade. Há que se atentar ao fato de que a interpretação pelo Supremo Tribunal Federal tem se revelado o principal meio em que as citadas mutações constitucionais tomam lugar. Dessa forma, também constitui objetivo deste estudo a análise dos limites interpretativos a que os julgadores estão expostos, pois assim como as alterações formais, os processos informais de mudança na Constituição também não podem ocorrer de forma totalmente desvinculada.

Os procedimentos técnicos utilizados para o desenvolvimento do presente estudo consistem na pesquisa bibliográfica, legal e jurisprudencial. A pesquisa bibliográfica será utilizada para explicar os conceitos existentes e circundantes ao tema, com o devido subsídio em teorias expressas em livros, teses, artigos científicos, entre outros – materiais que servirão como suporte técnico e referencial teórico.

Há que se chamar a atenção para o fato de o assunto ser de extrema complexidade, de forma que qualquer pretensão de esgotar os aspectos relevantes que o circundam seria despida de lógica. Nesse caso, o intuito será definir as balizas e os princípios que o intérprete deve respeitar, posto que existe toda uma historicidade e noção democrática pertencente à Constituição. Por certo, como o tema de pesquisa guarda conexão com o Estado Democrático de Direito (um paradigma que segue em construção), subsistirão problemáticas circundantes cujo objetivo se direciona muito mais à sua apresentação do que a uma resposta propriamente dita.

1 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO: MANIFESTAÇÃO DE SOBERANIA

A supremacia que é atribuída para a Constituição decorre da sua origem, por se tratar de um poder que constitui todos os demais, e que, por esta razão, é denominado Poder Constituinte. Esse poder é concebido como a expressão volitiva do Povo que se propõe a estabelecer os fundamentos de ordenação do próprio corpo social, e é o único apto a criar a ordem constitucional, que delimita os poderes, disciplina o Estado e estabelece o que lhe compete e o que lhe é vedado.¹

Embora não de forma uníssona, atualmente o conceito de Poder Constituinte é concebido, nos países de ordem democrática, como o poder popular de fixar os limites do Estado, elegendo seus caminhos. Essa conduta corresponde, na relação entre as populações, ao princípio da autodeterminação dos povos.² Na perspectiva da ciência jurídica, portanto, o Poder Constituinte é considerado o berço de criação da ordenação constitucional.³

¹ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2014, p.192.

² SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 26.

³ NEGRI, Antonio. **O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2002, p.7-8.

O Poder Constituinte é, desta forma, conceito chave de toda a Teoria do Estado, pois nele a titularidade do poder não é colocada em uma deidade ou pessoa física e, sim, é institucionalizada no Estado legitimamente pela vontade da Nação. O Direito Constitucional moderno se alicerça nestes preceitos de despersonalização e institucionalização do poder.⁴ Além disso, a teoria do Poder Constituinte cede dimensão jurídica às instituições racionais, separando o Poder Constituinte dos poderes constituídos, prendendo-se ao conceito formal de Constituição.⁵

Dada a complexidade da compreensão da noção de Poder Constituinte, conforme as considerações precedentes, costuma-se traçar a distinção entre um Poder Constituinte Formal e um Poder Constituinte Material. A Constituição em sentido material emerge com a formação de uma nova ideia de Direito, em que surgem novos princípios para a legitimidade, o que pode ocorrer, a título ilustrativo, com um corte revolucionário. A entidade que estabelece o cerne da constituição formal – movimento popular, potência política, monarquia ou outra organização – irá romper com a ordem anterior e assumir a responsabilidade histórica por seu ato. Esta entidade poderá ainda, convocar um órgão (como uma assembleia ou colégio, por exemplo) para a redação de uma Constituição, ou poderá, também, desde já, decretá-la; essa Constituição escrita será classificada como Constituição formal.⁶

Jorge Miranda complementa essa distinção, correlacionando o Poder Constituinte Formal e o Poder Constituinte Material, trazendo ambos como duas partes de uma mesma realidade. Dessa forma, em termos lógicos, os dois se sucedem e se complementam, pois o Poder Constituinte material irá anteceder o formal, porque a nova ideia de Direito precede a normatização do Direito, comandando o valor sobre a regra.⁷ A existência desses dois tempos no processo constituinte se deve a dois fatores: a ideia de Direito é anterior à normatização jurídica, e por ser um processo gradual, em que, primeiramente, se configura a apoteose de determinado regime ou ideia de Direito. Só então, ocorre a formalização desta

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p.150.

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.151.

⁶ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 212.

⁷ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 213.

concepção jurídica vitoriosa, através de sua colocação na Constituição formal, o que, a seu turno, estará apto a atribuir estabilidade aos princípios e traços fundantes da Constituição.⁸

Portanto, o Poder Constituinte Formal confere segurança e continuidade aos valores da Constituição, bem como atribui a eles supremacia hierárquica em relação às demais normas do sistema. Essa estabilidade decorre do fato de que a convicção do Direito exige a formalização da regra e que a Constituição formal coloque o Poder Constituinte a salvo dos vícios cotidianos das forças políticas e do Estado.⁹

Essa acepção de Poder Constituinte como uma força histórica é conhecida doutrinariamente como Poder Constituinte Originário, e historicamente falando, é um pressuposto para que se configure uma Constituição escrita.¹⁰

Como o Poder Constituinte é uma grandeza política real, trata-se de uma expressão do elemento volitivo da Nação, isto é, que deve referenciar seus princípios éticos, religiosos e culturais, sendo incompreensível que deles se distancie. Por isso, qualquer grupo que busque redigir uma Constituição, não pode hostilizar as ideologias dominantes. A legitimidade das regras reside no acolhimento popular e, agindo de forma contrária a isso, não haverá êxito no empreendimento revolucionário, e também não existirá configuração de Poder Constituinte Originário. Assim, o grupo que representar a Nação na redação da Constituição deve contar com a anuência do povo, sendo que, do contrário, o que existirá não passará de uma insurreição criminosa.^{11 12}

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Do Poder Constituinte e da Mudança Constitucional. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 90.

⁹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 214.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Do Poder Constituinte e da Mudança Constitucional. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 86.

¹¹ Quando alguém tenta romper com a ordem constitucional sem a aceitação da Nação, esta conduta é considerada criminosa, sendo cabível a aplicação de sanção penal, conforme o artigo 5º da Constituição Federal de 1988: “Constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito.” In: BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2014.

