

GRANDES TEMAS DA PÓS-GRADUAÇÃO

ORGANIZADOR:

HECTOR LUIS C. VIEIRA



Organização
Hector Luis C. Vieira

GRANDES TEMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO

1ª edição

Autores:

Aline de Carvalho Barros

Bernardo Barbosa Almeida

Francisco das Chagas Alves dos Santos Oliveira

José Ricardo Alves Ferreira da Silva

Julia Maurmann Ximenes

Luciana Chater

Neyanne Felipe Bezerra Araújo

IDP
Brasília
2015



Conselho Editorial:

Afonso Belice
Ana Carolina Figueiró Longo
Ghuido Café Mendes
Lara Corrêa Sabino Bresciani

Uma publicação Editora IDP

Revisão e Editoração: Ana Carolina Figueiró Longo



VIEIRA, Hector Luis C.

Grandes temas de pós-graduação/ Organizador Hector Luis C. Vieira. –
Brasília: IDP, 2015

Autores: Aline de Carvalho Barros, Bernardo Barbosa Almeida, Francisco das
Chagas Alves dos Santos Oliveira, José Ricardo Alves Ferreira da Silva, Julia
Maurmann Ximenes, Luciana Chater, Neyanne Felipe Bezerra Araújo

Disponível em www.portaldeperiodicos.idp.edu.br

184 p.

ISBN 978-85-65604-82-6

1. Direito Constitucional. Direito Público. .

CDD 341.2



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	7
O PROCESSO DE PRODUÇÃO CIENTÍFICO-JURÍDICA – O PROBLEMA É O PROBLEMA	8
Julia Maurmann Ximenes	8
RESPONSABILIDADE AFETIVA NA RELAÇÃO CONJUGAL: A TRAIÇÃO COMO VIOLAÇÃO DE CLÁUSULAS GERAIS NO CASAMENTO.	24
José Ricardo Alves Ferreira da Silva.....	24
UNIÃO POLIAFETIVA: A POSSIBILIDADE OU NÃO DE RECONHECIMENTO JURÍDICO COMO ENTIDADE FAMILIAR DENTRO DO CONTEXTO ATUAL EM QUE SE INSERE A FAMÍLIA BRASILEIRA	49
Luciana Chater.....	49
INCENTIVOS FISCAIS COMO INDUTOR DO DESENVOLVIMENTO REGIONAL – UMA PERSPECTIVA SOB O ENFOQUE DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO.....	81
Bernardo Barbosa Almeida.....	81
ANÁLISE SOBRE O CABIMENTO DO RECURSO EXCEPCIONAL ADESIVO CRUZADO NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	112
Neyanne Felipe Bezerra Araújo.....	112
A UTILIZAÇÃO DE MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E O DIREITO DO TRABALHO: ANÁLISE DA CONCILIAÇÃO EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO LABORAL E DA INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS	136
Aline de Carvalho Barros	136



A LEGITIMIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO	158
Francisco das Chagas Alves dos Santos Oliveira	158



APRESENTAÇÃO

Hector Luis C. Vieira¹

A pesquisa em Direito tem sido fomentada e alcançado patamares relevantes como nunca antes. É certo que o aumento dessa amplitude tem dado ao campo jurídico cada vez mais espaço para a produção de boas pesquisas e constituição de novos objetos.

Neste contexto, surgiu a ideia de trazer à comunidade acadêmica os melhores textos apresentados pelos discentes dos cursos de pós-graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP surgiu a partir da necessidade de incentivar excelentes pesquisas e propiciar caminhos de publicação dos esforços intelectuais que culminaram na obtenção do título de especialista dos discentes autores que se apresentarão a seguir.

A exceção do primeiro artigo de autoria da professora Julia Maurmann Ximenes, do programa de mestrado do IDP, os artigos selecionados para compor esta primeira edição do projeto “Grandes Temas de Pós-Graduação” foram indicados pelo corpo discente da Pós-graduação da instituição como sendo trabalhos de alta relevância acadêmica e de destaque substantivo pela composição metodológica e pelo aprofundamento na discussão das matérias a que se propõem.

O objetivo desta obra é compilar textos de diversas áreas do conhecimento jurídico. Nesta primeira edição, os textos contemplarão discussões que passam desde o Direito de Família até os métodos de resolução de conflitos no Direito do Trabalho entre outros.

Desejo a todos uma excelente leitura!

Hector Vieira

¹ Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito. Sociólogo e Advogado. Professor da especialização e graduação do IDP e membro do Centro de Pesquisa – CEPES.



O PROCESSO DE PRODUÇÃO CIENTÍFICO-JURÍDICA – O PROBLEMA É O PROBLEMA²

Julia Maurmann Ximenes³

RESUMO: O presente artigo analisa elementos para a definição do problema no processo de construção do conhecimento jurídico-científico. Inicialmente são abordadas questões relacionadas ao caráter científico da pesquisa jurídica, diferenciando ciência e senso comum. Em seguida defende-se o tripé: problema-hipótese e marco teórico como metodologia necessária para o resgate do caráter científico da pesquisa jurídica, incluindo a relevância da produção científica, e não apenas da reprodução dos dados disponíveis. Esta abordagem é destacada como uma iniciativa essencial ao pesquisador jurídico na construção do saber científico hoje. Por fim, várias dicas e exemplos são apontados para o aluno-pesquisador que está definindo seu problema de pesquisa, com vistas a evitar equívocos metodológicos que inviabilizam o verdadeiro caráter científico da pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: Ciência; Problema Científico; Pesquisa Jurídica.

ABSTRACT: The present article analyses elements for the definition of the problem on the process of building a scientific and juridical knowledge. The introduction approaches topics related to the scientific character of the juridical research, as difference between science and common sense. Next, it supports a tripod: problem-hypothesis-theory frame, as a necessary methodology to redeem the scientific character of the juridical research, embracing the relevance of the scientific production, and not only reproduction of the data already available. This approach is emphasized as an essential enterprise for the juridical researcher on building the scientific knowledge today. To finish, various tips and examples are given to the student-researcher that is

² Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

³ Advogada, Mestre em Direito, Doutora em Sociologia Política, professora da especialização e do Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP em Brasília.



defining its research problem, in order to avoid methodological mistakes that makes the true scientific character of a research impracticable.

KEY-WORDS: Science; Scientific Problem; Juridical Research

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O processo de elaboração do conhecimento científico advém da dúvida. É a inquietação sobre uma determinada questão da realidade que motiva o pesquisador na construção científica. Consoante Popper (1996): “nunca começamos por observações, mas sempre por problemas: por problemas práticos ou por uma teoria que deparou com dificuldades – quer dizer, uma teoria que criou, e frustrou, certas expectativas” (p. 124).

Desta feita, o conceito de “dúvida” é a motivação do presente trabalho. Isto porque nem sempre é fácil encontrar o problema a ser resolvido no trabalho científico e é muito comum entre os alunos pesquisadores do campo jurídico uma dificuldade em diferenciar tema de problema.

Nosso objetivo é contribuir para a definição do “problema”. Muitas vezes o aluno demonstra medo diante do marco teórico, mas com um problema bem definido, o marco teórico passa a ser o instrumento no processo de produção científica, que se resume a responder ao problema de forma sistematizada e fundamentada com este arcabouço teórico.

Na verdade, o objeto de pesquisa será melhor delimitado quando estiver adequadamente problematizado. O tema por si só é bastante genérico, e pode constituir apenas um aprofundamento de estudos. Ademais, quando bem formulado e delimitado, o problema contém o próprio marco teórico da pesquisa. (GUSTIN; DIAS, 2006)

Assim, iniciaremos traçando considerações sobre o próprio processo de construção de uma pesquisa científica, a saber: a relação ciência-senso comum e os principais elementos definidores do processo: tema-problema-hipótese-marco teórico. A metodologia proposta no presente trabalho vislumbra estes elementos como primordiais para a construção do processo científico que culminará na apresentação de um trabalho científico, não importando o grau, monografia, dissertação ou tese. Para nós, em todos os níveis será preciso um mínimo de disciplina na organização e definição destes



elementos, que constituem o ponto de partida para o processo de pesquisa e a redação propriamente ditos.

Em um segundo momento, adentraremos o objeto principal deste trabalho: a definição do problema, utilizando dicas e exemplos, para finalizar com as especificidades relacionadas à pesquisa científica no campo jurídico.

O pano de fundo do tema apresentado no presente trabalho é o pluralismo jurídico. Esta corrente, capitaneada por diversos autores contemporâneos⁴ sustenta a necessidade de rompimento com o paradigma do positivismo jurídico e uma maior visibilidade da complexidade da sociedade do século XXI. Esta complexidade é perceptível nas relações entre sociedade-Estado-Direito e consequentemente deve estar refletida nas pesquisas jurídicas.

Contudo, ainda existe um lastro positivista que influencia a pesquisa jurídica hoje. Com vistas à necessidade de ruptura com a tradição positivista na cultura jurídica brasileira, que também realçamos a importância da melhor definição do problema por parte dos alunos-pesquisadores do campo jurídico.

Com frequência o caráter científico da pesquisa jurídica é questionado, e isto decorre da própria dificuldade de problematizar adequadamente, não se satisfazendo com a simples reprodução do já existente, mas buscando soluções a problemas da realidade. Portanto, a nosso ver a definição mais precisa da problemática resultará em uma pesquisa jurídica científica de qualidade, nos termos que exporemos a seguir.

2 – A PRODUÇÃO DO CONHECIMENTO CIENTÍFICO

O processo de produção do conhecimento científico implica em várias idas e vindas entre o conhecimento sistemático e argumentativo representado pela ciência, e o senso comum. Senso comum é o conjunto de informações não sistematizadas, que fazem parte da história de vida de cada indivíduo, uma “carga genética” individual que inclui ideologias, crenças, valores, preconceitos⁵. Boaventura de Souza Santos (1989)

⁴ Ver no Brasil, por exemplo, WOLKMER, Antonio Carlos, **Introdução ao pensamento jurídico crítico**, São Paulo: Saraiva, 2001.

⁵ Preconceitos no sentido de Hans-Georg Gadamer (**Verdade e Método**, Petrópolis: Vozes, 1997): constitutivos do nosso ser e da nossa historicidade e, portanto, não podem ser negligenciados.



define o senso comum como prático e pragmático: “reproduz-se colado às trajetórias e às experiências de vida de um dado grupo social e nessa correspondência se afirma de confiança e dá segurança” (p. 40)

Normalmente, a ciência se constrói contra o senso comum ou a partir dele, modificando-o. O caráter científico deste senso comum modificado é alcançado a partir da construção de um quadro argumentativo, de um arcabouço teórico que sustenta as afirmações do autor do texto científico na busca a resposta de uma questão da realidade colocada como problema do trabalho científico. A construção deste arcabouço teórico representa a ruptura epistemológica, ou seja, a constituição de uma grade conceitual nova, de um sistema de conceitos e de relações entre conceitos⁶.

O senso comum é a base sobre a qual se constroem as teorias científicas. Estas teorias se distanciam tanto quanto possível das valorações e opiniões, gerando um conhecimento mais ou menos racional, entendendo racional como argumentativo e coerente. Este conhecimento, por sua vez, interage com o senso comum e modifica-o, sendo absorvido parcial e totalmente, dependendo do seu grau de esoterismo. Assim, o senso comum vai progressivamente se modificando ao longo das gerações, incorporando novas informações e eliminando aquelas que se tornam imprestáveis para as explicações. (MATTALO JR, 1994, p. 18)

Portanto, a ruptura epistemológica implica na definição do próprio marco teórico: os conceitos utilizados para a solução do problema científico levantado. Assim, o marco teórico pressupõe a própria definição do problema de forma clara e concisa, que retomaremos em seguida.

Uma segunda questão importante nesta etapa inicial de definição do processo de construção do conhecimento científico é a questão do distanciamento do objeto sob análise. De forma alguma queremos defender aqui a neutralidade absoluta do cientista, paradigma já superado no âmbito da epistemologia da ciência. A atividade científica é uma atividade humana e social como qualquer outra e, portanto, impregnada também de

⁶ Boaventura de Souza Santos (1989) critica a ruptura epistemológica bachelardiana (v. BACHERLARD, Gastón. **O novo espírito científico**. Lisboa: Edições 70, 1986) apontada aqui, questionando o paradigma que se constitui contra o senso comum. Para o autor é preciso um reencontro da ciência com o senso comum. Não adentraremos este debate aqui, mas também não negamos a influência que o senso comum tem sob o indivíduo, inclusive o cientista-pesquisador.



ideologias, juízos de valor, argumentos de autoridade, de dogmatismos ingênuos, etc.. (JAPIASSU, 1975). “O pesquisador preocupado com o estatuto científico de sua produção deve produzir rupturas com os saberes que representam poder e dominação, quando detectadas contradições entre a realidade social e o conteúdo das normas” (MOLL, 2007, p. 148).

Contudo, é preciso ter em mente uma “vigilância epistemológica”, estar ciente do caráter científico da pesquisa que se está elaborando e o que isto demanda. E quais são estas demandas? Em que sentido o aluno-pesquisador deverá estar “vigilante”? Apontamos abaixo alguns critérios reconhecidos como científicos por Pedro Demo (1995) no âmbito das ciências sociais e que utilizamos como parâmetro para apontar as dificuldades de aplicação destes critérios no campo da pesquisa jurídica, utilizando autores que têm se preocupado com o caráter científico dos trabalhos jurídicos, como João Maurício Adeodato (1999), Luciano Oliveira (2003), e Marcos Nobre (2003).

Quadro 1 – Critérios internos de cientificidade

CRITÉRIOS INTERNOS	SIGNIFICADO	PESQUISA JURÍDICA
COERÊNCIA	Propriedade lógica: a falta de contradição; argumentação bem estruturada; corpo sistemático e bem deduzido de enunciados; desdobramento do tema de modo progressivo e disciplinado, com começo, meio e fim; dedução lógica de conclusões.	Recorrente utilização da história de forma desconectada com o tema jurídico do trabalho científico. ⁷ Implica na integração entre os conceitos utilizados na argumentação, todos com “conexão de sentido” entre si e com o tema-problema.
CONSISTÊNCIA	Capacidade de resistir a argumentações contrárias; incluindo a atualidade da argumentação.	Conhecido como “reverencialismo”, que retoma o argumento de autoridade, ou seja, o pesquisador escreve o trabalho científico tratando sua hipótese como estivesse defendendo uma causa.
ORIGINALIDADE	Produção não tautológica,	Conhecido como “manualismo”,

⁷ Também comum na pesquisa jurídica e que pode ser incluído neste item é a referência ao Direito Comparado, muitas vezes desnecessariamente por dois motivos: primeiro pela ausência de relevância com a hipótese apresentada, segundo, pela insuficiência de investigação no Direito Comparado, ou seja, uma análise superficial de como o tema é abordado pela legislação em outros países, sem nenhuma adequação às peculiaridades brasileiras.



	inventiva, baseada na pesquisa criativa e não apenas repetitiva.	ou seja, tendência na pesquisa jurídica de repetir o que já existe sobre o tema, sem uma “produção” propriamente dita, que implica em “criar”. Ademais, os trabalhos tendem apenas ao “aprofundamento” do tema, sem problematização do mesmo.
OBJETIVAÇÃO	A tentativa, nunca completa de descobrir a realidade social assim como ela é, mais do que como gostaríamos que fosse. É preciso ter consciência das ideologias, mas é preciso controlá-la pois a meta da ciência é conhecer a realidade e não a sua deturpação.	Trata-se do dever-ser no campo jurídico, ou seja, a tendência ao “profetismo” e a defesa de opiniões, de escolha de argumentos necessários para defender um cliente, como se faz em um parecer. ⁸

Percebe-se dos critérios acima os desafios da pesquisa jurídica brasileira, ainda impregnada do lastro positivista, que tende ao argumento de autoridade, de cunho dogmático-formal. Neste sentido, inclusive, que muito se questiona sobre o próprio caráter científico do Direito. Neste específico tema podemos incluir a própria importância da definição da problemática, objeto do presente trabalho.

Isto porque sem adentrarmos o debate sobre a cientificidade do Direito propriamente dita, podemos apontar a possibilidade de construir um conhecimento jurídico de caráter científico, a partir da problematização. A dogmática “pura”, ou seja, a norma vigente e válida, não é suscetível de problematização, mas o Direito não se resume a ela. Na compreensão ora proposta, não há como excluir o Direito do âmbito do conhecimento científico: conhecer uma determinada questão da realidade a partir de conceitos sistematizados, utilizando uma argumentação sólida e bem articulada.

Uma distinção que permite também resgatar a compreensão do caráter científico da pesquisa jurídica ora proposta é distinguir entre pesquisa instrumental e pesquisa científica (MOLL, 2007). Assim, a pesquisa instrumental busca por respostas já dadas

⁸ NOBRE (2005) busca traçar a diferença entre parecer a trabalho científico justamente quanto a este tema: no trabalho científico não é possível “escolher” os argumentos constantes na doutrina e na jurisprudência por mera convicção, com vistas a tese a ser defendida, ou seja, já se sabe a resposta.



pela legislação, doutrina e jurisprudência, como na defesa de uma “causa”. A pesquisa científica implica na construção do pesquisador, implicando na própria construção social da ciência, “uma vez que visa a emergência do fato, buscando-o através das fontes históricas, sociológicas e econômicas, com o fito de entender as condições de possibilidade do fato jurídico que desse contexto emergiu” (p. 142)

Trata-se de evitar a postura do advogado que defende uma causa, que já sabe a solução da questão, utilizando, por exemplo, a jurisprudência não como objeto de análise e reflexão, mas a título de ilustração. (NOBRE, 2005).