¹² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 105.

Dessa forma, a Carta Constituinte ganha eficácia naturalmente, pela inexistência de uma resistência capaz de afastar essas normas, tendo em vista que o Poder Constituinte Originário sempre é a exteriorização das resoluções da maior parte de uma Nação em um dado momento histórico. Tais decisões podem se manifestar por meio de uma revolução, de eleições (as quais, de maneira geral, irão escolher os sujeitos que irão compor a Assembleia Constituinte), ou até mesmo pela concordância de regras impostas pelo ocupante do poder.¹³ Assim, a redação de uma Constituição Formal não é o fator que inaugura uma nova era constitucional, mas, sim, aponta a ruptura com o regime até então vigente. Do mesmo modo, a entidade que determina o conteúdo elementar desta Carta Magna não é o órgão que a elabora ou decreta – monarca, colégio, assembleia – mas a força política ou social existente na Nação, da qual deriva sua coerência e legitimidade.¹⁴

Quanto mais uma Constituição atender à realidade fática e coadunar com os valores imperantes na Nação, maior será a sua aptidão de vincular, pois será a consolidação de uma situação de Direito Natural.¹⁵ Assim, o órgão que tem a incumbência de redigir a Constituição Formal não goza de uma liberdade plena, mas está sujeito ao limite que é imposto pela coerência com o valor que irá comandar a norma.¹⁶ Desta ideia decorre a expressão tradicional do constitucionalismo brasileiro: “todo poder emana do povo e em seu nome é exercido, ou todo poder emana do

¹³ CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. até a EC n. 64/2010. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48.

¹⁴ MIRANDA, Jorge. Poder Constituinte. **Doutrinas essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo, v. 1, mai. 2011. p. 435. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81816000001492f761b8e468ae7ee&docguid=l5a5fc1e0682111e181fe000085592b66&hitguid=l5a5fc1e0682111e181fe000085592b66&spos=6&epos=6&td=4000&context=3&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 20 out. 2014.

¹⁵ CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. até a EC n. 64/2010. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48.

¹⁶ MIRANDA, Jorge. Poder Constituinte. **Doutrinas essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo, v. 1, mai. 2011. p. 435. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81816000001492f761b8e468ae7ee&docguid=l5a5fc1e0682111e181fe000085592b66&hitguid=l5a5fc1e0682111e181fe000085592b66&spos=6&epos=6&td=4000&context=3&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 20 out. 2014.

povo que o exerce por meio de representantes eleitos”.¹⁷ É, portanto, latente o reconhecimento de que o poder pertence à Nação e, também, a especificação de que o regime adotado é a democracia representativa.¹⁸

Nesta compreensão, o Poder Constituinte é de titularidade do povo, atuando como a energia capaz de formular uma Constituição, como a expressão da soberania. Quando surge uma situação de ruptura com a ordem até então existente e a formação de uma nova ideia de Direito, o elemento volitivo da Nação “reivindica a retomada do seu direito fundamental primeiro, qual seja, o de manifestar-se sobre o modo de existência política da Nação pelo exercício do Poder Constituinte”.¹⁹ De acordo com as considerações precedentes e características do Poder Constituinte Originário, a teoria clássica deste instituto o concebe como autônomo, incondicionado e livre. Essa radicalidade atribuída ao instituto faz com que este seja observado como algo sem vínculos jurídicos, entendendo que este poderia partir “do nada político, jurídico e social”. Entretanto, grande parte da teoria atual rejeita esta posição e afirma a existência de limitações e condicionamentos ao Poder Constituinte.²⁰

A teoria clássica de Poder Constituinte foi teorizada e concebida para fazer contraponto ao absolutismo e ao direito divino, que lhe atribuem as mesmas características de ilimitabilidade. Atualmente, todavia, aceita-se o Estado como a busca pela limitação do poder albergada na racionalidade, entendendo que a este se aplicam limites transcendentais.²¹

Neste sentido, é que se fala na relevância da situação histórica anterior da comunidade política, do Direito internacional, dos princípios superiores de convivência humana como limitadores da Constituição, sendo que o Poder Constituinte não poderá ser tido como uma força

¹⁷ Esta ideia é a tradução do entendimento atual de Democracia Representativa e encontra previsão legal expressa no § único do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, que segue *in verbis*: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2014.

¹⁸ SILVA, José Afonso. **Poder constituinte e poder popular**: estudos sobre a constituição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 86.

¹⁹ SILVA, José Afonso. **Poder constituinte e poder popular**: estudos sobre a constituição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 68.

²⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 81.

²¹ SOARES, Rogério Ehrhardt, 1971, *apud* MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 234.

“descompromissada”.²² Acima da redação da Constituição formal, portanto, estão os princípios da Constituição material que se suportam na cultura e experiência histórica da comunidade para a qual a Carta Política se destina. Será o Poder constituinte limitado, nesta medida, pelas bases sociais, econômicas, culturais e ideológicas do grupo social.²³

Jorge Miranda realiza ainda a distinção de três categorias de limites materiais do Poder Constituinte, como limites “transcendentes, imanentes e heterônomos”. Os limites transcendentes seriam aqueles anteriores à vontade do criador da ordem constitucional, que “provêm de imperativos de Direito natural, de valores éticos superiores, de uma consciência jurídica coletiva”.²⁴ Entre estes imperativos encontram-se aqueles inerentes à dignidade da pessoa humana que, caso não respeitados, estariam aptos a corroer os preceitos éticos e bases de convivência da comunidade política. Por exemplo, seria ilegítima a criação de normas constitucionais que “consagrassem a escravatura, negassem a liberdade de crenças ou a liberdade pessoal, que criassem desigualdades em razão da raça [...] que restaurassem a pena de morte”.²⁵

Assume, portanto, especial relevância a vinculação do Poder Constituinte a ideias gerais de direitos humanos, bem como o respeito à “ética, a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a ideia geral de igualdade”. Destacando-se que esses preceitos têm, efetivamente, marcado presença nas cartas políticas modernas, caracterizando uma espécie de irretroatividade.²⁶ Já os limites imanentes decorrem da própria origem e finalidade do Poder Constituinte em um dado momento histórico, de forma que o Poder Constituinte formal não pode atuar contrariamente ao Poder Constituinte material que lhe originou.²⁷ Os limites heterônomos, por sua vez, são aqueles que provêm de regras de outros ordenamentos

²² TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41-42.