Portanto, o cerne da pesquisa jurídica no Brasil hoje reside na preocupação metodológica com o seu caráter científico, evitando reproduções de manuais e meros aprofundamentos do material já existente, buscando sim problematizar os temas e conseqüentemente produzir conhecimento e não apenas reproduzi-lo, extrapolando o já existente nos manuais.

3 – O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DO CONHECIMENTO CIENTÍFICO –DEFININDO O PROBLEMA

Após estas definições preliminares, com o intuito de salientar a importância do caráter científico na pesquisa jurídica atual no Brasil, passaremos ao processo de construção do conhecimento científico. Normalmente, este processo faz parte de um projeto de pesquisa. Não adentraremos os elementos de um projeto, nosso objetivo é traçar a própria construção racional e mental do conhecimento científico.

Trata-se de uma proposta metodológica: visualizar o processo racional-mental de definição dos elementos de um projeto de pesquisa, seja ele para uma monografia, uma dissertação ou uma tese, antes mesmo de redigir o projeto.

Sem a pretensão de esgotar o tema, nossa idéia é trazer a lume as principais dificuldades encontradas pelo aluno-pesquisador em uma fase interna complexa, onde inúmeras idéias afloram, mas nem todas poderão ser utilizadas.



Portando, iremos encarar o processo de construção do conhecimento científico a partir do seguinte tripé: problema-hipótese-marco teórico⁹. Partimos do pressuposto de que o aluno-pesquisador já encontrou seu tema e o delimitou da melhor forma possível. Agora resta “construir” o caráter científico do tema: a definição de uma pergunta que inclua conceitos relacionados entre si e que, após a pesquisa propriamente dita, possa comprovar ou não a hipótese levantada.

A práxis do pesquisador é o momento epistemológico que determina a delimitação do objeto, bem como o modo de interrogá-lo, uma vez que não há separação entre teoria e prática, e refletir teoricamente sem uma prática é idealismo. Posicionar-se praticamente reflete uma teoria como substrato. Não há como pensar teoria e prática em momentos distintos. O dito popular “na prática a teoria é outra” é verdadeiro quando significa que quem analisa a prática equivoca-se quanto à teoria que a está sustentando. Sempre que se atua sobre a realidade parte-se das idéias, preconcebidas, e estas são em síntese uma ou um conjunto de teorias que se tornaram senso comum par ao pesquisador ou que foram escolhidas como referencial teórico, após a realização de uma revisão bibliográfica sobre o tema escolhido e sobre o objeto recortado. (MOLL, 2007, p. 152)

O sub-título do texto ora apresentado – o problema é o problema - advém de uma constatação empírica da autora: a dificuldade dos alunos na definição do problema. Muito frequentemente os alunos se preocupam com a definição do tema e excluem das suas angústias a definição do problema, incorrendo em um grave erro metodológico que acarretará problemas no decorrer da pesquisa.

Quando o aluno, após a escolha e delimitação do tema se depara com a necessidade de definição de um problema ele não consegue encontrar uma pergunta que norteie sua pesquisa, e às vezes se satisfaz com a reprodução simples do conhecimento já existente, as noções de “manualismo” e “aprofundamento” retratadas anteriormente.

⁹ Marco teórico é a grade conceitual utilizada pelo autor do trabalho científico para argumentar a relação entre problema e hipótese. Adeodato (1999) levanta a possibilidade de delimitar o tema a partir de um autor, o que é possível em temas com literatura mais robusta e tradicional. Contudo, na pesquisa jurídica às vezes é difícil encontrar “grandes autores” que representem significativamente o tema escolhido – aqui o marco teórico se resumirá aos conceitos principais utilizados, cuja relação deverá já estar clara na definição do problema.



A pesquisa não pode ser um amontoado de dados sobre um determinado tema, e o problema que guiará o aluno pesquisador não poderá ser resolvido com a simples leitura do acervo bibliográfico, mas sim a integração entre as categorias de análise ou referenciais teóricos que compõem o marco teórico, além de dados empíricos, quando for o caso.

Portanto, o desafio é encontrar a inquietação, a própria dúvida que motivou o aluno-pesquisador na escolha do tema. A definição do problema sofrerá a influência de nossas experiências, o senso comum, que será modificado a partir do conjunto de conhecimentos (conceitos e teorias, o marco teórico) utilizados como quadro de referência, uma grade de leitura pela qual o pesquisador percebe o real.

Assim, o problema deve ser levantado e formulado de forma interrogativa e delimitado com indicações dos referenciais teóricos que sustentam as relações entre os diversos estudos que serão abordados. Trata-se de “um processo contínuo de pensar reflexivo, cuja formulação requer conhecimentos prévios do assunto ao lado de uma imaginação criadora” (LAKATOS; MARCONI, 1990, p. 24).

Este processo de construção, portanto, permitirá a própria delimitação do marco teórico. Outro importante elemento deste processo: a definição da hipótese.

Portanto, a hipótese, diferentemente do que o senso comum costuma imaginar, não é uma pergunta. Ao revés, é uma solução prévia dada pelo pesquisador. O fato pode parecer estranho aos que não são familiarizados com a atividade de pesquisa. Para quem se põe um problema se já possui a sua resposta? Os que pensam assim, desconhecem a provisoriabilidade da hipótese. A prática científica busca acabar, pelo menos por determinado período de tempo, até que outras investigações demonstrem o contrário, com a precariedade da resposta adotada. Isso porque a hipótese outra coisa não é senão a solução prévia ao problema, passível de ser confirmada ou não. Portanto, a atividade de pesquisa é a busca da confirmação ou rejeição da hipótese elaborada. (FRATTARI, 2008)

E como é feito este processo? Não existe um manual sobre a elaboração do problema, mas tentaremos expor algumas posições que permitirão ajudar o aluno-pesquisador neste processo, tendo como principal parâmetro a pesquisa jurídica.

QUADRO 2 – A formulação do problema



TAREFA	ERRO COMUM NA PESQUISA JURÍDICA
1 elabore uma pergunta ao tema que inclua o próprio objetivo almejado para o trabalho científico, conectando-o à esfera empírica (viabilidade)	Perguntas excessivamente amplas, que traduzem um alto teor valorativo: o que pensa o Supremo sobre a eficácia da ação direta de inconstitucionalidade por omissão?
2 utilize expressões “em que medida” e “como” para se comprometer com a análise do tema como um “processo”, sem respostas do tipo sim-não	Perguntas do tipo: Qual a eficácia do pronunciamento da corte constitucional que afirma a inconstitucionalidade por omissão do legislador?
3 inserir no mínimo duas categorias de análise/conceitos relacionando-os	Perguntas que não esclarecem os referenciais teóricos utilizados.
4 verificar a viabilidade da resposta (hipótese): disponibilidade temporal – disponibilidade material – caráter científico	Perguntas que não correspondem a uma construção, mas sim a reprodução do já existente: qual é a corrente utilizada pelo Supremo na análise da omissão inconstitucional?

Assim, as tarefas 1 e 4 estão interligadas – é preciso encontrar um problema de pesquisa que se possa “resolver” com conhecimentos e dados já disponíveis ou com aqueles factíveis de serem produzidos. Já há consenso na epistemologia da necessidade de renúncia à completude na ciência, ou seja, de limitação do próprio conhecimento científico.¹⁰ Assim, deve-se evitar a idéia já apontada de “profetismo”, bem como as tentativas de “solucionar” questões demasiadamente valorativas.

E aqui encontramos o problema: o problema. O problema científico não visa solucionar um problema da realidade de forma genérica e abstrata. “O sistema penitenciário brasileiro está recuperando os sentenciados que nele permanecem? (GUSTIN;DIAS, 2006, p. 63). Trata-se de um problema extremamente amplo e que carrega consigo uma carga valorativa que não permite um arcabouço teórico consiste para respondê-la. E na esfera empírica ele também é inviável, pois existem inúmeras

¹⁰ Por algum tempo se acreditava na busca pela verdade absoluta na ciência. “Construir ciências sociais não é pretender produtos acabados, verdades definitivas, mas cultivar um processo de criatividade marcado pelo diálogo consciente com a realidade social que a quer compreender, também para a transformar.” (DEMO, 1995, p. 14)



variáveis envolvidas que não poderão ser submetidas a teste e comprovação. Um problema é científico quando envolve variáveis que podem ser testadas.¹¹

Nos exemplos utilizados no Quadro 2, sobre a omissão inconstitucional percebe-se a dificuldade de “criar” nas hipóteses que poderiam ser apresentadas. Como o problema não foi bem elaborado, o trabalho se restringiria a reprodução das teorias existentes para a intervenção do Supremo na esfera da omissão inconstitucional, e não na construção de uma análise fundamentada em conceitos pré-estabelecidos.

Portanto, ao selecionar o problema predeterminando as categorias de análise utilizadas, os conceitos e a relação entre eles, o aluno-pesquisador já está definindo o seu marco teórico. Trata-se da terceira tarefa apontada anteriormente. Quando o problema não expressa estas categorias, será difícil visualizar a própria hipótese – a partir do que posso defender uma resposta a um problema científico sem referenciais teóricos?

No exemplo apontado, existem três possíveis respostas ao problema, sendo impossível, sob o aspecto científico determinar qual é a “verdadeira”, pois sempre existirão variáveis que poderão conduzir a outra teoria... em um círculo vicioso interminável. Trata-se da tendência na pesquisa jurídica de formular problemas que na verdade implicam apenas na reprodução das teorias já existentes: assim, se argumentaria a favor de uma ou de outra teoria, reproduzindo o que já existe sobre o tema, sem problematizá-lo.

Portanto, para encerrar o círculo vicioso mencionado, basta definir exatamente sob qual ótica se analisará a omissão inconstitucional. O problema passará a ser, então: Como caracterizar uma omissão inconstitucional sem incorrer na separação dos poderes? Uma ressalva importante para este específico tema e problema – como já foi alvo de inúmeros estudos, o importante é o aluno-pesquisador ter em mente a necessidade de encontrar uma resposta no processo de pesquisa. Uma boa dica seria utilizar a jurisprudência como parâmetro para definição da omissão inconstitucional,

¹¹ Cumpre salientar que para o presente texto, categorias teóricas, referenciais teóricos e variáveis são sinônimos, compreendendo ainda os conceitos que constituem o marco teórico da pesquisa científica. Contudo, variáveis também representam os elementos externos a pesquisa e que poderão ser controlados ou não, medidas ou manipuladas, por intermédio de pesquisa empírica.



além de outros referenciais teóricos, como a força normativa da Constituição, por exemplo.

Um exemplo bem sucedido de construção do tripé já apontado no tema “A jurisprudência do STF no tocante a legitimidade ativa para propor ADI e a teoria da sociedade aberta de intérpretes de Peter Haberle”. As variáveis seriam a jurisprudência do Supremo, o paradigma teórico de Haberle, e a legitimidade ativa na proposição da ação direta de inconstitucionalidade. Na tentativa de relacionar as variáveis o problema seria: em que medida a legitimidade ativa estabelecida pela Constituição de 1988 a partir do modelo de Haberle é refletida na jurisprudência dominante no Supremo?

Para ilustrar mais ainda as dificuldades encontradas pelo aluno-pesquisador no processo de construção do problema, elencamos três problemas que não são problemas científicos da forma como foram elaborados, pois representam problemas de valor ou porque representam a obviedade, ou seja, estão previstos na norma e não representam uma dúvida/inquietação de cunho científico. Os problemas de valor indagam se uma coisa é boa, má, desejável, indesejável, certa, errada, ou se é melhor ou pior que outra. Enfim, inviáveis de uma resposta direta, apesar de serem suscetíveis de problematização quando utilizando a relação entre referenciais teóricos pertinentes.

Quadro 3 – Problemas não científicos

TEMA	PROBLEMA NÃO CIENTÍFICO	“DEFEITO”
Processos Constitucionais analisados à luz da evolução dos direitos fundamentais	Onde estão os direitos fundamentais? Quem os obedece? Quem os garante?	Obviedade
Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais nas relações privadas	Qual a teoria mais adequada ao sistema jurídico?	Juízo de valor
Dano ambiental e responsabilidade do Estado	Como melhor responsabilizar o Estado pelo dano ambiental?	Juízo de valor
Segurança Pública e os direitos fundamentais	Como tornar a segurança pública mais eficiente dentro do aspecto jurídico?	Juízos de valor e inúmeras variáveis não-jurídicas

Outro “problema” recorrente na formulação do problema na pesquisa jurídica, e que já apontamos de forma indireta: a reprodução sem problematização propriamente dita. O aluno-pesquisador elenca uma série de perguntas que representam os próprios



referenciais teóricos, sem relacioná-los e sem procurar responder a uma questão central. Por exemplo: o tema ações afirmativas e o princípio da igualdade. Os problemas propostos são: quando se verifica a necessidade da criação de ações afirmativas? (a resposta é dada pelo próprio conceito de ação afirmativa); as ações afirmativas diminuiram as diferenças entre os desiguais? (valorativo e de difícil comprovação diante das inúmeras variáveis envolvidas). Um único e bem elaborado problema é mais do que suficiente para a construção de uma pesquisa de cunho científico de qualidade.

Assim, apontamos vários exemplos e questões que deverão ser evitadas no processo de construção do problema científico, como os juízos de valor, a obviedade, as variáveis “incontroláveis”, problemas cuja “solução” está prevista na própria norma.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, podemos depreender a importância do processo de construção do problema no próprio processo de construção do conhecimento científico. Tendo como parâmetro a necessidade de “cientificar” os trabalhos elaborados no campo da pesquisa jurídica, torna-se salutar resgatar a importância da problematização.

O caráter científico reside naquilo que for discutível. Portanto, os resultados não são definitivos, podendo ser refutados; as ciências sociais não param no discurso, mas devem assomar como diálogo, ou seja, comunicação de conteúdos; não há como separar teoria e prática, salvo quando a pretensão é esconder jogo de interesses; e por fim, o estudo dos problemas está relacionado com suas soluções (proposta de hipótese) (DEMO, 1995).

Portanto, é necessária a distinção entre a pesquisa profissional, mais afeita ao campo da dogmática jurídica, mas sem o critério da cientificidade.

(...) a pesquisa científica procura resolver problemas criados pela própria legislação, pela doutrina e pela jurisprudência, no mesmo passo em que investiga por respostas a problemas todavia não pensados ou resolvidos pela sociedade civil ou pelo Estado, pois se vale primordialmente das fontes primárias, materiais. Isto é, a cientificidade do Direito reside no campo científico do Direito como área de



conhecimento da realidade, trabalha com fatos e sua prática e formula teorias. Trata-se de uma concepção científica culturalista do Direito. (MOLL, 2007, p. 143)

A tendência no campo jurídico é de permanecer na defesa de “causas”, dos clientes, quando na pesquisa jurídica o objetivo é confirmar ou não uma hipótese, por intermédio de um arcabouço teórico robusto (marco teórico) e se necessário, pesquisas empíricas. Mas a confirmação ou não da hipótese e a própria definição do marco teórico advém da precisa circunscrição de um problema da realidade que norteará o pesquisador no processo de construção do conhecimento científico.

Urge uma conscientização no campo da pesquisa jurídica do caráter científico da pesquisa, da necessidade de produção “criativa” do conhecimento, eliminando o caráter reprodutivo dos temas, que se referenciam demasiadamente nos manuais, sem o olhar de “problematização”.

Assim, podemos resumir nossas dicas para a formulação do problema em apenas dois itens:

procure um problema a partir de uma inquietação individual percebida da realidade e inicie um processo de perguntas a esta inquietação, sempre buscando delimitar em referenciais teóricos relacionados entre si;
evite juízos de valor, obviedade, reproduções e aprofundamento (“manualismo”) – “defeitos” de um problema sem cunho científico.

A partir destas dicas será possível delimitar melhor ainda o tema, adiantar o marco teórico da pesquisa e permitir uma comprovação ou não de hipótese de forma sistematizada e fundamentada, enfim, observando os critérios científicos na pesquisa jurídica. O problema deixará de ser “o problema”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito. **Revista CEJ**. Brasília. n 7. jan/abr. 1999, p. 143-150.

CHALMERS, A. **O que é ciência afinal?** Trad. Raul Fiker. São Paulo: Brasiliense, 2000.



DEMO, Pedro. Metodologia científica em ciências sociais. São Paulo: Atlas, 1995.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese?** 16 ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **A ciência do Direito.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____ **Introdução ao Estudo do Direito** – técnica, decisão, dominação. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FRAGALE FILHO, Roberto. Quando a empiria é necessária?. **Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI.** Florianópolis (SC): Fundação Boiteux, 2005. p. 323.

FRATTARI, Raphael. Breves Considerações sobre projetos de pesquisa em Direito: afinal, o quê é marco teórico? **Centro de Atualização em Direito – Pós-Graduação “lato sensu”.** Disponível em: www.cadireito.com.br/artigos/art70.htm. Acesso em fevereiro 2008.

GUSTIN, Miracy B. de Souza, DIAS, Maria Tereza F. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

JAPIASSU, Hilton. **O mito da neutralidade científica.** Rio de Janeiro: Imago, 1975.

KERLINGER, Fred N. Metodologia da Pesquisa em Ciências Sociais – um tratamento conceitual. São Paulo: Pedagógica e Universitária Ltda., 1980.

KUHN, T. S. **A estrutura das Revoluções Científicas.** São Paulo: Perspectiva, 2000.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Técnicas de pesquisa.** São Paulo: Atlas, 1982.



MATTALO JR., Heitor. A problemática do conhecimento. In: CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. **Construindo o saber** – metodologia científica – fundamentos e técnicas. 4 ed. Campinas: Papyrus, 1994, p. 13-28.

_____ Mito, metafísica, ciência e verdade. In: CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. **Construindo o saber** – metodologia científica – fundamentos e técnicas. 4 ed. Campinas: Papyrus, 1994, p. 29-38.

MOLL, Luiza Helena Malta. Projeto de pesquisa em Direito. In: CARRION, Eduardo Kroeff Machado; MEDINA, Ranier de Souza (org). **Reforma Constitucional e Efetividade dos Direitos**. Porto Alegre: UFRGS, 2007, p. 141-176.

NOBRE, Marcos *et al.* **O que é pesquisa em Direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____ Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil. **Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, nr. 66, julho 2003, p. 145-154.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurabi: a pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito (UFPE)**, v. 13, p. 299-330, 2003.

POPPER, Karl. **O mito do contexto** – em defesa da ciência e da racionalidade. Lisboa: Edições 70, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.



RESPONSABILIDADE AFETIVA NA RELAÇÃO CONJUGAL: A TRAIÇÃO COMO VIOLAÇÃO DE CLÁUSULAS GERAIS NO CASAMENTO.

AFFECTIVE LIABILITY IN MARRIAGE: A BREACH OF GENERAL PROVISIONS OF MARRIAGE THROUGH THE BETRAYAL

José Ricardo Alves Ferreira da Silva¹²

RESUMO: O trabalho analisa a possibilidade de responsabilização do cônjuge adúltero fundada na violação da boa-fé objetiva, em especial a cláusula geral de fidelidade no casamento. Busca-se a partir da evolução das relações sociais e, conseqüentemente, familiares, o estabelecimento do atual paradigma do direito de família, que revela que os casamentos são firmados com base em laços de afeto e amor, através de escolhas livres e despatrimonializadas. Parte-se do estudo do dever de fidelidade como cláusula geral do matrimônio, passando pela posição doutrinária até a jurisprudencial sobre a reparação civil nos casos de traição, dando enfoque para a necessidade de observância da boa-fé objetiva pelos consortes a ponto de sua ruptura sujeitar o infiel à indenização correspondente.

Palavras-Chave: Responsabilidade civil. Dever de fidelidade. Boa-fé objetiva.

ABSTRACT: The paper analyzes the possibility of accountability the adulterous spouse alleging infringement of objective good faith, in particular the general principle of fidelity in marriage. Search up from the evolution of social relations and, consequently, the family property of the current paradigm of family law, which shows that marriages are entered into on the basis of affection and love ties through free choices and not patrimonialist. This is on the study the analysis of the duty of loyalty as a general clause

¹² Graduado em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MINAS. Especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho, Especialista em Advocacia empresarial, Contratos, Responsabilidade Civil e Família pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Advogado



of marriage, through doctrinal position to the case law on civil redress in cases of treason, focusing the need for compliance with objective good faith by consorts about to rupture the infidel subject to compensation.

Keywords: Civil responsibility. Duty of loyalty. Objective good faith.

INTRODUÇÃO

Ao questionar o modelo político globalizado do que chama de pós-modernidade, Luc Ferry indaga que “se quisermos inscrever a política futura em um espaço de significação que não seja natimorto, precisamos inovar e parar de nos apegarmos aflitiva ou preguiçosamente às velhas certezas” (FERRY, 2010, p.87-88). E vai além questionando de que forma os valores da vida privada poderiam abrir um outro horizonte. Segundo o filósofo, a resposta a essas indagações perpassam pelos valores da família, uma vez que o único laço social que “nos últimos dois séculos se aprofundou, intensificou e enriqueceu foi o que une as gerações no seio da família”.

Essa percepção é determinante para se constatar que os avanços da globalização e as mudanças na estrutura da sociedade tem um nítido reflexo das transformações havidas nas relações familiares. Foram as famílias que no início da civilização ocidental serviram de base para a estruturação da sociedade e para a geração das riquezas. O mundo era exclusivamente matrimonialista e patriarcal. As decisões importantes de um núcleo se concentravam na figura do homem, enquanto encampava a atribuição de trazer o alimento e o sustento da família.

O avanço nas pesquisas científicas, o aprimoramento das técnicas de produção a que se veio denominar de revolução industrial, dentre outros fatores, alteraram a estrutura social e fizeram com que as mulheres também buscassem uma posição no mercado de trabalho, antes exclusividade masculina. As conquistas de direitos que daí advieram do ponto de vista social, político e civil não se concretizaram sem a penetração no seio familiar. O conflito de interesses, a não mais sujeição da esposa aos desmandos de seu marido, o fortalecimento da mulher e a confiança despertada em seus talentos, podem ser elencados como fatores que propiciaram que a mulher voltasse o



olhar para a sua independência econômica antes de se vincular a um companheiro pela via do casamento.

O que antes era naturalmente suportado como um dever inerente à figura de esposa – a exemplo de agressões, humilhações, infidelidades, sua subjugação à figura masculina – hoje, com o amplo exercício da liberdade pela mulher e a manutenção dos direitos de 1ª e 2ª geração, não há espaço para tolerar semelhantes condutas masculinas. As mulheres estão independentes, gerem e chefiam as famílias e seus orçamentos. Criou-se, no dizer de Luc Ferry, a emancipação dos indivíduos com relação aos comunitarismos tradicionais, confirmada pela história da família moderna com a invenção da vida privada, que ela ao mesmo tempo representa e consagra.

Nessa linha de ideias, percebe-se que os casamentos (e as uniões de companheirismo) passam a se estabelecer com base numa relação de igualdade entre os consortes, na qual ambos são parceiros para a construção da família e a administração do lar. A conjunção de esforços é recíproca e os relacionamentos se estruturam em laços de amor e afeto. As relações sociais desenvolvidas nos seios das famílias refletem a gama de conquistas civis experimentadas no último século. Os laços afetivos passam a conduzir as relações familiares e se firma como o elo entre os casais casados ou em união estável.

Em vista disso, os deveres conjugais devem ser analisados sob o enfoque das transformações das relações experimentadas na sociedade. O Código Civil de 2002 procurou acompanhar essas evoluções culturais e sociais e inovou ao estabelecer um sistema de cláusulas abertas, inspirado nos ensinamentos de Miguel Reale, em sua ontognoseologia jurídica, segundo a qual “se busca o papel do direito nos enfoques subjetivo e objetivo, baseando-se em duas subteorias ou subciências: o culturalismo jurídico e a teoria tridimensional do direito” (TARTUCE, 2012, p.87). Nesse prisma, as relações civis devem ser vistas à luz da cultura, experiência e da história, sendo certo que ao lado do fato e da norma, Reale inseriu o terceiro elemento valorativo, que torna sua teoria tridimensional dinâmica e atual.

Assim, considerando que o afeto passou a ser o elo dos relacionamentos e, sobretudo, tendo em vista que a liberdade e a igualdade são estabelecidas na maioria dos relacionamentos conjugais, a afronta ao dever de fidelidade no casamento é capaz de



gerar uma legítima quebra da confiança despertada no outro cônjuge, capaz de lhe causar objetivamente uma ofensa aos direitos da personalidade, mormente ao considerar que as partes são livres para permanecerem unidas e que, tanto no início, como no desenvolvimento do relacionamento conjugal – não se esquecendo da sua natureza contratualista –, a boa-fé deve nortear os padrões de conduta adotados pelos consortes.

Com base nessas premissas é que se pretende demonstrar a possibilidade jurídica de reparação do cônjuge adúltero fundado na violação da boa-fé objetiva, em especial a cláusula geral de fidelidade no casamento.

É possível impor a um cônjuge a responsabilização afetiva pela traição, na medida em que esse fato implica na quebra de um dos deveres da relação conjugal. Isso, graças a diversos fatores jurídicos e sociais que alteraram as relações havidas no casamento e, conseqüentemente, nas famílias de um modo geral. Nas últimas décadas vimos surgir várias modalidades de formação familiar, desde as famílias monoparentais até as uniões homoafetivas. Mas, em que medida as transformações da família moderna possibilita a imposição aos consortes de sanções pecuniárias pela quebra do afeto? O princípio monogâmico, por si só, seria suficiente para embasar tal responsabilização?

A questão que se pretende enfrentar diz respeito à possibilidade de o cônjuge vitimado pelo adultério pleitear indenização pelo só fato da traição. A fundamentação poderia ser o descumprimento da cláusula geral de fidelidade no casamento e, conseqüentemente, a boa-fé objetiva. A doutrina é dividida nesse particular encontrando adeptos da indenização e outros radicalmente contrários. A jurisprudência, por seu turno, admite a indenização mais pelas conseqüências advindas que pela quebra do dever de fidelidade, propriamente dito.

Como afirmado por Luc Ferry as transformações sociais passam, mais do que do ponto de vista da coletividade, pelo prisma do indivíduo, do singular, inserido no seio da família, cujos valores foram se alterando de acordo com as mutações, avanços e progressos da sociedade (FERRY, 2012, p.174). É a partir dessa ótica que se pretende analisar as questões propostas.

1. NOVO PARADIGMA DE DIREITO DE FAMÍLIA



O casamento por muitos anos foi usado para estabelecer as relações sociais nas respectivas castas e possibilitar a acumulação e transmissão das riquezas de uma determinada família. Já se estabeleceu a figura do *dote* como premiação pela contração de determinado matrimônio. A família que ofertasse melhor dote poderia escolher o “candidato” ao matrimônio que mais lhe satisfizesse. A vontade individual dos cônjuges era um mero detalhe, que deveria se enquadrar nas tradições e tratativas já realizadas pelos patriarcas de dois núcleos. Luc Ferry ao discorrer acerca dos estudos históricos sobre o casamento atesta “em primeiro lugar e antes de tudo, que na Idade Média, na Europa, o casamento praticamente nunca se origina da paixão amorosa, do sentimento. Ele atende a finalidades e a imperativos muito diferentes” (FERRY, 2012, p.77). E aponta:

o objetivo do casamento é duplo: trata-se primeiramente de assegurar a linhagem, a transmissão do nome e do patrimônio ao mais velho, e de fabricar braços para manter a fazenda e nela trabalhar. Linhagem, biologia e economia aparecem assim como os três pilares da união familiar, e (...) se por acaso acontece de as pessoas se amarem, é um fato realmente excepcional, pois o amor, mesmo que teoricamente recomendado pela Igreja (...) não é absolutamente nem o princípio, nem o fim do jogo. (FERRY, 2012, p.78)

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias descrevem o papel desenvolvido pelas famílias constituídas em séculos passados, cujo modelo apresentava as seguintes características:

“(...) patriarcal, hierarquizado e transpessoal da família, decorrente das influências da Revolução Francesa sobre o Código Civil brasileiro de 1916. naquela ambientação familiar, necessariamente matrimonializada, imperava a regra “*até que a morte nos separe*”, admitindo-se o sacrifício da felicidade pessoal dos membros da família em nome da manutenção do vínculo de casamento. Mais ainda, compreendia-se a família como unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família correspondia à desagregação da própria sociedade. Era o modelo estatal de família, desenhado com os valores dominantes naquele período da revolução industrial” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.40)

Com o passar dos anos e o desenvolvimento das relações econômicas e sociais esse cenário familiar mudou sua concepção, como aponta Marcos Ehrhardt Júnior, passando a privilegiar outros aspectos, como a afetividade, a estabilidade e ostensibilidade de relacionamentos que se apresentam publicamente comprometidos



com um projeto de vida em comum, baseado na igualdade entre os cônjuges (EHRHARDT JÚNIOR, 2010, p. 353-372).

Na acepção de Luc Ferry, o século passado foi marcado pela desconstrução das tradições, assim como pela elevação potencial do individualismo. Nesse novo cenário, as relações individuais passaram a ter um matiz mais relevante, pois no Ocidente Moderno com a “difusão do casamento livremente escolhido, o amor substituiu pouco a pouco todos os princípios fornecedores de sentido, todas as outras fontes de legitimação de nossos mais profundos ideais” (FERRY, 2010, p.15).

A consequência dessa evolução é que os casamentos foram gradativamente se lastreando e fundamentando em laços de afeto e amor. Claro que a globalização, a expansão cultural e econômica, a facilitação do acesso à informação, a inserção da mulher no mercado de trabalho e suas constantes conquistas de direitos civis e políticos contribuíram para que as escolhas matrimoniais se desprendessem de amarras ideológicas e exclusivamente patrimonialistas.

Nesse cenário de constantes mutações globalizadas as relações sociais vão se conformando com o espectro de um momento de alterações políticas, econômicas e até mesmo existenciais. De acordo com Danilo Porfírio, quando se estuda o direito de família hodiernamente depara-se com uma série de ideias, utopias sobre uma família fundada no afeto, despatrimonializada e superadora de um modelo liberal-burguês (VIEIRA, 2015). Por isso, pode-se dizer que a penetração de valores modernos na família foi possível graças à emancipação do homem de amarras culturais, tradicionais, ideológicas, afirmando sua identidade individual, suprimindo da relação social tudo o que cerceia a sua vontade.

Todo esse movimento social que foi se desencadeando ao longo do tempo proporcionou que os novos valores sociais, sobretudo na seara das relações familiares, se imbricassem com princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a isonomia, além da autonomia da vontade, sobretudo ao se deparar com o deslocamento do casamento por imposição ao enlace matrimonial derivado da livre escolha pessoal dos consortes, em razão da afetividade.

1.1 DA AFETIVIDADE E SEUS EFEITOS



O Direito de Família passou a ser regulado por um novo vetor, nascido dos valores expressos na sociedade moderna e cuja proteção, inspirada na Constituição Federal de 1988, alcançou disciplina pelo princípio da afetividade. Nas palavras de Paulo Lobo este “é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico” (LOBO, 2011, p.70).

Rodrigo da Cunha Pereira assegura que o afeto é um “elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, inerente a todo e qualquer relacionamento conjugal ou parental” (PEREIRA, 2005, p.180). Seguindo o marco teórico proposto por Luc Ferry, essa afirmação não tem nada de anormal ou de incoerente, já que para a imensa maioria das pessoas a verdadeira meta da existência, que lhe dá sentido, sabor e valor, situa-se basicamente na vida privada. Para o autor, os aspectos privados, íntimos, da vida dos indivíduos é o referencial mais importante que a política ou a coisa pública.

Nesse panorama, o princípio da afetividade passa a ter uma importante influência no direito de família. Gagliano e Pamplona Filho consideram como incontestável o fato de que “toda investigação científica do Direito de Família submetesse à força do princípio da afetividade, delineador dos standards legais típicos (e atípicos) de todos os institutos familiaristas” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2013, p.93).

Isso não significa que as relações afetivas se tornaram mais fortes e duradouras. Ao contrário, as pessoas não precisam mais viver juntas até que a morte as separem e, conseqüentemente, o número de divórcios também cresceu na era da desconstrução das tradições. Por isso, é possível afirmar que “a vida em comum apenas se justifica enquanto proporcionar a comunhão afetiva da vida do casal, não justificando sua manutenção se a vida em comum deteriorou-se” (PEREIRA, 2005, p.183).

Maria Berenice Dias assegura que o afeto não é fruto da biologia e que os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Nessa linha, a autora destaca a transformação da família na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: “valorizam-se as funções afetivas da família” (DIAS, 2011, p.73).

A liberdade, portanto, como destaca Luc Ferry (2012, p.92), é o ponto que marca o estabelecimento das uniões conjugais nas últimas décadas, haja vista que os



casamentos são realizados a partir da vontade de cada contraente, que costuma ser livre de interesses meramente econômicos e, sobretudo, da imposição dos pais. Nesse contexto, o elemento volitivo recebe especial destaque, pois a decisão de viver maritalmente com o consorte é desprendida de qualquer determinação social externa que lhes impute a obrigação de contrair determinado matrimônio. Consequentemente, o fundamento das relações matrimoniais são os vínculos de afeto e amor que unem os cônjuges, que livremente escolhem o casamento para consolidar tais laços.

A afetividade é um importante princípio do direito de família com imbricações em outros princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade e o respeito à diferença, solidariedade familiar entre outros. O afeto desponta-se como um valor jurídico de suma importância para o direito de família. Mas não se pode perder de vista o contraponto trazido por Rodrigo da Cunha Pereira, segundo o qual “a liberdade de constituição de família tem estreita consonância com o Princípio da Autonomia da Vontade” (PEREIRA, 2005, p.182).

Assim, o princípio da afetividade nas relações matrimoniais deve ser conjugado com o elemento volitivo. O amor-paixão destacado por Luc Ferry parte de uma escolha exercida livremente pelos indivíduos. Se o elo afetivo que une um casal deixa de existir o direito não tem como regular o restabelecimento desse vínculo, limitando-se a tutelar os efeitos do rompimento desses laços conjugais.

1.2. DIFERENÇA ENTRE FIDELIDADE E LEALDADE E SUA RELAÇÃO COM A BOA-FÉ

O Código Civil de 2002 estatui no artigo 1.566, I, que a fidelidade é um dos deveres matrimoniais a serem guarnecidos pelos consortes. De acordo com Regina Beatriz Tavares da Silva o dever de fidelidade pode ser visto como

a lealdade, sob o aspecto físico e moral, de um dos cônjuges para com o outro, quanto à manutenção de relações que visem à satisfação do instinto sexual dentro da sociedade conjugal. Desse modo seu descumprimento dá-se pela prática de ato sexual com terceira pessoa e também de outros atos que, embora não cheguem à conjunção carnal, demonstram o propósito de satisfação do instinto sexual fora da sociedade conjugal (SILVA, 2008, p.1691-1692).