²³ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 234.

²⁴ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 235.

²⁵ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 235.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Do Poder Constituinte e da Mudança Constitucional. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 103.

²⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41-42.

jurídicos, ou seja, da conjugação de atos, princípios e regras que ultrapassam os limites de um Estado, regras de direito internacional, não podendo o sistema jurídico interno estar extremamente distante da comunidade internacional.²⁸

Nessa perspectiva, o Poder Constituinte, mesmo em sua acepção originária, deve ser analisado como não puramente ilimitado, mas como um poder condicionado a aspectos externos e limites internos. São essas limitações que podem ser tidas como uma “autoregulação” da função constituinte.²⁹

2 MUDANÇAS FORMAIS NA CONSTITUIÇÃO: PODER CONSTITUINTE DE REFORMA

Após promulgada a Constituição, sendo esta fruto de outorga ou formulação democrática, por certo que ela não pode ser tida como imutável. A Carta Magna, embora traga em si o significado da suprema manifestação volitiva do Poder Constituinte, está inserida em um jogo político, além de se tratar de uma normatização. Por se tratar de uma Lei, precisa realizar adaptação às mudanças que ocorrem no meio social.³⁰

Não é possível, dessa forma, imaginar uma Constituição – que é um ordenamento jurídico – fechada para qualquer oxigenação e mudança. Esta problemática está ligada ao tempo e ao Direito, pois uma Carta Política não adaptável significaria exigir muito do Poder Constituinte Originário que, para alterações pontuais e mudanças pequenas, teria que ser acionado de forma temerária através de um processo de rompimento constitucional.³¹

²⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 81.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Do Poder Constituinte e da Mudança Constitucional. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 101.

³⁰ SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 35.

³¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 110.

Como solução a essa situação, foi desenvolvida a lógica de que o mesmo Poder Constituinte que deu origem à Constituição trouxesse em sua redação, construções e previsões de atualização e reforma. Essas previsões trariam limites e condicionalidades para as alterações constitucionais, através de um procedimento previamente instituído.³²

Certo é, portanto, que o Poder de Reforma se encontra limitado e condicionado pelo Poder Constituinte Originário.³³ Em relação aos limites e condicionalidades estabelecidos ao Poder de Reforma, se apresentam quatro modalidades: temporais; circunstanciais; formais ou procedimentais e substantivas ou materiais.³⁴ Descabe, para os fins do presente estudo, desenvolver de forma individualizada quais são estes limites, competindo demonstrar que o Poder Constituinte de Reforma tem sua atuação exposta a limites claros, balizas que visam colocar a salvo a ordem democrática estabelecida pela Constituinte, principalmente por efervescências políticas momentâneas.

Se a imutabilidade da Carta Magna pode acarretar a sua ruptura, pelo inevitável distanciamento que se configura no transcorrer do tempo em relação à realidade social, também se mostra importante colocar a salvo certos conteúdos de casuísmos políticos:

Neste contexto, verifica-se que já estas sumárias considerações evidenciam o quanto o problema dos limites à reforma constitucional, mas especificamente a questão da existência, conteúdo e alcance (eficácia) dos assim designados limites materiais (cláusulas pétreas) guarda íntima conexão e implica uma forte tensão relativamente ao princípio democrático. [...] Os limites à reforma constitucional de modo especial, os de cunho material, traçam, neste sentido, a distinção entre o desenvolvimento constitucional e a ruptura da ordem constitucional por métodos ilegítimos, não tendo, porém, o condão de impedir (mas evitar) a frustração da vontade da Constituição, nem o de proibir o recurso à revolução, podendo, em todo caso, retirar-lhe (à revolução) a máscara da legalidade.³⁵

³² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 110.

³³ SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 35.

³⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 110-111.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Do Poder Constituinte e da Mudança Constitucional. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 121-122.

A Carta Magna perderia o espírito definido pelo Poder Constituinte se o seu núcleo não fosse protegido. Assim, além dos limites explícitos, existe a vedação de supressão em relação ao cerne definido pelo Poder Constituinte Originário.³⁶ Se a atividade de reforma na Carta Política fosse vista como algo autônomo, que não retira sua legitimidade do Poder Originário, acabaria por ocorrer rompimento com o “sistema de rigidez constitucional, autorizando não a reforma do texto constitucional, mas a construção de um novo texto substitutivo”. As cláusulas pétreas têm ligação direta com os “valores formadores e norteadores da identidade constitucional de uma sociedade”, de modo que, ao autorizar supressões destas, se configuraria risco de ruptura com toda a base axiológica da Constituição.³⁷

Para finalizar o presente tópico de análise do Poder Reformador, acentua-se que as mudanças constitucionais poderão ocorrer de duas formas, através de mutações formais ou informais. As alterações formais são aquelas que tomam lugar mediante a elaboração de emendas constitucionais e da revisão constitucional, ao passo que as informais operam a transformação no conteúdo constitucional por meios interpretativos, políticos ou jurisprudenciais.³⁸

3 MUDANÇAS INFORMAIS DA CONSTITUIÇÃO E LIMITES INTERPRETATIVOS: INTERPRETAÇÃO *VERSUS* ATIVISMO JUDICIAL

Conforme já referido, o Poder Constituinte Originário segue sempre presente com seu titular soberano, que é o povo. Este, a qualquer tempo, pode mudar toda a estrutura organizacional do Estado, ao decidir pela retomada deste poder e o estabelecimento de uma nova ordem

³⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 55.

³⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 116.

³⁸ SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 35.

constitucional. A instituição da nova Constituição resulta na ruptura e uma total desvinculação com a ordem anterior e “pressupõe a revolução, ao menos em sentido jurídico”.³⁹

Contudo, a presença do Poder Constituinte Originário com sua assunção revolucionária, não é algo frequente, nem o método mais desejável ou utilizado na hora de modificar as Constituições. Toda Constituição irá buscar atingir os valores e fundamentos propostos por esta nova ideia de direito instituída, tentando assegurar estabilidade política e social, bem como o desenvolvimento do Estado nos termos previstos; a Carta “procura a maior durabilidade possível, busca permanecer. Se uma Constituição não tem vocação para ser eterna, tem, por sem dúvida, vocação para ser durável”.⁴⁰

A disposição constitucional de durabilidade, entretanto, não pode afastar a possibilidade de modificação, pois dessa forma a Constituição iria atuar como uma mera “folha de papel”. A Constituição, como um sistema normativo que visa organizar um Estado, não pode negar a possibilidade de alteração adotando uma sistemática cerrada, mas, sim, deve ser tida como incompleta e aberta ao tempo.⁴¹

Se a Carta Política dependesse unicamente dos processos formais para sua alteração, como a revisão ou a emenda, isso demandaria um fluxo contínuo de modificações que acabariam por causar desvalorização de seu texto. Dessa concepção vem a importância de ser reconhecido

³⁹ FERRAZ, Anna Cândida Cunha. Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais. **Doutrinas essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo, v. 1, Mai, 2011, p. 765. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 5, out. 1993. p. 5. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014cd35f299391349966&docguid=I7291e470f25511dfab6f01000000000&hitguid=I7291e470f25511dfab6f01000000000&spos=2&epos=2&td=892&context=20&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 19 abr. 2015.

⁴⁰ FERRAZ, Anna Cândida Cunha. Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais. **Doutrinas essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo, v. 1, Mai, 2011. p. 765. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 5, out, 1993, p. 5. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014cd35f299391349966&docguid=I7291e470f25511dfab6f01000000000&hitguid=I7291e470f25511dfab6f01000000000&spos=2&epos=2&td=892&context=20&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 19 abr. 2015.

⁴¹ ZANDONADE, Adriana. Mutação Constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 35, abr. 2001. p. 195. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014cd9d015390f2fe33d&docguid=I43023630f25311dfab6f01000000000&hitguid=I43023630f25311dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=870&context=7&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 21 abr. 2015.

um caráter incompleto da Constituição, não apenas pelas matérias que necessitam de regulamentação através de normas infraconstitucionais, mas por questões que são, de forma proposital, deixadas em aberto ou, ainda, que não são passíveis de sofrer uma normatização exaustiva.⁴²

As Constituições são voltadas para o futuro, de forma que a sua modificação é um fenômeno imposto pela necessidade de adaptação às circunstâncias. Assim, a abertura existente na Constituição deve ser preservada, bem como devem ser teorizados mecanismos para que ela atue como uma forma de aproximação do texto com a realidade social. Essa designação, todavia, precisa ser exercida com respeito a determinados limites, para que não ocorra um retrocesso em relação a toda a historicidade que circunda a instituição de uma Constituição, e também para que alterações ilimitadas não sejam um modo de realização de interesses de minorias que buscam ou que detenham o poder. Portanto, é preciso encontrar equilíbrio entre a busca de estabilidade e preservação da Carta Política e a manutenção de uma abertura que aproxime o texto da realidade social.⁴³

A doutrina, nesse sentido, identifica a modificabilidade da Constituição através de dois meios: um processo formal e um processo informal. O processo formal abrange os institutos da revisão e da emenda, que tem seu procedimento totalmente regulado na própria Constituinte e é definido pela doutrina alemã pelo termo *Verfassungsänderung*; já o informal traz a possibilidade de uma alteração na interpretação, sem atingir o texto escrito, e é definido na doutrina alemã com o termo *Verfassungswandlung*.⁴⁴

⁴²ZANDONADE, Adriana. Mutação Constitucional. *Revista de Direito Constitucional Internacional*. São Paulo, v. 35, abr. 2001. p. 195. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014cd9d015390f2fe33d&docguid=I43023630f25311dfab6f01000000000&hitguid=I43023630f25311dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=870&context=7&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 21 abr. 2015.

⁴³ZANDONADE, Adriana. Mutação Constitucional. *Revista de Direito Constitucional Internacional*. São Paulo, v. 35, abr. 2001. p. 195. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014cd9d015390f2fe33d&docguid=I43023630f25311dfab6f01000000000&hitguid=I43023630f25311dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=870&context=7&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 21 abr. 2015.

⁴⁴ZANDONADE, Adriana. Mutação Constitucional. *Revista de Direito Constitucional Internacional*. São Paulo, v. 35, abr. 2001. p. 195. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014cd9d015390f2fe33d&docguid=I43023630f25311dfab6f01000000000&hitguid=I43023630f25311dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=870&context=7&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 21 abr. 2015.

Os processos formais de alteração na Carta Magna não esgotam a tensão existente entre a Constituição escrita e a sua aplicabilidade. Os processos de revisão e emenda não são suficientes para manter a estabilidade constitucional em face dos processos sociais. Não é possível, por certo, controlar os rumos vindouros de forma a prever, de forma escrita, todas as alterações necessárias a comportar a complexidade das relações jurídicas.⁴⁵

Neste sentido, cumpre analisar que as compreensões do que vem a ser correto, ético e justo variam com o tempo. Como exemplos dessa situação na experiência brasileira pode-se citar a ascensão do *habeas corpus*, que passou de um remédio constitucional direcionado para o direito penal para uma garantia fundamental de respeito à liberdade. Além disso, é possível apontar a proteção jurídica que era fornecida à concubina e como esta foi alterada, inclusive com a distinção existente entre companheirismo e concubinato. Com o passar do tempo e o rompimento de preconceitos, essas condições passaram também a conferir direitos de ordem previdenciária e patrimonial. Situação semelhante pode ser apontada em relação à igualdade dos filhos.⁴⁶

O estudo do poder constituinte de reforma instrui sobre o modo como o Texto Constitucional pode ser formalmente alterado. Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução da situação de fato sobre a qual incide norma, ou ainda, por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança na norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional. A Nova interpretação há, porém, de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário haverá apenas uma interpretação inconstitucional.⁴⁷

⁴⁵ FERRAZ, Anna Cândida Cunha. Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais. **Doutrinas essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo, v. 1, Mai, 2011. p. 765. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 5, out, 1993, p. 5. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sguid=i0ad818160000014cd35f299391349966&docguid=17291e470f25511dfab6f01000000000&hitguid=17291e470f25511dfab6f01000000000&spos=2&epos=2&td=892&context=20&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 19 abr. 2015.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais a construção do novo modelo**. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 136-137.