Nem todos assim se posicionam. Para Caio Mário da Silva Pereira, “a quebra do dever de fidelidade é o adultério (infidelidade material), que somente se caracteriza pela prática de relações sexuais com outra pessoa” (PEREIRA, C.M.D.S, 1972, p.108). Carlos Roberto Gonçalves o exprime como uma decorrência do caráter monogâmico do casamento, cuja infração imposta a ambos os cônjuges configura o adultério, “indicando a falência moral familiar, além de agravar a honra do outro cônjuge” (GONÇALVES, 2010, p.190).

Não obstante, Rodrigo da Cunha Pereira defende que “traição e infidelidade não significam necessariamente a quebra do sistema monogâmico” (PEREIRA, 2005, p. 108). Segundo o autor, para o rompimento do princípio monogâmico não basta haver relações extraconjugais, mas a existência de “relação extraconjugal, em que se estabelece uma família simultânea àquela já existente, seja ela paralela ao casamento, união estável ou a qualquer outro tipo de família conjugal” (PEREIRA, 2005, p. 108).

A despeito disso, considera que a fidelidade é um instrumento de manutenção do regime monogâmico, que se faz à custa de uma renúncia pulsional. Discorrendo sobre a influência da psicanálise nas relações pessoais, Rodrigo da Cunha Pereira enfim conclui:

a fidelidade, com certeza, só tornou-se lei jurídica, isto é, um dos deveres do casamento, porque o “impulso” da infidelidade existe. Para determinadas pessoas a fidelidade é intrínseca à sua personalidade e funciona como um pressuposto natural de respeito e para elas não haveria a menor necessidade de colocá-la como um dever, já que ele é inerente a essas pessoas. Para outros, ela torna-se necessária como um dever legal (...). Para aqueles que não têm determinadas leis internas, a lei externa, ou melhor, a lei jurídica deve existir. (PEREIRA, 2005, p. 112).

Pamplona Filho e Gagliano trazem uma distinção entre lealdade e fidelidade segundo a qual

A lealdade, qualidade de caráter, implica um comprometimento mais profundo, não apenas físico, mas também moral e espiritual entre os parceiros, na busca da preservação da verdade intersubjetiva; ao passo que a fidelidade, por sua vez, possui dimensão restrita à exclusividade da relação afetiva e sexual (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p.288).

Conforme os apontamentos de Rodrigo da Cunha Pereira, a fidelidade pressupõe um interdito para a prática de determinadas atitudes que extrapolem o convencionalizado no



campo social. Nesse sentido, se em determinada relação matrimonial for permitida a prática de relações extraconjugais esporádicas, não haveria ofensa ao dever de fidelidade. Mas esta situação hipotética, apesar de existente na sociedade contemporânea, não expressa o delineamento atual de suas balizas. Daí que a linha entre a fidelidade e a lealdade é bastante tênue.

Seguindo a lógica que Luc Ferry desenvolve, as relações afetivas tendem a crescer e se fortalecer entre as pessoas de sorte a tornar o fundamento de suas uniões. Assim, o dever de fidelidade deixa de lado a acepção original de evitar uma promiscuidade em razão de indiscriminadas trocas de parceiros e passa a regular as uniões afetivas contraídas com base em laços de amor e livre escolha.

Nesse sentido, é importante ter em vista que os casamentos por amor, que marcam o final do século XX e o presente milênio, são frutos de escolhas livres e despatrimonializadas, mas que nem por isso estão isentos das observâncias dos deveres conjugais estabelecidos na Lei Civil. Portanto, há questões contratuais na relação matrimonial que não podem deixar de ser observadas, ou seja, das quais os consortes não podem se afastar sob pena de frustrar as expectativas não só do casamento, mas do estabelecimento de uma boa relação conjugal.

Sob essa ótica, não é incoerente afirmar ser necessário valer-se da boa-fé e seus desdobramentos interpretativos para a regulação da relação matrimonial. É neste ponto que o descumprimento da cláusula geral do dever de fidelidade representa a frustração de legítima expectativa do outro consorte e a quebra da confiança a ensejar a indenização civil pela ruptura dessa obrigação matrimonial. De acordo com Cláudia Lima Marques, o princípio da Boa-fé objetiva é “um dos princípios gerais do direito natural consistente num novo mandamento obrigatório a todas as relações contratuais na sociedade moderna, e não só às relações de consumo” (MARQUES, 1999, p. 106). A conclusão a que chega a doutrinadora é de que

boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objeto contratual e a realização dos interesses das partes (MARQUES, 1999, p. 107).



A despeito desse surgimento ou ressurgimento do princípio da boa-fé objetiva na seara das relações consumeristas esse axioma valorativo do direito possui desdobramentos que permitem a sua aplicação não apenas aos contratos vistos no campo obrigacional e empresarial, mas também às relações de direito de família, como se pode observar a partir da definição transcrita acima. Ao traçar os desdobramentos desse princípio, a doutrinadora gaúcha trabalha com conceitos que se amoldam perfeitamente ao que até aqui se tratou. Partindo da doutrina europeia, ensina que “a boa-fé é o compromisso expresso ou implícito de “fidelidade” e “cooperação” nas relações contratuais, (...) é a concepção leal do vínculo, das expectativas que desperta (confiança)” (MARQUES, 1999, p. 106).

Com esse olhar, é bastante coerente e pertinente, diga-se, a análise da aplicação da boa-fé objetiva às relações de direito de família desenvolvidas por Flávio Tartuce, segundo o qual, por três premissas ou justificativas é possível afirmar que o artigo 422 do Código Civil pode ser aplicável aos institutos familiares:

Primeiro, porque (...) os baluartes do novo Código Civil são a eticidade, a socialidade e a operabilidade, princípios com os quais a boa-fé objetiva mantém relação. Dessa forma, a referida cláusula geral deveria ser aplicada a todos os institutos de Direito Privado. Segundo, porque seria inconcebível aplicar os arts. 113 e 187 da atual codificação aos institutos de Direito de Família, afastando a aplicação do art. 422 diante de um óbice formal. Vale repetir que a nova codificação privada não se apega ao formalismo, sendo essa a melhor expressão do princípio da operabilidade, da simplicidade. Entender que, no Direito de Família, a boa-fé teria dupla função, e não tripla, é, para nós, totalmente inconcebível. Terceiro, por fim, lembramos que a principal função da boa-fé é justamente suprir e corrigir os negócios jurídicos em geral. Como o Direito Civil deve buscar a justiça social, a boa-fé também há de exercer esse papel nos casos que envolvem os institutos do Direito de Família (TARTUCE, 2006, p. 10).

A partir dessa leitura não há como negar que o princípio da boa-fé pode muito bem ser aplicado às relações de direito de família. Até porque, no sistema de cláusulas gerais inserido no código civil de 2002, a interpretação dos deveres matrimoniais deve passar pelo crivo da boa-fé, como forma de se apurar o grau de comprometimento dos



consortes e a extensão do rompimento dos ditos deveres à luz da fidelidade, cooperação e da confiança despertada no parceiro. Com efeito, na seara das relações familiares estabelecidas no século XXI, arrimadas em laços de afeto, com vistas a alcançar a felicidade a partir de escolhas livres e conscientes dos indivíduos, os vetores da cooperação, comprometimento, lealdade, companheirismo e afeto se sobrepõem. Por isso, essa atuação refletida, pensando no outro, proposta por Cláudia Lima Marques se amolda às atuais expectativas dos parceiros da relação matrimonial.

Em encontro a essa prospecção não se pode perder de vista que o Código Civil de 2002 buscou uma repersonalização do direito civil de sorte que a relação matrimonial é concebida horizontalmente. Ou seja, marido e mulher são os responsáveis pela direção e condução da família numa relação de cooperação mútua e de maneira isonômica. Assim sendo, a frustração afetiva e o rompimento com o dever de fidelidade se afastam ao cumprimento de deveres assumidos no casamento.

2. FIDELIDADE COMO CLÁUSULA GERAL DO CASAMENTO (BOA-FÉ OBJETIVA)

Maria Berenice Dias expressa que a família encontra fundamento no afeto, na ética e no respeito entre os seus membros, que devem ser considerados tanto na constância do vínculo familiar, como nos momentos mais difíceis da relação (DIAS, 2011, p. 267). No campo do dever de fidelidade a autora o exprime como “norma social, estrutural e moral, mas apesar de constar entre os deveres do casamento, sua transgressão não mais admite punição, nem na esfera civil nem na criminal” (DIAS, 2011, p. 262). Isso considerando que a infidelidade deixou de ser fundamento para a separação judicial, após a EC 66/10, e a extinção do tipo penal do adultério.

No entanto, a limitação do seu conteúdo seria um passo na contramão de tantas construções doutrinárias e mesmo das alterações havidas na sociedade. Mas será que a inserção desse dever na letra da Lei se resumiria apenas a um mandamento de estabilização das relações sociais com origem na legislação pretérita? Para Pablo Stolze Gagliano “a violação desse dever poderá, independentemente da dissolução da



sociedade conjugal ou da relação de companheirismo, gerar consequências jurídicas, inclusive indenizatórias” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 289).

Na França, o Código Civil prevê a “indenização por um cônjuge ao outro, com vistas à ‘reparação das consequências de uma particular gravidade’ sofrida em razão da dissolução do matrimônio”, como afirma Silvano Andrade do Bonfim (HIRONAKA; BONFIM, 2009, p.409-410).

Com efeito, a inserção do dever de fidelidade no código de 2002 não pretende ser composição sem sentido. Esse mandamento comportamental deve ser visto sob a ótica dos novos valores trazidos por Miguel Reale, a exemplo das cláusulas gerais. É sob esse enfoque que Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald desenvolvem raciocínio a respeito da aplicação do princípio da confiança às relações familiares, segundo o qual “a atividade jurídica protege a confiança depositada na conduta esperada entre os indivíduos, no âmbito negocial ou não” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.140).

A partir da compreensão da confiança como mola propulsora das relações privadas concluem que esta se apresenta sob as lentes da boa-fé objetiva, que determina no direito de família a proteção efetiva a valores constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a proteção à intimidade, à honra entre outros. Sob essa perspectiva, o rompimento do dever de fidelidade matrimonial representa a frustração de uma legítima expectativa depositada por um cônjuge ao outro, sobretudo ao se observar que o parceiro infiel deixa de prestar o afeto esperado pelo seu consorte. José de Aguiar Dias, isolado em sua época, defendia, como afirma Silvano Andrade do Bonfim, que o “adultério, constituindo ‘clara violação dos deveres conjugais’, dá ensejo à reparação civil, pois acarreta incontestavelmente dano moral” (HIRONAKA; BONFIM, 2009, p.418).

Nessa linha, Sílvio de Salvo Venosa afirma que o dever de fidelidade recíproca é norma de caráter social, estrutural, moral e normativo, como é intuitivo (VENOSA, 2011, p.147). Sob essa ótica, aproxima-se dos deveres anexos do princípio da boa-fé objetiva. A partir dessa premissa pode-se afirmar que a fidelidade é uma cláusula geral do casamento, posto que impõe aos cônjuges não apenas uma orientação, mas determina-lhes a adoção de condutas que sejam absolutamente coerentes não apenas



com os demais deveres matrimoniais, mas que visem à preservação da família e, sobretudo, ao respeito ao seu consorte.

Nessa seara, a infidelidade abarca não apenas o rompimento da exclusividade sexual, mas também dos deveres de proteção da relação familiar e de cuidado com a pessoa do outro cônjuge, para que as atitudes do parceiro não resulte em ofensa às legítimas expectativas depositadas naquele relacionamento, nos esforços despendidos para a construção de um patrimônio comum (sobretudo ao se constatar a existência de uma família paralela), além da indelicada exposição da outra pessoa no meio social no qual está inserida, assim como perante os próprios filhos e parentes.

Assim, em razão da alteração na estrutura sociológica vivida pela sociedade ocidental desde o final do século passado, a prática de atos de infidelidade resulta no desrespeito à cláusula geral da fidelidade conjugal.

3. A INFIDELIDADE COMO FATO GERADOR DE RESPONSABILIDADE AFETIVA

A doutrina se divide quanto à responsabilização civil pelo rompimento do dever de fidelidade. Dentre os contrários à reparação civil pode-se citar Maria Berenice Dias (2011, p.125) para quem “o descumprimento das promessas feitas no limiar da união não pode gerar a obrigação ressarcitória. Impor tal espécie de obrigação constituiria verdadeiro obstáculo à liberdade de entrar e sair do casamento ou da união estável”. Paulo Lobo (2014, p.127) também se filia a essa corrente ao afirmar que “o dever de fidelidade, no atual estágio do direito brasileiro, confinou-se ao plano da consciência moral, uma vez que destituído de consequências jurídicas”.

Entre os partidários da responsabilização, Pablo Stolze assegura que “a fidelidade é (e jamais deixará de ser) um valor juridicamente tutelado, e, tanto o é, que fora erigido como dever legal decorrente do casamento”. E arremata declarando que a “violação desse dever poderá, independentemente da dissolução da sociedade conjugal ou da relação de companheirismo, gerar consequências jurídicas, inclusive indenizatórias” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p.289).



Essa posição também é defendida por Rodrigo da Cunha Pereira ao destacar que a “fidelidade é uma regra jurídica, e constitui-se como um dos deveres do casamento” (2005, p.114). No entanto, a despeito dessa consideração, o autor não se posiciona em relação às consequências da quebra desse dever, limitando-se a indagar a respeito da possibilidade de constranger o consorte a cumpri-lo. Carlos Alberto Bittar (1999, p.192) também admite a existência de reparação moral no âmbito das relações familiares, segundo o qual a “deteriorização de relações familiares, ditada por problemas vários, que a convivência inadequada pode trazer, é outra fonte de geração de danos de cunho moral e que, aliás, mais profundamente, marcam a vítima”.

Sílvio de Salvo Venosa (2011, p.145-150) apesar de admitir o dever de indenizar em razão da transgressão dos deveres conjugais, assevera que tal prerrogativa deve ser vista *cum granus salis*, já que a indenização deve decorrer da regra geral do artigo 186, o que implica exame do caso concreto.

Na jurisprudência, as decisões judiciais estão começando a ganhar força no sentido da indenização do consorte pela traição ou quebra de outros deveres conjugais, como os casos de maus-tratos, injúrias e mesmo agressões físicas (CAHALI, 2011, p.587).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem formado jurisprudência admitindo a responsabilização pela prática da traição, enquanto infração ao dever conjugal de fidelidade por implicar na prática de ato ilícito (MINAS GERAIS, 2013), assim como a indenização moral em virtude de traição conjugal e comentários negativos e depreciativos sobre o cônjuge traído em seu ambiente de trabalho (MINAS GERAIS, 2012).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça a questão já ganhou abrigo pela Terceira Turma Cível, quando do julgamento do REsp 922.462/SP, relatado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, no qual restou decidido que o dever de fidelidade recíproca dos cônjuges é atributo básico do casamento, assim como “o cônjuge que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento viola o dever de boa-fé, ferindo a dignidade do companheiro (honra subjetiva)” (BRASIL, 2013).



Questão similar foi debatida no julgamento da Apelação Cível n° 2007.01.1.032260-0, pela Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. O voto proferido pelo Desembargador Lécio Resende, relator do acórdão, assegurou a responsabilidade civil da requerida pelos danos morais suportados pelo autor tendo em vista a ofensa à sua honra subjetiva decorrente da violação dos deveres matrimoniais, bem como da omissão deliberada da paternidade biológica da menor (DISTRITO FEDERAL, 2010).

Contrariando as posições vanguardistas de seus julgados, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS – revela-se bastante conservador no ponto em tela. Ao julgar a Apelação cível n° 70026482075, a 7ª Câmara Cível afastou o direito do cônjuge traído à indenização ao fundamento de que “a traição e a geração de um filho fora do casamento, por si só, não acarretam o dever de indenização por dano moral”. O Tribunal Rio Grandense reservou a indenização apenas para a hipótese de ilícitos penais praticados pelo consorte (RIO GRANDE DO SUL, 2009).

A partir dessa leitura, pode-se constatar que o dever de indenizar em virtude da traição tem encontrado adeptos e opositores tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Mas, mesmo entre os seus defensores, a indenização pela quebra do dever jurídico de fidelidade no relacionamento matrimonial esbarra em limites bem delineados, como a publicidade da ofensa, ou seja, a extensão do dano além da esfera da intimidade do casal.

3.1. A TRAIÇÃO COMO CAUSA DE DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL NO CASAMENTO

Para alguns civilistas, com a promulgação da Emenda Constitucional n°66/2010 a discussão a respeito da culpa da dissolução do vínculo conjugal deixa de ter relevância jurídica para a obtenção do divórcio. Com isso, os consortes não precisam mais aguardar a sentença declaratória da separação judicial para se desobrigarem do dever de fidelidade. O adultério deixou de ser considerado motivo para a dissolução do vínculo atraindo sobre o cônjuge adúltero a culpa pela separação. No entanto, os reflexos



jurídicos da culpa são sentidos em relação ao nome dos ex-cônjuges (art. 1.578, CC) e quanto à prestação dos alimentos (art. 1.694, §2º, CC).