⁴⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 134.

Além da característica de não ofender o texto da norma, mas tão somente modificar, através da interpretação, o seu significado e alcance, a mutação constitucional não conta com previsão expressa no corpo da Carta Magna. A informalidade do processo decorre justamente dessa particularidade, pois a Emenda e a Revisão Constitucional têm todo o seu procedimento regulado na própria Constituição, ao passo que a alteração informal é imposta pelas modificações no pensar social, o que não se dá em função de uma regulamentação, mas acontece espontaneamente.⁴⁸

É claro que o espírito da Constituição não pode ser ferido por esta informalidade, a mutação informal não pode ser um caminho de deformação no conteúdo essencial da constituição. Quando as alterações buscarem violar o espírito principiológico da Constituição, elas deverão ser tidas como inconstitucionais, cabendo destacar que a ausência de regulamentação normativa não autoriza toda e qualquer mudança.⁴⁹

Quando se ultrapassam os limites permitidos para a atuação da mutação constitucional, estar-se-á também violando o Poder Constituinte e, por consequência, a soberania popular. Apesar de as normas se desvincularem de quem as criou, tendo uma existência objetiva, a qual está apta a permitir o contato com novos tempos e uma realidade diversa, isso não altera o fato de as adaptações não poderem desvirtuar o espírito da Carta Magna. Nesse sentido, a mutação constitucional deve estancar diante dos limites de sua atuação.⁵⁰

Os limites da interpretação estão inseridos na própria Constituição, não sendo considerada legítima uma interpretação que deturpe totalmente o sentido da norma. Qualquer violação neste sentido se reveste de flagrante irregularidade, pois estará alterando a vontade da Lei em seu cerne,

⁴⁸ ZANDONADE, Adriana. Mutação Constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 35, abr. 2001. p. 195. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r&srguid=i0ad818160000014cd9d015390f2fe33d&docguid=l43023630f25311dfab6f01000000000&hitguid=l43023630f25311dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=870&context=7&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 21 abr. 2015.

⁴⁹ ZANDONADE, Adriana. Mutação Constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 35, abr. 2001. p. 195. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r&srguid=i0ad818160000014cd9d015390f2fe33d&docguid=l43023630f25311dfab6f01000000000&hitguid=l43023630f25311dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=870&context=7&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 21 abr. 2015.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais a construção do novo modelo*. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 127.

que retira seu fundamento e legitimidade do Poder Constituinte Originário. Ao adotar esta postura perniciosa no exercício interpretativo, o intérprete estará tomando as vezes de legislador positivo.⁵¹

Konrad Hesse analisa os limites que devem ser respeitados pelo exercício hermenêutico em seara constitucional:

Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode — ou deve — provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (*Telos*) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito: Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente.⁵²

O estabelecimento de limites ao exercício interpretativo toma especial importância quando se compreende que, por mais relevante que pareça ser atender a um interesse momentâneo, ainda assim este não poderá compensar o “incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição”. Nesse sentido o autor identifica a chamada vontade de Constituição, em que a interpretação deve atuar como uma aliada da preservação da força normativa da Constituição e não como um instrumento que autorize a sua deturpação.⁵³

José Joaquim Gomes Canotilho reconhece a legitimidade das mutações constitucionais quando plasmadas no compromisso político instituído com a Ordem Constitucional. O autor utiliza a nomenclatura “transição constitucional” para designar a revisão informal do texto constitucional,

⁵¹ BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.161.

⁵² HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/bcentaurus/livros/h/hessenpdf.pdf>> *E-book*.

⁵³ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/bcentaurus/livros/h/hessenpdf.pdf>> *E-book*.

alertando para o fato de que não devem ser legitimadas mutações constitucionais incompatíveis com o programa normativo da constituição, ou seja, mudanças contrárias aos princípios e fundamentos estruturais “(políticos e jurídicos) da Constituição”. Entretanto, ele destaca que o reconhecimento destas mutações constitucionais silenciosas é um ato legítimo e necessário no exercício interpretativo constitucional.⁵⁴

Em síntese, não se deve analisar a atividade do intérprete como absoluta. Neste pensar, embora a mutação constitucional através da via interpretativa seja entendida como um processo informal de alteração no sentido das normas constitucionais, ela, ainda assim, terá a sua atuação limitada pela estrutura principiológica da Constituição, que é insuscetível de alteração sem rompimento com a Ordem constitucional.⁵⁵

Dentre as modalidades de exercício hermenêutico como meio de efetivação da mutação constitucional, destaca-se a interpretação constitucional judicial, pois o Poder Judiciário é considerado o aplicador da lei por excelência, bem como o Supremo Tribunal Federal é considerado a Corte Constitucional, cuja maior responsabilidade é a guarda da Constituição, cabendo a ele a última palavra no que se refere à interpretação da Carta Magna.⁵⁶

O Supremo Tribunal Federal exerce não apenas o controle concentrado de Constitucionalidade, em que fiscaliza a concordância material de leis e atos normativos com a Carta Magna, como também o controle incidental e difuso, a exemplo dos demais órgãos judiciais.⁵⁷ No cenário atual, devido a essa ampla atuação, diversas questões de grande relevância política, social e moral vêm sendo decididas pela Corte Constitucional. Essa ascensão da jurisdição acaba por causar uma grande revolução no modo de racionalizar e operar o direito, especialmente em países de tradição

⁵⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1229.

⁵⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 10 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 236.

⁵⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 328.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de Constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.127.

jurídica romano-germânica; tomam lugar numerosas situações em que a divisão entre a interpretação e a criação do direito não é clara, dando espaço para a teorização do chamado ativismo judicial.⁵⁸

Trata-se, portanto, da necessidade de um retorno à discussão acerca das bases democráticas do Direito, pois diante do crescimento do espaço de atuação da justiça constitucional, torna-se inexorável e inevitável a necessidade de colocar efetivas balizas na interpretação e aplicação do Direito pelos Juízes e Tribunais. Assim, a tarefa da teorização jurídica consiste em buscar as condições para que a Constituição tenha aplicabilidade prática, com a efetivação e a concretização de direitos e, na mesma medida, evitar uma total arbitrariedade interpretativa. Buscar alternativas para evitar decisionismos constitui uma árdua tarefa, mas o papel do Direito dentro de uma realidade democrática – em que o próprio Poder Constituinte, como já delineado, submete-se a robustos limites – não pode ficar totalmente submisso a um procedimento intelectual do julgador.⁵⁹

O grande desafio em relação a essa mudança paradigmática é encontrar equilíbrio, para que não sejam comprometidos os alicerces da democracia representativa. O dilema, portanto, será construir condições para que o Poder dos Magistrados não se torne superior ao próprio Direito, e tampouco, ao próprio Poder Constituinte. Com efeito, o Direito não pode ser reduzido ao que sobre ele dizem os Tribunais. O constitucionalismo não é incompatível com a democracia. Entretanto, se compete aos julgadores a última palavra em relação à aplicação da Lei – e a cada vez mais se sobressaem os contornos da atividade hermenêutica, em razão do conteúdo axiológico e modificador da realidade que atua sobre a Constituição –, torna-se necessário atribuir um novo papel para a teoria jurídica.⁶⁰

À hermenêutica constitucional compete analisar a Carta Magna como expressão de um Estado e sua Lei maior, de forma que, ao extrair conteúdo de qualquer texto normativo, este exercício deve ser feito à luz dos princípios constitucionais que compõem a ideia de democracia. O

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de Constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 366-367.

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 338-339.

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 339-340.

Estado Democrático de Direito segue em construção; logo, a interpretação jurídico-constitucional tem uma grande responsabilidade de contribuir positivamente neste intento.⁶¹

Konrad Hesse sintetiza como deve ser o exercício da interpretação em seara constitucional:

A tarefa da interpretação é encontrar o resultado constitucionalmente ‘exato’ em um procedimento racional e controlável, fundamentar esse resultado racional e controlavelmente e, deste modo, criar certeza jurídica e previsibilidade – não, por exemplo, somente decidir por causa da decisão.⁶²

As mutações constitucionais denotam uma atividade mais ativa do julgador. Entretanto, elas se justificam na medida em que a Carta Política de 1988 não é um texto neutro; ao revés, a Lei Maior instituiu um Estado Democrático de Direito e uma série de direitos fundamentais, o que cobra do julgador a perseguição dos fundamentos e objetivos da República.⁶³

Em conformidade com os termos já abordados, as mutações constitucionais são um processo informal de alteração da Constituição, que consiste na outorga de um novo significado ou alcance para a norma constitucional, em razão de metamorfoses que ocorrem no seio social. Entretanto, um dos princípios constitucionais é a segurança jurídica. Desse modo, os cidadãos que estão sob a égide da Constituição, e submetidos à Soberania do Estado, não podem se tornar reféns dos sentidos que serão atribuídos ao texto constitucional segundo o livre entendimento dos

⁶¹ GOMES, Sergio Alves Gomes. **Hermenêutica Constitucional**: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008, p. 296-297.

⁶² HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998, p. 55.

⁶³ BUCCI, Eduardo Sadalla. A jurisdição constitucional e a contextualização do texto da Constituição Federal de 1988: mutação constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 87, abr-jun. 2014. p. 213-238. **Doutrinas essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo, v. 10, ago. 2015. P. 255-270. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a000001506dabb24955fe21b1&docguid=lf7291a30418511e5b17b01000000000&hitguid=lf7291a30418511e5b17b01000000000&spos=6&epos=6&td=4000&context=7&startChunk=1&endChunk=1#DTR.2015.10998-n19>> Acesso em: 15 out. 2015.

juízes. As decisões judiciais não devem agir de forma a acarretar insegurança jurídica e uma sensação de instabilidade das estruturas sociais, de modo que os jurisdicionados se sintam desamparados e totalmente incertos em relação a seus destinos no âmbito político.⁶⁴

Não é o caso de se defender uma total vinculação do juiz ou que lhe é proibido interpretar a Constituição de forma progressiva. Entretanto, a interpretação, ainda mais em seara de mutação, deve partir de uma acepção de integridade e coerência das normas constitucionais.⁶⁵ Em geral, nesse sentido, o posicionamento adotado pela doutrina majoritária se manifesta de forma contrária à possibilidade de atividades interpretativas que violem a redação (texto) da própria Carta Política, sendo estas consideradas ativismo judicial. Assim sendo, existe diferença entre uma mutação constitucional realizada através da interpretação que desenvolve o Direito Constitucional e outra que atua de forma inconstitucional.⁶⁶

Lenio Luis Streck, com base nos estudos de Konrad Hesse, diferencia mutação constitucional de ativismo judicial, ao exemplificar o que seria o primeiro instituto:

Um exemplo claro dessa ideia se verifica na Constituição estadunidense. Ela prevê a cláusula de igual proteção, mas o modo como ela foi tratada em relação à discriminação racial foi diferente em dois âmbitos históricos: até a década de 1950, vigorou doutrina do

⁶⁴ BUCCI, Eduardo Sadalla. A jurisdição constitucional e a contextualização do texto da Constituição Federal de 1988: mutação constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 87, abr-jun. 2014. p. 213-238. **Doutrinas essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo, v 10. ago. 2015. P. 255-270. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6007a000001506dabb24955fe21b1&docguid=lf7291a30418511e5b17b01000000000&hitguid=lf7291a30418511e5b17b01000000000&spos=6&epos=6&td=4000&context=7&startChunk=1&endChunk=1#DTR.2015.10998-n19>> Acesso em: 15 out. 2015.

⁶⁵ ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 242, abr. 2015. p. 21-47. **Doutrinas essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo, v 7. ago. 2015. p. 1295-1321. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6007a00000150716c03aa2966902d&docguid=lef532e90418511e5b17b01000000000&hitguid=lef532e90418511e5b17b01000000000&spos=1&epos=1&td=559&context=33&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 15 out. 2015.