O que muitos doutrinadores têm expressado é que o fim da separação marcou o esvaziamento da culpa do cônjuge em relação à infidelidade. Ou seja, esta apenas passa a ser causa de dissolução do vínculo matrimonial como consequência da quebra da vontade de permanecer casado. É o contraponto feito por Maria Berenice Dias, citada por Rodrigo da Cunha Pereira (2005, p.115) ao expressar que não é possível a um cônjuge exigir do outro a obrigação de ser fiel.

A questão, contudo, deve ser levada um pouco mais adiante. No tópico anterior, afirmamos que boa parte da doutrina considera que o dever de fidelidade continua sendo norma de referência para as relações matrimoniais e que tem conteúdo jurídico capaz de assegurar a indenização do consorte em casos de descumprimento. Com efeito, Silvano Andrade do Bomfim destaca que a violação dos deveres do casamento certamente causa desequilíbrio, quer seja de ordem material, quer seja de ordem moral, capaz de gerar ao cônjuge lesante o dever de indenizar. Assegura, ainda, valendo-se da lição de José de Aguiar Dias, que o “adultério, constituindo ‘clara violação dos deveres conjugais’, dá ensejo à reparação civil, pois acarreta incontestavelmente dano moral” (HIRONAKA; BONFIM, 2009, p.418).

Nesse cenário, é de se observar que a traição fere uma cláusula geral de conduta do casamento, que diz respeito à exclusividade do afeto, dos compromissos matrimoniais, da lealdade entre os cônjuges, da exclusividade sexual e da partilha de tantos outros sentimentos que dizem respeito à relação afetiva. A escolha livre e despatrimonializada dos cônjuges possibilita que haja uma verdadeira sintonia entre os contraentes de sorte que o motivo da união se arrima em características pessoais, em afinidades eletivas e, sem dúvida, em laços de afeto e amor.

Ora, sob esse prisma, as uniões tem cada vez mais evidente a marca da exclusividade em suas relações. Portanto, se não é possível obrigar um dos consortes a ser fiel, como ponderou Maria Berenice Dias, é possível cobrar dele uma indenização quando se constata a prática de atos de infidelidade. Não se pode deixar de observar que, como em qualquer caso de responsabilidade civil, a traição deve ter como consequência um dano à honra e à dignidade do outro cônjuge. Se, aliado à traição,



outros deveres matrimoniais deixam de ser prestados, como a mútua assistência, o abandono afetivo do cônjuge ou de seu filho menor, o dano se mostra mais evidente e facilita a tarefa de apurar sua extensão e quantificar a lesão imaterial do consorte.

Admitir o contrário seria aceitar que o legislador inseriu o dever de fidelidade recíproca como uma cláusula geral de opção facultativa dos consortes. O que não parece ser o caso. A partir do momento em que se reconhece no casamento um contrato de direito de família, que possui regras cogentes que devem ser observadas pelos contraentes, a traição revela-se como um ato contrário aos deveres inerentes à relação matrimonial e violador de cláusula geral da fidelidade conjugal. Por conseguinte, a consequência desse ato não pode ficar exclusivamente vinculada à questão afeta ao nome e aos alimentos no momento do divórcio.

A liberdade de escolha que uniu os contraentes também deve ser considerada quando um deles percebe que já não há mais o mesmo interesse e ligação afetiva que o mantinha vinculado àquele companheiro ou companheira. Neste momento é que a separação do casal, apesar de dolorosa, ganharia lugar para solucionar a perda da *affectio maritalis*. Essa atitude guardaria perfeita consonância com outra cláusula geral do casamento, que é o respeito e consideração mútuos. De acordo com Regina Beatriz Tavares da Silva (2008, p. 1692), “esse dever tem como objeto os direitos da personalidade, como a vida, a integridade física e psíquica, a honra, a liberdade em suas diversas formas de expressão, o nome, o segredo”.

Sem dúvida alguma, todos esses direitos personalíssimos afetos à fidelidade estão imbricados à confiança que um cônjuge tem no outro. Não fosse isso, a união não se sustentaria. Por conseguinte, a ruptura com o primado da fidelidade gera a quebra desse postulado.

Nesse cenário, a responsabilidade pela confiança se edifica em torno da expectativa de cumprimento de determinados deveres de comportamento. Ora, o dever de fidelidade no âmbito matrimonial é mais que um desejo vinculado ao campo afetivo. Situa-se na seara objetiva de um padrão comportamental normativo e, portanto, cogente. Assim sendo, a traição não pode ser vista apenas como um mero aborrecimento, mas se posiciona claramente como quebra de um dever legal capaz de ensejar atribuição de responsabilidade.



Em vista disso, a infidelidade não deve ser tomada apenas como causa de reparação (compensação do dano), mas a ela deve se agregar o viés de desestímulo à sua prática mesmo que a relação conjugal se desfça. Essa atitude tem um efeito multiplicador nas relações sociais de evitar a reincidência, a exemplo das *punitive damages* do direito norte americano, designada por Mayana Barros Jorge João (2015) de teoria do valor do desestímulo. A esse respeito, a autora destaca a lição de André Gustavo Corrêa de Andrade, de que:

a indenização punitiva surge como instrumento jurídico construído a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, com a finalidade de proteger essa dignidade em suas variadas representações. A ideia de conferir o caráter de pena à indenização do dano moral pode ser justificada pela necessidade de proteção da dignidade da pessoa e dos direitos de personalidade, pelo menos em situações especiais, nas quais não haja outro instrumento que atenda adequadamente a essa finalidade. Além disso, responderia a um imperativo ético que deve permear todo o ordenamento jurídico. (JOÃO, 2015)

Para Mayana João a aplicabilidade das indenizações punitivas conferiria grande proteção aos direitos de personalidade, mormente o princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, estar-se-ia conferindo ao dever de fidelidade a proteção que lhe é devida, sem esvaziar da norma o conteúdo de proteção, cuidado e da confiança despertada pelo cônjuge de que estão assumindo um relacionamento no qual o afeto se afigura na seara da exclusividade do casal.

Portanto, a traição não só ofende o dever de fidelidade como choca-se com outras cláusulas gerais do casamento gerando inevitáveis efeitos na honra, na psique, autoestima e outros atributos da personalidade da pessoa ofendida. Nesse contexto, pode-se afirmar que a traição é, sim, causa de descumprimento contratual no casamento, rompendo com a cláusula geral da boa-fé objetiva, consubstanciada no dever de fidelidade.

CONCLUSÃO

A evolução das relações sociais influenciou as famílias desde a sua origem. Da fase mais primitiva e remota até os dias atuais muitas transformações ocorreram na dinâmica familiar. Antes a formação familiar se dava para gerir os bens familiares e manter uma determinada estratificação social, com o ingresso dos filhos na força



produtiva e sendo a esposa apenas a gestora do lar e das necessidades do marido. A revolução industrial rompeu com esse paradigma e possibilitou à sociedade a produção em escala, permitiu à mulher o ingresso no mercado de trabalho e buscar condições de gerar riquezas independentemente de sua subordinação ao seu marido. Na verdade, a mulher não dependia mais do casamento para sair de casa, muito menos para manter a fortuna ou dividir a miséria de uma vida sofrida e explorada do início da industrialização.

A crescente urbanização gerada pela industrialização alterou a dinâmica de produção e fez concentrar nas cidades a força produtiva. Aliado a isso, a gradativa conquista de direitos sociais e civis, sobretudo pelas mulheres, fizeram com que os arranjos familiares para manter suas riquezas não mais se sustentasse. A mudança dessa perspectiva, assim como outros avanços sociais, permitiram a evolução da relação conjugal. Se antes a marca dos casamentos era o estabelecimento de uma sociedade completamente patriarcal e com notória submissão da mulher aos desmandos do marido; hoje, a dinâmica conjugal é completamente diferente. Desenvolvendo-se ao ponto de se estabelecer um relacionamento pautado na cooperação mútua, marcado pela divisão de tarefas econômicas e domésticas, ao compartilhamento do poder familiar para gerir as finanças da família e direcionar a educação dos filhos. Assim, a esposa não é mais obrigada a tolerar maus-tratos e infidelidades na relação conjugal, sob pena de ser alijada e necessitar mendigar assistência.

A consequência dessa evolução é que os casamentos foram gradativamente se lastreando e fundamentando em laços de afeto e amor. Claro que a globalização, a expansão cultural e econômica, a facilitação do acesso à informação, a inserção da mulher no mercado de trabalho e suas constantes conquistas de direitos civis e políticos contribuíram para que as escolhas matrimoniais se desprendessem de amarras ideológicas e exclusivamente patrimonialistas. Mas os ideais que impulsionaram grandes mudanças sociais não se reproduzem mais na vida contemporânea. Na análise desenvolvida por Luc Ferry, com a globalização presente houve a dessacralização da Pátria, da Política e da Religião (a qual chama de Deus), para dizer que outrora tais valores impulsionavam a sociedade e os indivíduos lutavam e davam suas vidas para



defender tais ideais (isso considerando a sociedade ocidental). A partir do final do século XIX o que se percebe é um movimento de repersonificação das relações.

As pessoas passaram a se unir em matrimônio movidas por escolhas livres e despatrimonializadas. Ou seja, os arranjos familiares não têm mais sustentação. Ao contrário, os laços afetivos e de amor é que impulsionam e fundamentam o matrimônio. Assim sendo, a formação familiar originada da livre escolha e fundada em laços de afeto exige dos consortes a adoção de determinados padrões comportamentais que se amoldem àquele relacionamento. Dito de outra forma, a partir da confiança gerada em cada um dos atores do relacionamento de que o elo que os une é de afeto, amor, respeito e fidelidade que se decidem pela consolidação do vínculo através da contratação do matrimônio. Este, apesar de conter normas de natureza cogente e que devem ser seguidas sob pena de não ser considerado válido, trata-se da celebração de um negócio jurídico, com objeto lícito, partes capazes e firmado na forma da lei. Portanto, não se pode deixar de considera-lo como um contrato.

Assim sendo, as partes desse contrato (os noivos e, posteriormente, os cônjuges) se sujeitam aos ditames da lei civil e devem guardar no relacionamento entabulado, tanto no início, assim como durante o casamento, os ditames da boa-fé objetiva, eis que rege as relações contratuais firmadas sob a égide da lei civil brasileira. Uma vez que o código civil estabeleceu que a fidelidade recíproca é um dos deveres dos cônjuges, não se pode negar que o disposto no artigo 1.566, I, CC afigura-se como uma verdadeira cláusula geral do casamento. Em outras palavras, o dever de fidelidade deve ser seguido pelo casal não apenas por uma questão romântica, mas, sobretudo, em obediência à boa-fé objetiva que guarnece a relação matrimonial, com vistas à proteção da pessoa do cônjuge e em atenção à confiança depositada de que as relações afetivas, sexuais, patrimoniais etc., atinentes àquela relação não serão compartilhadas com terceiros, resguardando-se a intimidade, a honra e demais direitos da personalidade do consorte.

Em vista disso, a traição consubstancia violação da boa-fé objetiva, em especial, a cláusula geral de fidelidade, sujeitando, por conseguinte, o cônjuge traidor à indenização reparatória. Nesse campo, todavia, há bastante controvérsia tanto na doutrina quanto na jurisprudência. O que se tem admitido nos tribunais pátrios é a indenização por dano moral ao cônjuge traído nas hipóteses que envolvem uma



acentuada publicidade do dano, sobretudo nos casos em que se descobre, posteriormente, que o filho nascido na constância do relacionamento conjugal é de outra pessoa. Muitos dos que não admitem a indenização em casos de traição o fazem considerando que esse fato se descortina em mero aborrecimento. Na verdade, a repercussão da traição para fora da intimidade conjugal gera um incontestável aborrecimento, constrangimento e dor ao cônjuge traído. Mas, ainda que a traição não fosse pública os efeitos da infidelidade não se atenuam no cônjuge traído pela inexistência de publicidade. Esta servirá como um fator de fixação da indenização pela extensão do dano, sendo certo que o fundamento da reparação será o rompimento do dever de fidelidade, como violação da boa-fé objetiva.

Sem dúvida alguma, essa questão não está formatada no cenário jurídico nacional. Porém, a análise da infidelidade não pode ser vista apenas com relação aos desdobramentos do nome e dos alimentos ao cônjuge que ensejou a ruptura da relação conjugal. A evolução dos paradigmas do direito de família e a construção de relacionamentos fundados em afeto e amor com vistas à preservação da pessoa humana indicam que não se pode resolver litígios que envolvem a traição com a mesma ótica da codificação de 1916. Daí que se sustenta a possibilidade de indenizar o cônjuge traído pela quebra do dever de fidelidade independente da publicidade do ilícito cometido.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. **Ensaio introdutório sobre a teoria da responsabilidade civil familiar**. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos, EHRHARDT JR, Marcos e OLIVEIRA, Catarina Almeida de. *Famílias no direito contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 397-428.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 352p.

BOMFIM, Silvano de Andrade do. A aplicação do instituto da responsabilidade civil nas relações familiares. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; SIMÃO, José Fernando (Coord.). **Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade**. Porto Alegre: Magister, 2009. p.409-410.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** nº922.462/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 13/05/2013.

CAHALI, Yusef Said. **Dano moral**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 656p.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 688p.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível** nº 20070110322600APC, Relator Lécio Resende, Revisor: FLAVIO ROSTIROLA, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 16/12/2009, Publicado no DJE: 25/01/2010. Pág.: 42

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos A. de A. Da responsabilidade civil no direito de família. *in* Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lobo. Albuquerque, Fabíola Santos, Ehrhardt Júnior, Marcos, Oliveira, Catarina Almeida de (Coord.). Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 353-372.

_____. **Responsabilidade civil no direito das famílias**: vicissitudes do direito contemporâneo e o paradoxo entre o dinheiro e o afeto. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de. Famílias no direito contemporâneo. Salvador: JusPodivm, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: direito das famílias. 4.ed. Jus Podivm: Salvador, 2012. vol.6. 1066p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil**: teoria geral da responsabilidade civil – responsabilidade civil em espécie. Salvador: Jus Podivm, 2014. vol.03, 1069p. p.103.

FERRY, Luc. **A revolução do amor**: por uma espiritualidade laica. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. 359p.

_____. **Famílias, amo vocês**: política e vida privada na época da globalização. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010. 174p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**: Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011. vol.6.



_____. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das famílias**. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p.190.

HAMADA Thatiane Miyuki Santos. **O abandono afetivo paterno-filial, o dever de indenizar e considerações acerca da decisão inédita do STJ**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/872>. Acesso em 04/03/2013

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

JOÃO, Mayana Barros Jorge. **Punitive damages ou teoria do valor do desestímulo – análise crítica da sua aplicação no direito brasileiro**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13550>, acesso em fevereiro de 2015.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 437p.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.106.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0024.05.890290-9/002**, Relator(a): Des.(a) Batista de Abreu , 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 10/07/2013, publicação da súmula em 26/07/2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 1.0443.10.002824-2/001**, Relator Des. Gutemberg da Mota e Silva, 10ª Câmara Cível, julgamento em 15/05/2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p.23.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e o novo código civil** (coord. Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias), Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002, p. 226-227.

_____. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.180.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70026482075**, Relator Ricardo Raupp Ruschel, Sétima Câmara Cível, Julgado em 22/07/2009.



RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de justiça. **Apelação Cível** N° 70055386312, Relator Alzir Felipe Schmitz, Oitava Câmara Cível, Julgado em 14/11/2013.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). **Código civil comentado**. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 2321p. p.1692.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**: São Paulo: Método, 2012, vol. 5 _____ . **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. vol.1. p.87.

_____. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, ano 8, n.35, p.10, abr.-maio. 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011. vol.6. p.26.

VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Definição e natureza jurídica do princípio da afetividade**. Revista Crítica do Direito. Número 04, volume 63, disponível em <<http://www.criticadodireito.com.br/todas-as-edicoes/numero-4-volume-63/danilo>>, acesso realizado em 25/02/2015.



UNIÃO POLIAFETIVA: A POSSIBILIDADE OU NÃO DE RECONHECIMENTO JURÍDICO COMO ENTIDADE FAMILIAR DENTRO DO CONTEXTO ATUAL EM QUE SE INSERE A FAMÍLIA BRASILEIRA

Luciana Chater¹³

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de analisar a situação da união estável composta por três ou mais pessoas, chamada de “união poliafetiva” ou “poliamorosa”, e se esta pode ou não ser reconhecida diante dos atuais conceitos propostos pelo ordenamento jurídico e pela doutrina, dentro do Direito de Família. Para isto, será estudado, em um primeiro momento, a evolução histórica da família, para a melhor compreensão do instituto, de forma que as constantes mudanças no Direito de Família sirvam como base para o entendimento do que é família nos dias de hoje. Após, o estudo terá foco na conceituação de família através da previsão legal e constitucional, além das diferentes concepções formuladas pela doutrina, sendo analisadas também a monogamia e poligamia. No seguimento do tema, será explicada a união estável, de forma geral, com seu breve histórico e características, além das uniões homoafetivas e as concomitantes, para, logo em seguida, tratar da união poliafetiva especificamente. Será, portanto, explicada a união poliafetiva, seus principais fundamentos e sua possibilidade ou não de reconhecimento pelo ordenamento jurídico, com base na análise do primado da monogamia, da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

Palavras-Chave: Família. Direito de Família. União Estável. União Poliafetiva.