⁶⁶ RODOVALHO, Thiago. Ação declaratória de constitucionalidade, mutação constitucional e modulação dos efeitos. **Doutrinas essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo, v 10. ago. 2015. p. 989-1020. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6007a0000015070b286fec36c7ebd&docguid=l559e7ac047cf11e59b4701000000000&hitguid=l559e7ac047cf11e59b4701000000000&spos=9&epos=9&td=4000&context=3&startChunk=1&endChunk=1#DTR.2015.11548-n59>> Acesso em: 16 out. 2015.

separados, mas iguais, admitindo segregação escolar. Na década de 1960, a Corte Warren passou a entender a segregação escolar como inconstitucional – ou seja, num primeiro momento, a segregação racial era um fator aceitável de discriminação e, num segundo, era inconstitucional. Todavia, quando estamos diante de uma postura ativista, temos uma decisão que vai além do próprio texto da Constituição, acarretando o que Hesse chama de rompimento constitucional, quando o texto permanece igual, mas a prática é alterada pelas práticas das majorias. É o que ocorreu com a Constituição de Weimar e o nazismo.⁶⁷

Os limites interpretativos estão ligados, portanto, tanto ao ativismo como às mutações constitucionais. O magistrado ativista decide conforme o seu sentimento volitivo, de forma que as decisões irão depender de suas convicções. Ele excede os limites da interpretação e conduz os julgamentos conforme sustentações de cunho ideológico e subjetivo, e não premissas jurídicas.⁶⁸

Assim, os julgadores assumiriam uma posição de detentores do sentido daquilo que é justo que, por sua vez, seria definido de acordo com suas concepções do que é correto e o do que é errado. Entretanto, em uma sociedade que mostra muitas diferenças culturais ideológicas, como a brasileira, e que se define constitucionalmente como um Estado Democrático de Direito, mostra-se temerário acatar que alguém possa impor a todos os cidadãos o seu senso de justiça.⁶⁹

Conforme já citado, há diversos pontos de objeção à postura ativista. Primeiramente, há que se lembrar que a interpretação realizada sobre a Constituição não pode se transformar em uma usurpação da função legislativa. Além disso, os Magistrados não são agentes públicos que foram

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Leopoldo: Saraiva, 2014, p. 62-63.

⁶⁸ ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 242, abr. 2015. p. 21-47. **Doutrinas essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo, v 7. ago. 2015. p. 1295-1321. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=r1&sruid=i0ad6007a00000150716c03aa2966902d&docguid=lef532e90418511e5b17b010000000000&hitguid=lef532e90418511e5b17b010000000000&spos=1&epos=1&td=559&context=33&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 21 out. 2015.

⁶⁹ ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 242, abr. 2015. p. 21-47. **Doutrinas essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo, v 7. ago. 2015. p. 1295-1321. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=r1&sruid=i0ad6007a00000150716c03aa2966902d&docguid=lef532e90418511e5b17b010000000000&hitguid=lef532e90418511e5b17b010000000000&spos=1&epos=1&td=559&context=33&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 21 out. 2015.

investidos no cargo via eleição democrática, de forma que não são escolhidos e impulsionados para o cargo pela vontade popular. Nesse sentido, a atuação expansiva do Judiciário também recebe críticas acerca de sua legitimidade em termos democráticos.⁷⁰

Ao lado desses pontos de tensão existe o fato de que, na medida em que a jurisdição expandir-se, maior será o risco de que ela se transforme em uma instância hegemônica. Essa situação permite efeitos indesejáveis e imprevisíveis, pois quando um Magistrado realiza uma decisão sob o viés ativista geralmente está buscando realizar o seu próprio senso de justiça com relação ao caso em concreto, sem atentar sobre os efeitos que isso pode causar sobre determinado seguimento econômico ou a prestação de um serviço público. Surge, também, o perigo de que os processos passem a ser julgados puramente por razões de cunho político, fomentando Magistrados a tomar partido de visões contrapostas e abandonar as argumentações jurídicas e racionais que devem embasar as decisões.⁷¹

A situação toma contornos de especial relevância se levarmos em conta o fato de que as interpretações realizadas pelo Supremo Tribunal Federal não estão sujeitas a reforma. Com efeito, quem poderá alterar a compreensão adotada pelo Supremo? Quem poderá declarar inconstitucional o que faz a Corte Constitucional? Apesar das garantias de responsabilização dos Ministros, com pena de *impeachment* por violação à Constituição, como operacionalizar isso em termos práticos?⁷²

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de Constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 372-373.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de Constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 375-376.

⁷² BUCCI, Eduardo Sadalla. A jurisdição constitucional e a contextualização do texto da Constituição Federal de 1988: mutação constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 87, abr-jun. 2014. p. 213-238. **Doutrinas essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo, v. 10. ago. 2015. P. 255-270. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a000001506dabb24955fe21b1&docguid=lf7291a30418511e5b17b010000000000&hitguid=lf7291a30418511e5b17b010000000000&spos=6&epos=6&td=4000&context=7&startChunk=1&endChunk=1#DTR.2015.10998-n19>> Acesso em: 15 out. 2015.

A ausência de resposta a estes questionamentos deve, ao menos, direcionar a um olhar mais atento para a interpretação realizada pelos julgadores da Corte Constitucional, que têm o papel de zelar pela Constituição de 1988, pacto democrático – a que também se submetem os julgadores – designativo da organização e dos limites do Estado.

Nem mesmo o Poder Constituinte Derivado, ou o Poder Constituinte Decorrente podem atuar com uma margem de total liberdade, sem respeitar os limites constitucionais. Os citados limites existem para proteger a consolidação do próprio Estado, e decorrem de um amplo processo histórico. Dessa forma, a modificação informal da Constituição e o exercício hermenêutico também precisam atentar a essas condições, até mesmo porque elas sustentam o Estado Democrático de Direito: “A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz nas ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes”.⁷³

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao compreender o Poder Constituinte como expressão soberana da Nação em definir o seu destino e a única força apta a legitimamente criar a Ordem Constitucional, e, mais do que isso, que nem mesmo essa potência pode atuar de uma forma descompromissada e ilimitada, resta latente a importância da definição de limites para as mudanças na Constituição, tanto de ordem formal como informal.

A interpretação constitucional se mostra como um instrumento de mutação constitucional principalmente pela estrutura aberta e principiológica da Constituição, de forma que o sentido das normas pode ser atualizado ou alongado de acordo com a interpretação pela manifestação do Poder Constituinte Difuso.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de Constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 378.

Todavia, há que se atentar para o fato de que, apesar de tido como informal, o processo de alteração das normas constitucionais através da interpretação também está exposto a limites, pois, muitas vezes, atender a um interesse momentâneo não compensa o incalculável ganho resultante de um verdadeiro respeito à Constituição e da posição por ela ocupada como fundamento de organização de todo o Estado.