ABSTRACT: This paper objects to analyze the situation of the stable union composed by three or more people, called “poly affective” or “poly amorous” union, and if this may or may not be recognized in front of the current concepts proposed by the law and the doctrine, inside Family Law. For this, will be studied, at first, the historical evolution of the family, to a better understanding of the institute, so that the constant

¹³Advogada, graduada no Centro Universitário de Brasília (UniCeub) e pós-graduada no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) em Advocacia Empresarial, Contratos, Responsabilidade Civil e Família.



changes in family law will serve as a basis for the understanding of what is family on these days. After that, the study will focus on family conceptualization through legal and constitutional provision, in addition to different conceptions formulated by the doctrine, being the monogamy and polygamy analyzed too. On the following topic, the stable union will be explained, in general, with its brief history and characteristics, in addition of homoafective and concomitant unions, for afterwards, deal with poly affective union specifically. It will be, therefore, explained the poly affective union, its main beddings and its possibility or not of recognition by the legal system, on the basis of the rule of monogamy, affectivity and dignity of the human person.

Keywords: Family. Family Law. Stable Union. Poly Affective Union.

INTRODUÇÃO

A sociedade às vezes comporta realidades sociais que contradizem os princípios pessoais, a educação familiar e até mesmo a religião da maioria dos indivíduos que a compõem. Frente a essas marcantes situações, os preconceitos, discriminações e intolerância começam a surgir com maior força no meio social. Foi o que ocorreu com a própria união estável entre homem e mulher, que até antes de seu reconhecimento, não era bem vista, em função do conservadorismo ainda predominante na sociedade.

Apesar de superada a insegurança jurídica através do reconhecimento constitucional dessa entidade familiar, o preconceito ainda continuou em alguns núcleos sociais, se agravando e se acumulando a outros novos, como no caso polêmico da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Para que esse direito fosse reconhecido, buscou-se defender a união homoafetiva como família, alegando principalmente o princípio da isonomia, já que a Constituição Federal, como não discriminante, deveria tutelar estas relações.

No entanto, além das uniões homoafetivas, surgiu recentemente o caso das uniões estáveis concomitantes, chamadas também de “poliamor”, que hoje, apesar de não reconhecidas pela maioria dos tribunais, ainda fomentam muitas discussões na doutrina e jurisprudência. Na mesma linha, embora com características específicas, a chamada “união poliafetiva” ou “poliamorosa”, que também é composta por múltiplas



relações de afeto (“poliamor”), teve destaque e foi amplamente discutida no âmbito jurídico após um cartório brasileiro reconhecer a união entre um homem e duas mulheres.

Apesar do judiciário ainda não ter se manifestado sobre a matéria pela ausência de demandas judiciais, esse fato dividiu opiniões entre os estudiosos do Direito, destacando-se os posicionamentos de Maria Berenice Dias e Regina Beatriz Tavares da Silva. O foco dos argumentos foram, principalmente, o primado da monogamia, o crime da bigamia, a afetividade e a dignidade da pessoa humana. A partir dessa discussão surge a dúvida se a união poliafetiva merece ou não reconhecimento como uma entidade familiar, dentro do que se entende da evolução histórica da família, da sua atual compreensão, dos arranjos familiares monogâmicos e poligâmicos, da união estável, com especial observância às uniões estáveis homoafetivas e paralelas, e da própria união poliafetiva e das principais idéias que a norteiam.

A FAMÍLIA COMPREENDIDA NO TEMPO E AS SUAS DIVERSAS COMPOSIÇÕES

Em diversos meios sociais e culturais, até mesmo em diferentes ramos de direito de um mesmo ordenamento jurídico, podem coexistir vários significados de família. A cada fase da história, os pensamentos e valores da sociedade mudam em decorrência de novas e recorrentes situações. O ser humano muda de hábitos e se desprende de velhos conceitos e princípios antes prezados. A alteração constante de valores sociais no tempo cria uma maior necessidade de mudança de direitos, que mais tarde tende a ser tutelados pelo Estado.

No decorrer da história foi possível observar uma grande transformação no conceito de família, em razão da cultura e comportamento social de cada época. Quanto à sua origem, entretanto, há divergência doutrinária. Uma primeira teoria acredita que a família tem fundamentos no sistema poligâmico, outra teoria se baseia na ideia de que ela só foi constituída sob base monogâmica. Uma terceira teoria nega a própria existência da família nos primeiros tempos, acreditando ser apenas promiscuidade entre



os seres humanos¹⁴. Essas ideias são comentadas por Friedrich Engels, Álvaro Villaça e Caio Mario.

Friedrich Engels em sua obra sobre a origem da família sustenta que no começo das civilizações, ainda em um estado primitivo, o grupo familiar não se firmava em relações individuais. Todos os membros da tribo se relacionavam sexualmente entre si, o que configuraria uma verdadeira promiscuidade. Porém, por ser uma era remota, não é possível encontrar provas concretas dessa situação. Na análise de verdadeiros rastros históricos não haveria exatamente uma promiscuidade e sim um matrimônio por grupos (união coletiva de algumas mulheres com alguns homens)¹⁵.

Já para Álvaro Villaça de Azevedo, parece mais razoável a ideia de que os grupos humanos nas fases primitivas da história se caracterizavam pelo patriarcado poligâmico tendo em vista a convivência dos homens com várias mulheres e prole, sob organização familiar baseada no poder ilimitado do homem sobre os membros da família. Isso porque, as sociedades mais antigas refletiam o respeito e o medo pelo homem sadio mais forte, e estes lutavam pela sua existência, sendo conduzidos pelo zelo sexual e apoderação da mulher, descartando a caracterização de promiscuidade ou poliandria¹⁶.

Em outro sentido, entende Caio Mário da Silva Pereira que é de se ter dúvidas quanto à ocorrência de promiscuidade, mas que na linha da promiscuidade inscrevia-se o tipo familiar poliândrico ou ainda o matrimônio por grupo. Seria, portanto, mais racional para ele admitir a ideia de família originada da monogamia. No mesmo caminho, diz que a organização matriarcal tampouco seria provável, tendo em vista que a forma patriarcal sempre foi preponderante, a não ser em casos específicos em que se ausentavam os homens para a guerra ou caça e os filhos se subordinavam à autoridade da mãe¹⁷.

¹⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de Família: curso de Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2013, p.3.

¹⁵ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, pp. 31-32.

¹⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de Família: curso de Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2013, pp.3-4.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 29.



Já na era romana, a família era considerada, ao mesmo tempo, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional¹⁸. Na Idade Média, as relações familiares eram imperadas pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único que se conhecia¹⁹. Já no Brasil, desde sua colonização, imperava uma sociedade patriarcal e rural, na qual a família funcionava como unidade de produção, ou seja, quanto maior a quantidade de filhos, maior a força laboral e maiores os meios que a família tinha de sobreviver²⁰. Com o tempo, o modo de viver familiar sofreu grandes mudanças graças à dinâmica e a renovação dos valores e tendências. A função econômica da família perdeu o sentido e a mulher passou a ganhar maior independência econômica, social e jurídica²¹.

Observada a trajetória conceitual da família no tempo, é possível dizer que a monogamia desempenhou um papel reforçador do poder paterno e converteu a família em um fator econômico de produção. Com a exclusividade proporcionada pela família monogâmica, a mesma ficou restrita ao lar e às pequenas oficinas existentes nele, só perdendo o seu fator econômico com a industrialização, para passar a ter uma característica mais espiritual do que material, fundando-se em valores morais e afetivos²².

Ao decorrer dos anos, conceitos mais novos de família foram surgindo e evoluindo, até se chegar à previsão e tutela atual da Constituição Federal de 1988. Nela foram estipuladas regras e direitos da família, com base não só no que já era considerada família (casamento), mas também no reconhecimento de novas entidades familiares. Além do casamento civil e religioso com efeitos civis, a união estável e o núcleo monoparental (art.226, §4º, CF) também foram admitidos no rol constitucional. Ampliou-se, assim, o conceito de família, deixando o casamento de ser a única forma possível de constituição familiar.

¹⁸ GONCALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. Vol.6. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31.

¹⁹ *Ibidem*, p. 32.

²⁰ NOGUEIRA, Carolina Filgueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, pp. 32-33.

²¹ LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 19.

²² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.3.



O termo família passou então a englobar não só os vínculos de sangue, como os vínculos afetivos. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho passam a defini-la como “o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes, segundo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”²³. Isto é, a família, cujo vínculo é regado de afetividade, tem o propósito de proporcionar a satisfação dos desejos pessoais dos indivíduos e a busca da felicidade.

Caio Mário da Silva Pereira, nesse viés, considera o afeto como um dos principais caracterizadores da família, explanando:

Os vínculos de afetividade projetam-se no campo jurídico como a essência das relações familiares. O afeto constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum que conjuga suas vidas tão intimamente que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico²⁴.

Deste modo, demonstra que mais do que um mero aspecto formal, a família atual procura se identificar na solidariedade presente no artigo 3º, I, da CF, com o alicerce na afetividade, de forma a se livrar do individualismo presente no antigo mundo, onde o maior interesse era o crescimento patrimonial e não a valorização das relações familiares em si²⁵.

A própria legislação pátria tem seguido a tendência de se admitir como família as formadas pela afinidade e pela vontade individual, independente de qualquer outro critério. Mesmo com o Código Civil omissivo quanto a definição de família, tratando apenas do casamento e das relações de parentesco de forma específica, vieram leis como a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340), que em seu art. 5º, II, traz um entendimento sobre família, descrevendo-a como “a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade

²³ FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil: as famílias em perspectiva constitucional**. Vol. 6. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 45.

²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. 22ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.36.

²⁵ LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 18-19.



expressa”²⁶. Neste caso percebe-se que o que interessa na consideração da família são as escolhas feitas por seus integrantes, a vontade de ser família, em respeito à liberdade dos indivíduos que a compõem.

A verdade é que o direito de família deve ser estudado conforme os princípios constitucionais, afinal, "o direito à constituição de família é um direito fundamental, para que a pessoa concretize a sua dignidade"²⁷. Nesse sentido o Projeto de Lei 2285/2007, que objetiva criar o Estatuto das Famílias, dispõe no seu art. 2º o caráter fundamental do direito à família, e no art. 5º os princípios para sua interpretação, sendo eles o da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar, da igualdade de gêneros, de filhos e das entidades familiares, da convivência familiar, do melhor interesse da criança e do adolescente, e da afetividade²⁸.

Por outro lado, mesmo sendo a família fundamental para o direito moderno, esta ainda encontra resistência quando se apresenta em uma forma atípica. Isso porque existem espécies de família que apesar de serem comuns em determinadas sociedades, não são aceitas pelo ordenamento jurídico brasileiro, como é o caso das famílias poligâmicas. Diferente da monogamia imposta pelo Estado brasileiro (casamento entre um homem e uma mulher), a poligamia admite múltiplos casamentos, podendo ocorrer na forma de polígina (casamento com várias mulheres) ou poliandria (casamento com vários homens)²⁹.

Cada sociedade adota a poligamia por diferentes motivos, sejam culturais ou religiosos. A doutrina judaica antigamente, por exemplo, incentivava a poligamia em razão da necessidade do crescimento rápido do número de judeus. Atualmente alguns judeus ortodoxos ainda apoiam essa prática. Na maior parte da África se adota a polígina por costume, sendo a poliandria mais rara. Na Arábia Saudita, assim como em

²⁶ BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006**. Dispõe sobre a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁷ SIMAO, José Fernando; TARTUCE Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. Vol.5. 8ª ed. São Paulo: Método, 2013, pp. 3-4.

²⁸ BRASIL. **Projeto de Lei 6583, de 2013**. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/517043.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

²⁹ SCHAEFER, Richard T. **Sociologia**. 6ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2006, p. 303.



diversos países árabes, o casamento com até 4 (quatro) mulheres é permitido pela religião, porém sob a condição do homem poder sustentá-las e tratá-las igualmente, com a aprovação da atual mulher para o novo casamento³⁰.

Apesar de muitos justificarem as práticas conjugais pela cultura do país, há quem analise pelo ponto de vista psicológico, partindo da idéia de que a concentração do fator econômico no homem ou na mulher faria diferença no tipo de relação gerada. Se a produção de meios de vida estivesse sob domínio da mulher, esta impor a monogamia, em vez da poliandria ou promiscuidade. Se, por outro lado, esse poder econômico ou de capitalismo estivesse com o homem, tenderia a se optar pela prostituição ou poligamia³¹. Natural seria, portanto, a admissão da poligamia na maior parte do mundo, ainda mais em relação aos homens, por possuírem uma posição de poder e liderança social no decorrer da história.

Acontece que o casamento monógamo tem se mostrado predominante até mesmo em algumas sociedades em que se admite a poligamia, tendo em vista a incapacidade dos indivíduos em sustentar vários cônjuges³². Nos países que permitem a poliginia, uma pequena porcentagem de homens tem de fato muitas mulheres, por falta de condições financeiras. Já a poliandria é rara, sendo admitida em comunidades muito pobres e com o número reduzido de mulheres³³.

A poligamia, por outro lado, não é uma realidade tão distante das sociedades monogâmicas, tendo em vista que por mais que se imponha a monogamia e se despreze outras formas de constituição familiar, percebe-se cotidianamente em diversos países o quanto é comum a existência de relações simultâneas na prática. Situação evidenciada na própria sociedade brasileira, na qual, por mais que se prime a monogamia e se criminalize a bigamia, há uma grande ocorrência de concubinatos ou mesmo de uniões estáveis concomitantes.

³⁰COSTA, Ivan Ramos da. **Mulheres traídas: o preço de uma paixão**. São Paulo: Biblioteca24horas, 2008, p.9.

³¹MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. t. VII, p. 176. Apud. AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de Família: curso de Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2013, p.4.

³²FROST, Everette L; HOEBEL, E. Adamson. **Antropologia cultural e Social**. Trad.: Euclides Carneiro da Silva. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 207.

³³SCHAEFER, Richard T. **Sociologia**. 6ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2006, p. 303.



OS ANTIGOS E ATUAIS ENFRENTAMENTOS DA UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL

A união estável passou a fazer parte da Constituição devido às discussões e influências que surgiram a partir de 1994. Foram aprovadas então as Leis 8.971/94 e 9.278/96 para regular o instituto. As leis, entretanto, se mostravam contraditórias entre si, ao tratar dos elementos dessa união. O Código Civil de 2002, na definição dos artigos 1.723 a 1.727, destacou o que tinha de mais moderno sobre a união estável, utilizando-se principalmente da Lei 9.278/96 para retirar seus fundamentos, já que a outra trazia uma compreensão mais fechada de união estável³⁴.

Estabelece o art. 1.723 do Código Civil que a união estável é a entidade familiar, composta por um homem e uma mulher, que vivem de forma pública, contínua, duradoura, e com o objetivo de constituir família. Além dos elementos previstos neste artigo, outros tantos são citados pela doutrina. Entre eles o dever de fidelidade, associado ao de lealdade previsto no art. 1.724 da mesma lei, o de respeito e assistência, de guarda, sustento e educação dos filhos, e da relação de unicidade entre os companheiros.

Apesar de não matrimonializada, a união estável se parece com o casamento em virtude da possibilidade de conversão daquela neste. Se a união estável não pode ser convertida em casamento, passa a ser apenas uma associação informal, uma união livre. Para Fachin, o casamento é mais do que a união estável, e esta, por sua vez, é mais do que a união livre. O concubinato, por outro lado, não representaria família e sim sociedade de fato³⁵.

Antes da Constituição de 1988 e depois da Lei do Divórcio de 1977, o concubinato se dividia em união livre e concubinato adúltero. A união livre era formada normalmente por solteiros, em outros casos por pessoas separadas de fato, judicialmente ou divorciadas, entre si ou com outro solteiro. Após determinados requisitos, proibições e consequências para a união livre, esta deixou sua caracterização

³⁴ DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 220.

³⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 94-95.



original, perdendo o sentido de concubinato. Restou, portanto, o concubinato adúltero, considerado aquele relacionamento paralelo ao casamento, passando a ser chamado apenas de concubinato³⁶.

A concubina, com o tempo, foi adquirindo alguns direitos, como a meação dos bens adquiridos por esforço comum. Tudo em razão da observância de que uma das partes acabava em uma situação extremamente injusta, pois existia esforço comum na aquisição do bem, mas este ficava apenas para um dos partícipes. O Supremo Tribunal Federal, portanto, acabou por adotar a ideia de que a ruptura de uma ligação *more uxorio* duradoura importava consequências patrimoniais, consolidando, assim, a Súmula 380 do STF³⁷.

Tanto a Súmula 380, quanto a 382 do STF, que estabelece que “a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”, foram editadas quando ainda nem se considerava a união estável como entidade familiar, de forma que pertencia ao plano meramente obrigacional³⁸. Logo depois, surgiu uma orientação jurisprudencial do STJ que se harmonizou à Súmula 380, que determinava ser admissível a contribuição indireta para a formação do patrimônio no concubinato. Assim, a contribuição da concubina na relação não necessariamente tinha que ser com dinheiro ou qualquer outro meio material, podendo se fundar na realização de trabalhos domésticos, de cunho pessoal³⁹.

Com o tempo, o concubinato passou a ser classificado por alguns, como concubinato puro e impuro. O impuro em referência ao adúltero, enquanto o concubinato puro ao companheirismo. Concubinato hoje é automaticamente associado os concubinatos impuros ou adúlteros, onde há violação de deveres de fidelidade⁴⁰. Como determina o art. 1.727 do CC, o concubinato se identifica nas “relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar”, à exceção das pessoas separadas de fato (§1º do art. 1.723 do CC).

³⁶ LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.171.

³⁷ GONCALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. Vol.6. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 604.

³⁸ MONTEIRO, Washintgton de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 47-48.

³⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de Família: curso de Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 143.

⁴⁰ GONCALVES, op. cit., pp. 605-606.



Como se percebe, por muito tempo não eram atribuídos aos companheiros os direitos de família, como alimentos, direitos sucessórios ou a já presunção de aplicação da comunhão parcial de bens, como se vê hoje. A partir de regulamentação na união estável, através do Código Civil e da Constituição Federal, a relação com o concubinato ficou distante. Antes desprezada, a união estável começou a ter relevância jurídica, perdendo o status de mera sociedade de fato e ganhando o de entidade familiar na Constituição Federal.

Por outro lado, a união estável na sua forma original (art. 1.723 do Código Civil), restringiu-se à união apenas entre homem e mulher, ignorando a possibilidade da união, nas mesmas condições, entre pessoas do mesmo sexo. Previsão esta que parecia significar que o Estado não só se recusava a tutelar a união entre pessoas do mesmo sexo como também desconsiderava casais homossexuais como entidade familiar. Situação inconcebível por diferenciar as pessoas por suas escolhas pessoais, algo que feria o próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Não se tratava da questão meramente patrimonial, já que o direito contratual permitia essa proteção, seja através do condomínio, testamento, ou por quaisquer outros tipos de contratos. O desrespeito se referia aos direitos extrapatrimoniais titulados pelos cônjuges e companheiros, como, por exemplo, autorização para transplantes, cremação do corpo, doação de órgãos pós-morte, curadoria em caso de interdição, entre outros⁴¹.

Somente depois de maio de 2011, o artigo 1.723 do CC, passou a ser aplicado também às uniões entre pessoas do mesmo sexo, em virtude da decisão unânime do STF, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, sobre a ADI nº 4.277 e ADPF nº 132. O reconhecimento dos direitos à união homoafetiva se fundou essencialmente nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da não discriminação (3º, IV), da igualdade (art. 5º), da liberdade (art. 5º, VI) e da isonomia (art. 5º, X)⁴².

⁴¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: família; sucessões**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 155.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como Ação Direta de Inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. ADI nº 4.277-DF. Relator Ministro Ayres Britto. DJe 14/10/2011.



Dessa forma, fez o STF o seu papel democrático, servindo novamente como contrapeso à inércia conservadora do poder legislativo⁴³. E assim como ocorreu com as uniões homoafetivas, surgiram outras situações polêmicas relacionadas à união estável, como o caso das uniões concomitantes ou paralelas, situação que ainda enfrenta uma grande discussão no âmbito jurídico. Apesar de rejeitadas pela jurisprudência majoritária, são casos que ocorrem com muita frequência não só no Brasil como no mundo. Isso porque os anseios por relações simultâneas são comuns, independente de envolver ou não casamento.

No caso de uniões coexistentes com o casamento, nomeadas uniões concubinárias, o direito brasileiro veda a produção de efeitos jurídicos de união estável sob o fundamento de se constituir bigamia. Porém, o concubino em algumas situações recebe os bens adquiridos pelo esforço comum (súmula 380 do STF). Já na existência de uniões estáveis concomitantes, chamadas também de paralelas, ou, por alguns autores, de desleais (concubinato desleal), na qual há uma união estável em concorrência com uma anterior⁴⁴, a jurisprudência predominante tem sido no sentido de não se configurar a segunda união estável e seus efeitos, podendo até mesmo desconstituir a primeira união pelo descumprimento do dever de mútuo respeito. Por vezes, é possível considerar neste caso a união estável putativa, em razão da boa-fé do companheiro, como meio de impedir o enriquecimento ilícito de uma das partes.

Alguns doutrinadores chegam denominar as uniões paralelas de “poliamor”. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho explicam o poliamorismo ou poliamor, como uma teoria psicológica que “admite a possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que seus partícipes conhecem-se e aceitam-se uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta”⁴⁵. Essa idéia, entretanto, ainda não se fixou por completo na doutrina.

Para Euclides de Oliveira, a simultaneidade de união estável ou de mais de uma união estável não seria possível no ordenamento jurídico, tendo em vista que uniões

⁴³ SIMAO, José Fernando; TARTUCE Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. Vol.5. 8ª ed. São Paulo: Método, 2013, p. 315.

⁴⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de Família: curso de Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 208.

⁴⁵ FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil: as famílias em perspectiva constitucional**. Vol. 6. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 463-464.



múltiplas podem ocorrer de forma sucessiva e não ao mesmo tempo. As uniões nas quais a pessoa viva em união estável e mantenha outra ligação ou até múltiplas relações de cunho afetivo, se caracterizariam como desleais. Assim, para ele, admitir caráter familiar a todas essas uniões seria consagrar uma verdadeira poligamia, explicando desta forma:

O texto legal expressamente restringe o reconhecimento da entidade familiar à união de um homem e uma mulher, com emprego de artigo definido singular que gramaticalmente veda a acumulação simultânea de uniões familiares. Poderá não ter sido proposital essa especificação do artigo, e até seria dispensável, mas sem dúvida, reforça a interpretação de que a lei somente protege as uniões sinceras e leais, próprias do sistema monogâmico. E assim há de ser, com efeito, ante a ilicitude da bigamia, para a hipótese dos casados⁴⁶.

Com base nessa argumentação, percebe-se uma justificativa meramente legal, não sendo analisada a essência dessas relações, que são os laços afetivos duradouros. Por mais que se reprove legalmente e culturalmente a bigamia ou a poligamia, não se pode negar o fato de que esses vínculos existem e afetam várias pessoas. Deixar de reconhecer relações simultâneas por sua suposta ilegalidade seria lesar o companheiro e recompensar o “bígamo”.

Nesse sentido, afirma Maria Berenice Dias que “infringir o dogma da monogamia assegura privilégios”⁴⁷, à medida que à amante só são reconhecidos os direitos se ela alegar desconhecer da infidelidade do companheiro. Caso contrário, ela acaba sendo punida pelo adultério que não é dela, enquanto o responsável é escusado de responsabilidades. Isto é, o indivíduo que mantém relações concomitantes, aquele que a princípio teria sido desleal, é premiado, permanecendo como titular do patrimônio e se desvinculando de qualquer obrigação alimentar a quem lhe dedicou à vida. Situação que é vista como incentivadora da infidelidade e do adultério.

No entanto, o STF quanto à questão das uniões concomitantes, reconheceu repercussão geral em razão de uma decisão do TJSE que não admitiu a união

⁴⁶ OLIVEIRA, Euclides de. **União estável: do concubinato ao casamento**. 6ª ed. 2ª Tir. São Paulo: Método, 2003, p. 139.

⁴⁷ DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 51.



homoafetiva em concorrência com outra união estável já reconhecida entre um homem e uma mulher, no ARE 656298 RG/SE⁴⁸. A jurisprudência do STJ, por outro lado, já tem firmado entendimento no sentido de impossibilidade de reconhecimento, como é visto no REsp 1157273/RN:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. PARALELISMO DE UNIÕES AFETIVAS. RECURSO ESPECIAL. AÇÕES DE RECONHECIMENTO DE UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES. CASAMENTO VÁLIDO DISSOLVIDO. PECULIARIDADES.

[...]

- As uniões afetivas plúrimas, múltiplas, simultâneas e paralelas têm ornado o cenário fático dos processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses.

- Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade.

- Emprestar aos novos arranjos familiares, de uma forma linear, os efeitos jurídicos inerentes à união estável, implicaria julgar contra o que dispõe a lei; isso porque o art. 1.727 do CC/02 regulou, em sua esfera de abrangência, as relações afetivas não eventuais em que se fazem presentes impedimentos para casar, de forma que só podem constituir concubinato os relacionamentos paralelos a casamento ou união estável pré e coexistente⁴⁹.

A respectiva decisão aponta uma questão real, que é o aparecimento dessas uniões no direito de família em várias situações, razão pela qual deve o julgador observar as peculiaridades de cada caso, para então com base em determinados princípios poder julgar a causa. Como princípios essenciais a serem analisados são mencionados o da dignidade da pessoa humana, o da solidariedade, o da afetividade, o da busca da felicidade, o da liberdade, o da igualdade e o primado da monogamia.

Entretanto, mesmo que essa verificação ocorra, devem ser ponderados esses princípios entre si quando concorrentes ou com outros existentes no caso concreto. O

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Civil. Previdenciário. União estável homoafetiva. Uniões estáveis concomitantes. Presença da repercussão geral das questões constitucionais discutidas. ARE 656298 RG/SE. Relator **Ministro Ayres Britto**. DJe: 30/04/2012.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito civil. Família. Paralelismo de uniões afetivas. Recurso especial. Ações de reconhecimento de uniões estáveis concomitantes. Casamento válido dissolvido. Peculiaridades. Resp. 1157273/RN. 3ª Turma. Relatora Ministra Nancy Andrichi. DJe: 07/06/2010.



primado da monogamia, por exemplo, nem sempre coincidirá com o princípio da dignidade da pessoa humana. Negar direitos familiares a uma suposta concubina que dedicou sua vida ao companheiro, às vezes tendo filhos em comum, e sem nem mesmo saber da sua condição de já unido à outra, seria não só um desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, como também uma forma de punição a ela e premiação a ele.

Por outro lado, cumpre destacar que alguns tribunais têm aceitado as uniões paralelas, como o Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO), na Apelação Cível Nº 515032-79.2009.8.09.0152⁵⁰, que decidiu por reconhecer duas uniões estáveis, por não poder apontar ao certo qual seria a legítima, e o Tribunal de Justiça de Maranhão (TJMA), na decisão da Apelação Cível nº. 19048/2013, que por unanimidade, reconheceu a união concomitante, fazendo o tribunal questão de citar em seu informativo, da seguinte forma:

[...] a família tem passado por um período de acentuada evolução, com diversos modos de constituir-se, longe dos paradigmas antigos marcados pelo patriarcalismo e pela exclusividade do casamento como forma de sua constituição.

[...]

O magistrado explica que a doutrina e a jurisprudência favoráveis ao reconhecimento das famílias paralelas como entidades familiares são ainda tímidas, mas suficientes para mostrar que a força da realidade social não deve ser desconhecida quando se trata de praticar Justiça. Sustenta ainda que garantir a proteção a esses grupos familiares não ofende o princípio da monogamia, pois são situações peculiares, idôneas, que se constituem, muitas vezes, com o conhecimento da esposa legítima. Para o desembargador, embora amenizado nos dias atuais, o preconceito existente dificulta o reconhecimento da família paralela. “O triângulo amoroso sub-reptício, demolidor do relacionamento número um, sólido e perfeito, é o quadro que sempre está à frente do pensamento geral”

[...]

“É como se todas as situações de simultaneidade fossem iguais, malignas e inseridas num único e exclusivo contexto”, salienta⁵¹.

Conforme exposto, o TJMA conseguiu destacar uma excelente compreensão da posição da família atualmente, cuja evolução proporcionou diversas formas de

⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás.. Apelação cível e agravo retido. Reconhecimento de união estável plúrima. Sentença cassada de ofício. Apelos prejudicados. Apelação Cível 515032-79.2009.8.09.0152. 6ª Câmara Cível. Relator Desembargador Norival Santome. DJe: 16/01/2013.

⁵¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão - TJMA. **TJMA reconhece união estável paralela ao casamento**. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/tj/visualiza/sessao/19/publicacao/406020>> Acesso em: 30 nov. 2014.



constituição familiar, mudando o conceito patriarcal e o entendimento do casamento como único modelo de família. Diante do desenvolvimento de vários tipos familiares e dentro do atual contexto social, percebe-se a incidência de casos como o da concomitância de uniões estáveis, situação esta que a lei nega tutela e que deve a Justiça se manifestar.

Além disso, cita a timidez da doutrina e jurisprudência favoráveis ao reconhecimento das uniões paralelas. Apesar de serem poucas as que expõem essa opinião, são suficientes para mostrar que a força da realidade social não pode ser ignorada na prática da Justiça. O que ocorre infelizmente é que a realidade das uniões paralelas não se adequa à moral imposta pela sociedade, já que ainda existe o preconceito de que todas as relações simultâneas são iguais e destruidoras da família.

Por outro lado, deixa clara a relatividade do princípio da monogamia, já que cada situação é única. O conhecimento e o consentimento de todos os envolvidos na relação, por exemplo, seriam hipóteses que o relativizariam. Além disso, mesmo sendo uma relação paralela, desde que preenchidos os requisitos necessários da união estável (1.723 do CC), não seria razoável desamparar uma família desenvolvida ao longo de muitos anos, ainda mais quando há filhos desse relacionamento.

Nesse mesmo caminho, surgem outros modelos familiares que enfrentam problemas no cenário atual brasileiro, como o caso da união poliafetiva, tema polêmico a ser discutido no direito, em virtude de suas características também poligâmicas. Mesmo sendo institutos diferentes, nas uniões paralelas, assim como nas uniões poliafetivas a monogamia aparece como obstáculo para o reconhecimento familiar, o que não impede a consideração de sua possibilidade ou não na ordem jurídica.

A DESCOBERTA DA UNIÃO POLIAFETIVA E A POLÊMICA QUE ENCARA A POLIAFETIVIDADE NO ÂMBITO JURÍDICO

O termo “união poliafetiva” se destacou após a elaboração de uma escritura com o objetivo de formalizar a relação entre um homem e duas mulheres, conviventes já há três anos na mesma casa, no cartório da cidade de Tupã, interior de São Paulo. O fato surpreendeu e gerou alguns posicionamentos sobre o assunto no âmbito jurídico,



passando a se discutir se era ou não possível o reconhecimento da união estável entre três ou mais pessoas. Por um lado, foi vista como violadora dos padrões monogâmicos da sociedade ocidental, do direito interno e constitucional. Por outro, foi entendida como entidade familiar sob os fundamentos da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

Por ser um tema recente, a definição de união poliafetiva é difícil de estabelecer ao certo. A sua possível significação seria de modo simples, “a união decorrente de muitos, vários afetos”⁵². As uniões poliafetivas teriam os mesmos requisitos da união estável e da união homoafetiva, a não ser pelo fato de que seriam constituídas por duas ou mais pessoas, sejam elas do mesmo gênero ou não. Nessa união, todos os seus partícipes, juntos, se considerariam uma família⁵³.

. Alguns também a chamam de união poliamorosa, em razão do já conhecido termo poliamorismo utilizado ao se falar em uniões concomitantes. A união poliamorosa ou poliafetiva seria uma espécie de poliamorismo ou poliafetividade. O poliamor em si é algo bem genérico, pois a multiplicidade de afetos pode ocorrer tanto em uma só união, que é o caso da união poliafetiva, quanto em diversas uniões, no caso das uniões concomitantes, em que há uma união estável preexistente em concorrência com outra ou várias.

O poliamorismo ou o poliamor, como já analisado no conceito de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, é uma teoria psicológica, recente na área do Direito, que determina a possibilidade de coexistência de duas ou mais relações afetivas paralelas, em que há conhecimento e aceitação de todos os seus membros, que convivem em uma relação múltipla e aberta. Mesmo não sendo o padrão comportamental da vida afetiva comum, baseia-se em uma realidade existente⁵⁴.

A expressão poliafetividade, de acordo com Regina Beatriz Tavares da Silva, presidente da Comissão de Direito de Família do IASP e advogada, principal crítica

⁵² BERTOLINI, Priscila Caroline Gomes; TIZZO, Luis Gustavo Liberato; **Das uniões poliafetivas hoje: uma análise à luz da publicização do privado e do acesso à justiça**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b8b6674d4052e35e>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

⁵³ DOMITH, Laira Carone Rachid. **“Lutemos, mas só pelo direito ao nosso estranho amor” – da legitimidade da família poliafetiva**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1d98e6ad3ed4f30a>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

⁵⁴ FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil: as famílias em perspectiva constitucional**. Vol. 6. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 463-464.



dessa união, seria um estelionato jurídico, na medida em que, por meio de sua utilização, valida relacionamentos com formação poligâmica, em contradição ao casamento e à união estável, que nunca deixaram de ser monogâmicos. Aduz que apesar de outros países aceitarem a poligamia, os costumes brasileiros são diferentes. Aqui seria configurado o crime da bigamia, previsto no artigo 235 do Código Penal, além de servir como elemento de destruição da família, por afrontar a dignidade das três pessoas envolvidas.⁵⁵

Acontece que a monogamia nunca foi absoluta na história. Ela não surgiu apenas pelo fator afetivo, mas por interesses econômicos e pelo desejo de submissão da mulher ao homem. O zoólogo David Barash explica que apesar da sociedade se fundar em um sistema monogâmico, fixar-se na monogamia é difícil e incomum, tendo em vista que a maioria das sociedades humanas são polígamas. Até mesmo onde a bigamia é ilegal é muito comum as múltiplas relações⁵⁶. Afirma inclusive que a exclusividade de relação contraria as inclinações evolutivas mais profundas com as quais a biologia desenvolveu a maioria dos seres, até mesmo o *homo sapiens*. O ser humano não é naturalmente monógamo, assim como diversos animais não são, principalmente os mamíferos. A monogamia, portanto, seria mais um mito que realidade⁵⁷.

Assim, por mais que a monogamia seja imposta pelo Estado como princípio, na verdade, ela não passa de uma regra representada pelo dever de fidelidade, dever este previsto no casamento. Mesmo que estejam intimamente ligadas, se utilizar da justificativa de que a fidelidade é uma forma de concretização da monogamia, e por isso as famílias não monogâmicas seriam ilegais, é um argumento frágil, tendo em vista que a fidelidade não é um aspecto comportamental absoluto e inalterável pela vontade das partes. Quem estabelece as regras de convívio são os próprios protagonistas da relação, não podendo o Estado interferir na esfera privada e a impor ao casal⁵⁸.