Assim, as mutações constitucionais devem ser um meio de atualização da Carta Magna e não uma autorização para a criação de uma nova Constituição através da interpretação. O único poder que legitimamente pode criar a ordem constitucional é o Poder Constituinte Originário. A interpretação não deve ser utilizada quando buscar alterar completamente o texto, ou quando representar violação ao cerne do conteúdo da Constituição Federal. Toda vez que a mutação atingir esses limites, deverá prevalecer a Constituição, em seu caráter representativo do efetivo Poder Constituinte, impondo-se, então, a sua mudança formal.

Diante disso, é necessário que o exercício hermenêutico – tanto quanto o próprio Poder Constituinte – conte com limites, pois embora exista a possibilidade de mutação constitucional, há outro aspecto a exigir atenção: quando a atividade jurisdicional transmuta-se em um ativismo. Quando o julgador toma uma postura ativista, ele não decide com base no direito posto, mas com base em seus valores e ideologias. A ausência de limites para o exercício hermenêutico legitima o Poder Judiciário a definir o que é correto e o que é justo, de acordo com as vivências e concepções dos próprios Julgadores. Todavia, em uma sociedade plural como a brasileira, que se proclama como um Estado Democrático de Direito, é no mínimo temerário que possam os Julgadores – fazendo mais do que o próprio Poder Constituinte poderia – impor o seu próprio senso de justiça, mormente quando se debruçam sobre normas de cunho constitucional. Os Magistrados, além disso, exercem seu cargo por investidura por meio de concurso público, de forma que não são eleitos pelas vias democráticas.

Toda a construção teórica traçada neste estudo demonstra a historicidade que circunda o surgimento da uma Constituição. A Constituição Federal de 1988 toma lugar para reinstaurar um Estado Democrático de Direito e realiza distinção entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim, a hermenêutica constitucional deve contribuir positivamente neste intento, e não deturpar o sentido da norma ou deixá-la de lado para perpetrar subjetivismos decisórios.

Não se objetivou, neste estudo, a oferta de respostas definitivas acerca dos desafios impostos pela interpretação constitucional; a pretensão, ao revés, foi pontual: apresentar a problemática e asseverar que a interpretação constitucional e as mudanças operadas na Constituição, sejam formais ou informais, devem ser legítimas, repousando a legitimidade esperada na própria Constituição. Apesar da extrema dificuldade em diferenciar a interpretação da criação de uma norma constitucional, é vital que a hermenêutica possa contribuir de forma positiva na construção do Estado Brasileiro, conforme idealizado pelo Constituinte de 1988 e desejado pela sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 242, abr. 2015. p. 21-47. **Doutrinas essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo, v 7. ago. 2015. p. 1295-1321. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000150716c03aa2966902d&docguid=lef532e90418511e5b17b010000000000&hitguid=lef532e90418511e5b17b010000000000&spos=1&epos=1&td=559&context=33&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 15 out. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais a construção do novo modelo**. São Paulo, Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de Constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2014.

BUCCI, Eduardo Sadalla. A jurisdição constitucional e a contextualização do texto da Constituição Federal de 1988: mutação constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 87, abr-jun. 2014. p. 213-238. **Doutrinas essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo, v 10. ago. 2015. P. 255-270. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a000001506_dabb24955fe21b1&docguid=lf7291a30418511e5b17b010000000000&hitguid=lf7291a30418511e5b17b010000000000&spos=6&epos=6&td=4000&context=7&startChunk=1&endChunk=1#DTR.2015.10998-n19> Acesso em: 15 out. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 10 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. até a EC n. 64/2010. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRAZ, Anna Cândida Cunha. Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais. **Doutrinas essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo, v. 1, Mai, 2011, p. 765. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 5, out. 1993. p. 5. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014cd35f299391349966&docguid=I7291e470f25511dfab6f010000000000&hitguid=I7291e470f25511dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=892&context=20&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 19 abr. 2015.

GOMES, Sergio Alves Gomes. **Hermenêutica Constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/bcentaurus/livros/h/hessenpdf.pdf>> *E-book*.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

HORTA, Raul Machado. Reflexões sobre a Constituinte. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo, v. 1, mai. 2011. p. 567. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&sguid=i0ad81816000001492f761b8e468ae7ee&docguid=I59f7d850682111e181fe000085592b66&hitguid=I59f7d850682111e181fe000085592b66&spos=2&epos=2&td=4000&context=3&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 20 out. 2014.

MIRANDA, Jorge. Poder Constituinte. **Doutrinas essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo, v. 1, mai. 2011. p. 435. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&sguid=i0ad81816000001492f761b8e468ae7ee&docguid=I5a5fc1e0682111e181fe000085592b66&hitguid=I5a5fc1e0682111e181fe000085592b66&spos=6&epos=6&td=4000&context=3&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 20 out. 2014.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NEGRI, Antonio. **O Poder Constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2002.

RODOVALHO, Thiago. Ação declaratória de constitucionalidade, mutação constitucional e modulação dos efeitos. **Doutrinas essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo, v. 10. ago. 2015. p. 989-1020. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&sguid=i0ad6007a0000015070b286fec36c7ebd&docguid=I559e7ac047cf11e59b47010000000000&hitguid=I559e7ac047cf11e59b4701000000000&spos=9&epos=9&td=4000&context=3&startChunk=1&endChunk=1#DTR.2015.11548-n59>> Acesso em: 16 out. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Do Poder Constituinte e da Mudança Constitucional. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso. **Poder constituinte e poder popular**: estudos sobre a constituição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SOARES, Rogério Ehrhardt, 1971, *apud* MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Leopoldo: Saraiva, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZANDONADE, Adriana. Mutação Constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 35, abr. 2001. p. 195. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014cd9d015390f2fe33d&docguid=l43023630f25311dfab6f010000000000&hitguid=l43023630f25311dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=870&context=7&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 21 abr. 2015.

VOLTAR

SUMÁRIO

2016/01

DIREITO 10:

NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO

ORGANIZADORES

Haide Maria Hupffer | André Rafael Weyermüller

ISBN

978-85-7717-197-2

UNIVERSIDADE
FEEVALE