⁵⁵ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. "**União poliafetiva**" é um estelionato jurídico. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=338>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

⁵⁶ COLAVITTI, Fernanda. **O Fim da Monogamia?** Revista Galileu. Editora Globo, p.41, out. 2007.

⁵⁷ BARASH, David P.; LIPTON, Judith Eve. **O mito da monogamia**. Trad.: Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Record, 2007, p.11.

⁵⁸ FILHO; Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil: as famílias em perspectiva constitucional**. Vol. 6. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 108.



Além disso, a fidelidade é algo característico do casamento, o que não se confunde com a lealdade cobrada na união estável, que também é aplicada no caso da união poliafetiva. Apesar de parecerem sinônimas, a lealdade em muito se distingue da fidelidade. Esta está relacionada somente ao casamento, no qual um pertence ao outro, com a necessária exclusividade na relação, já a lealdade pode existir mesmo que se tenha vários maridos ou diversas mulheres, assim como é possível ter um único cônjuge e ser desleal⁵⁹.

Mesmo que se defenda a fidelidade em todos os tipos de relacionamentos, sabe-se que ela é muito pouco respeitada. Mesmo em um sistema monogâmico é possível verificar o alto índice de infidelidade entre casais, sendo comuns os relacionamentos paralelos. Friedrich Engels, ao tratar disso, relata que mesmo na adoção da monogamia, o homem não abandonou totalmente as características poligâmicas, antes presentes na pré-história, de forma que a poligamia e a infidelidade ocasional continuam a ser um direito dos homens, ainda que a poligamia seja raramente vista, enquanto das mulheres são cobradas a mais rigorosa fidelidade, sendo o adultério destas cruelmente castigado⁶⁰.

O que se observa é que por mais que a poligamia tenha diminuído no último século, a maioria das sociedades no mundo, no passado e no presente, tem preferido aceitar esse tipo de arranjo familiar. No entanto, o Estado brasileiro na observância do preceito monogâmico, considerou crime a bigamia no artigo 235 do Código Penal, com pena de reclusão de dois a seis anos para o bígamo e detenção de um a três anos àquele que, não sendo casado, conhece da circunstância. Situação esta que foi vedada também pelo Código Civil no artigo 1.521, VI, tornando o casamento nulo (art. 1.548, II do CC).

A associação do crime de bigamia a concomitância de uniões estáveis, entretanto, parece equivocada. O argumento de que, se bigamia é crime, não só seria possível reconhecer o duplo matrimônio como crime, como também a dupla união estável, ou a união poliafetiva, não se sustenta. Ocorre que a bigamia é restrita apenas

⁵⁹ PUFF, Jefferson. 'Estamos documentando o que sempre existiu', diz tabeliã que uniu três. **BBC Brasil, São Paulo. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/08/120828_ping_uniao_poliafetiva_jp> Acesso em: 15 jan. 2015.**

⁶⁰ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** 15ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p.49.



ao casamento civil e não à união estável, até mesmo pelo fato dos dois institutos serem diferentes em vários aspectos⁶¹. O próprio crime de bigamia não faz mais sentido nos dias de hoje. Coerente seria se o legislador houvesse mantido o crime de adultério e permitido a bigamia ou a poligamia. A diferença seria que nesta última possibilidade as relações paralelas seriam assumidas e consentidas, enquanto no adultério as relações se manteriam escondidas, prejudicando os envolvidos.

Afinal, as pessoas deveriam poder escolher como organizar a sua vida pessoal, e além disso é melhor reconhecer juridicamente um relacionamento que sabe será duradouro do que enganar a todos e ao final ainda se eximir de certas responsabilidades familiares. Nesse sentido, Maria Berenice Dias, vice-presidente do Instituto Brasileiro de Família (IBDFAM) e presidente da Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB, defende que é preciso reconhecer os diversos tipos de relacionamentos que fazem parte da sociedade atual, incluindo aquelas de formação poligâmica, como a união poliafetiva⁶².

Isso porque na união poliafetiva existe a afetividade, princípio basilar da família, ainda que seja entre várias pessoas ligadas por um vínculo conjugal. O fato de ser relação múltipla e aberta não significa que não há sentimentos de afeto como em outras famílias. Deve-se admitir que existe a possibilidade do ser humano amar mais do que uma pessoa ao mesmo tempo. Trata-se de uma realidade evidenciada na própria sociedade brasileira e em diversos outros países estritamente monogâmicos.

No entanto, esse tipo de união acaba sofrendo muita discriminação, por se acreditar que as relações poligâmicas seriam imorais. Para muitos a monogamia e a moralidade são sinônimos. Acontece que o termo moral vem do latim *mores*, isto é, costumes⁶³, e os costumes brasileiros estão fortemente ligados a preceitos religiosos. Seria hipocrisia falar que a moral presente no Brasil não se relaciona ao cristianismo. Mesmo que o Estado se diga laico, o que se percebe na análise histórica da sociedade

⁶¹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **União estável poliafetiva: breves considerações acerca de sua constitucionalidade**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22830/uniao-estavel-poliafetiva-breves-consideracoes-acerca-de-sua-constitucionalidade>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

⁶² **ESCRITURA RECONHECE UNIÃO AFETIVA A TRÊS**. Notícia retirada do sítio do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>>. Acesso em 30 nov. 2014.

⁶³ DEROSE, L.S.A. **Alternativa de relacionamento afetivo**. São Paulo: Nobel, 2004, p. 53.



brasileira é que muitos dos direitos conquistados tiveram a resistência de um conservadorismo cristão ainda predominante, que ditava o que era certo ou errado, a exemplo do que ocorreu às próprias relações homoafetivas.

Importa saber, entretanto, que a moral, apesar de representar normas estabelecidas e admitidas de acordo com o consenso individual e coletivo⁶⁴, nada tem a ver com o certo, cujo significado é tudo aquilo que traz felicidade, bem-estar, ausência de conflitos, tensões ou desgastes⁶⁵. A verdade é que cada um tem a sua noção do que é certo e do que é errado. A tendência das pessoas é sempre considerar normal e correto o que se está acostumado e imoral o que for divergente da própria cultura. Porém, na observância, convivência e interação com a realidade de outros países, observa-se a ignorância que é aceitar apenas uma cultura como certa e moral. Por muitos acreditarem nisso, vários foram os conflitos entre os povos, legitimando ações de destruição, estupro, tortura, escravização e matança⁶⁶.

A moralidade comum não deve interferir nas relações privadas, sejam elas como forem. Regras de conduta morais, entretanto, acabam sendo impostas pelo Estado, que vem e interfere até mesmo nas composições familiares, impondo, principalmente, a monogamia. O próprio artigo 1.513 do CC determina ser “defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Assim, de acordo com o princípio da intervenção mínima do Estado no Direito de Família, não poderia o Estado, moldar e reconhecer os núcleos familiares. Não cabe a ele intervir na estrutura familiar do mesmo modo que interfere nas relações contratuais, a ponto de destruir a sua base socioafetiva. Deve o Estado apenas dar apoio e assistência. Esse princípio encontra apoio no próprio princípio da afetividade, que nega qualquer forma de agressão estatal⁶⁷, e liga-se intimamente ao princípio da autonomia privada, segundo o qual o ser humano como indivíduo moral e racional, tem

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 73.

⁶⁵ DEROSE, L.S.A. **Alternativa de relacionamento afetivo**. São Paulo: Nobel, 2004, p. 53.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 37.

⁶⁷ FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil: as famílias em perspectiva constitucional**. Vol. 6. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 105-106.



a capacidade de decidir entre o bom e o ruim e tem a liberdade de fazer suas próprias escolhas, desde que não prejudique terceiros⁶⁸.

O respeito à natureza privada dos relacionamentos é fundamental para que a sociedade consiga aprender a viver em um meio plural, reconhecendo os diferentes desejos. Não há problema em se garantir direitos e obrigações a uma relação contínua e duradoura, só por que ela é composta por mais de duas pessoas. Afinal, essas pessoas trabalham, contribuem, são iguais a quaisquer outras pessoas e, por essa razão, devem ter seus direitos assegurados, afinal, “a justiça não pode cancelar a injustiça”⁶⁹. A monogamia não pode prevalecer sobre a dignidade da pessoa humana, mesmo que seja também um princípio.

A realidade é que a união poliafetiva se mostra ainda como a mais digna das relações não monogâmicas, tendo em vista que, diferente da poligamia religiosa ou étnica, se configura necessariamente por laços de afeto, de amor e cuidados recíprocos. E o afeto por si só tem por principal base a dignidade da pessoa humana. Isso porque, uma família composta pela afetividade é uma família que dá aos seus membros a devida dignidade, sendo que a dignidade da pessoa humana é “um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis a sua realização pessoal e à busca da felicidade”. Ela é vista como o princípio fundador Estado Democrático de Direito, que garante principalmente o direito de se viver plenamente, sem quaisquer intervenções ilegítimas, sejam estatais ou particulares⁷⁰.

Utilizando-se desse entendimento, os partícipes de uma união poliafetiva teriam o direito de ter as suas dignidades humanas respeitadas, em razão de características como a afetividade, a procura pela realização pessoal e a busca pela felicidade. Por outro lado, Regina Beatriz Tavares, alega que a união poliafetiva viola o princípio da dignidade da pessoa humana, citando o caso de um quarteto de Indaiatuba, no qual

⁶⁸ SIMAO, José Fernando; TARTUCE Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. Vol.5. 8ª ed. São Paulo: Método, 2013, p. 18.

⁶⁹ **ESCRITURA RECONHECE UNIÃO AFETIVA A TRÊS**. Notícia retirada do sítio do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>>. Acesso em 30 nov. 2014.

⁷⁰ FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil: as famílias em perspectiva constitucional**. Vol. 6. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 76.



ocorreram maus tratos físicos e morais praticados pelo homem contra uma das suas mulheres⁷¹, e sugere que a poligamia apresentaria um perigo às pessoas envolvidas, em razão de um possível abuso nessa relação.

A verdade é que em qualquer sociedade, não importando a forma de relacionamento, a agressão física ou moral não só pode, como costuma ocorrer. Não seria correto atribuir o fato de uma agressão ao arranjo poligâmico. No Brasil mesmo, formado por relações tipicamente monogâmicas, sempre existiu um considerável número de mulheres vítimas de violência doméstica, a prova está na própria elaboração da Lei Maria da Penha.

Outro argumento utilizado é que nos países em que é a poligamia é praticada existiria a discriminação, inferioridade e subjugação do gênero feminino. Por ser permitida a poligamia na maioria dos casos aos homens, feriria o princípio da igualdade entre homem e mulher⁷². Até mesmo nas sociedades em que se admite a poliandria, o valor da mulher seria reduzido em razão dos fatores que levaram a sociedade a adotar esse sistema, como o infanticídio feminino⁷³.

Deve-se, entretanto, atentar ao fato de que vários são os fatores que podem discriminar, inferiorizar ou subjugar a mulher. Como foi antes analisada, a própria origem da monogamia não foi muito digna, pela posição que se impunha à mulher. O principal objetivo da monogamia era a concentração de riquezas e a submissão da mulher às vontades do homem, de forma a colocar este como superior àquela⁷⁴.

Servem de exemplo como discriminadores os próprios fatos ocorridos no Brasil, país onde a monogamia é imposta. A começar no Brasil-colônia, época em que a Igreja pregava que a mulher devia obediência ao pai, ao marido e à religião. Assim viveu por muito tempo a mulher, presa ao lar e à Igreja. Somente no início do século XX foi permitido que homens e mulheres estudassem juntos, apesar da mulher não poder praticar quase nenhum ato sem a autorização do marido. O próprio Código Civil de

⁷¹ SILVA, Regina Beatriz Tavares. "**União poliafetiva" é um estelionato jurídico**. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=338>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

⁷² BARRETO, Maíra de Paula; GALDINO, Valéria Silva. **Os princípios gerais de direito, os princípios de direito de família e os direitos da personalidade**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/maira_de_paula_barreto.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2015.

⁷³ SCHAEFER, Richard T. **Sociologia**. 6ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2006, p. 303.

⁷⁴ COSTA, Gley P. **O amor e seus labirintos**. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 33.



1916 manteve os princípios conservadores no qual o homem era o chefe e a mulher tinha capacidade limitada a determinados atos. Como o próprio código dizia, a mulher assumia, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família⁷⁵.

Assim, é possível observar que até em um país monogâmico a desigualdade dos sexos existe. Não se pode assumir, portanto, que a desigualdade em determinada sociedade se deve restritamente ao modo que são feitos os arranjos familiares. Afinal, do mesmo modo que a poligamia tem o papel de degradar o gênero feminino em determinados países, também teve a monogamia durante a história e atualmente. Deste modo, não parece razoável atribuir a culpa da discriminação a um tipo familiar sem a análise de outros fatores.

De qualquer forma, a monogamia não é uma regra que deve ser seguida somente porque o Estado o determina, pois este não deve ter o poder de ditar como deve ser ou não as relações íntimas das pessoas. A família é aquilo que cada núcleo de indivíduos deseja que seja, ou ao menos, é assim que deveria ser. A união poliafetiva como já diz o nome é caracterizada pela própria afetividade. Assim, o foco a ser observado é a essência de sua composição, que se funda principalmente na reciprocidade de afeto, amor e respeito. A felicidade e a possibilidade de se constituir família, independente da forma que se apresente, deve ser direito de todos. Afinal, o princípio da dignidade da pessoa humana representa além de tudo o igual tratamento e respeito para todas as entidades familiares.

Por esse motivo, não se pode dar tratamento diferenciado às diversas formas de constituição familiar, haja vista que a cada um cabe o direito do pleno desenvolvimento pessoal e social⁷⁶. A dignidade da pessoa humana só será respeitada se os indivíduos tiverem a liberdade na busca da felicidade, do amor e do afeto. Para isso é fundamental que se admita a possibilidade de reconhecer tipos familiares que, apesar de não previstos na Constituição Federal, demonstrem a presença da afetividade, do respeito e assistência mútuos, e da intenção de constituir família.

⁷⁵ SILVA, Raquel Marques da. **Evolução histórica da mulher na legislação civil**. Disponível em: <<http://ditizio.ecn.br/adv/txt/ehlc.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

⁷⁶ DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 63.



Na análise da verdadeira realidade brasileira, o que se vê são várias pessoas, de classes sociais diferentes, que não se importam tanto com a exclusividade sexual e formam relações não monogâmicas simultâneas, e, independente do que determina a lei, formam famílias⁷⁷. Nesse sentido Fabio Ulhoa Coelho defende que as famílias não monogâmicas “são igualmente famílias e merecem ser reconhecidas e protegidas como tais pela ordem jurídica”, tendo em vista que em razão dos princípios maiores da igualdade e dignidade, a lei não pode ignorar, desprestigiar ou criminalizar qualquer outra forma de entidade familiar não mencionada pela Constituição Federal⁷⁸. Até porque o rol de entidades familiares apresentadas no artigo 226 do texto constitucional tem caráter meramente exemplificativo, inexistindo disposição expressa que proíba a constituição das famílias não monogâmicas.

Por outro lado, apesar de não haver jurisprudência sobre a união poliafetiva especificamente, pela falta de demandas, tem se aceitado nos tribunais as uniões que comprovadamente tem justificativa religiosa ou étnica para a poligamia, como o caso de muçulmanos e índios. Porém, recusa-se amparo ainda àqueles que optam pela poligamia por justificativa ideológica ou apenas por vontade⁷⁹. Essa negação movida pela moralidade passa a ser injusta, pois além de desamparar as partes, não consegue evitar que as pessoas sigam a vida da forma que lhes convém⁸⁰.

Por mais que os tribunais não aceitem normalmente relações múltiplas, nem todas elas podem ser vistas como concubinato. Na análise da situação da união poliafetiva atualmente, pelo impedimento que ainda encontra para ser reconhecida, ela se enquadraria como um tipo de união livre, por haver nela a *affectio maritalis*, ou seja, a vontade de constituir família, algo que inexistente na relação concubinária. Ela é constatada quando nenhum dos parceiros está sendo enganado. No caso da união poliafetiva, quando há ciência de todos sobre a relação aberta instituída⁸¹.

⁷⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: família; sucessões**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 153.

⁷⁸ Ibidem, pp. 134-135.

⁷⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: família; sucessões**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 153.

⁸⁰ DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 77.

⁸¹ COELHO, op. cit., p. 149.



Ver a união poliafetiva como mera sociedade de fato, ou seja, um relacionamento fora do direito de família é desprezar o valor da afetividade e sua origem amorosa. Tampouco deve ser enquadrada como uma sociedade com fins lucrativos, já que é uma visão preconceituosa que despreza a natureza desses vínculos. Não se transforma “sociedade de afeto” em sociedade de fato. Encurrular a relação familiar no direito das obrigações ou forçar a aplicação do direito societário é conferir às uniões aspecto invisível, expulsando-as de vez do direito de família e do direito sucessório⁸².

Ao contrário do Brasil, alguns países não vêem problema nenhum na convivência de famílias monogâmicas com poligâmicas. A poligamia admitida em certas culturas pode assumir até um caráter ético tolerável. Apesar de não condizer com os preceitos religiosos do cristianismo, pode ser mais ética do que a promiscuidade entre amantes temporários ou fortuitos⁸³. Não quer dizer que se deva automaticamente aceitar as variações culturais de outros países, mas seria interessante um maior esforço, livre de preconceito, na análise de normas, valores e costumes que não os próprios⁸⁴.

Não parece, entretanto, que o Estado brasileiro está nesse patamar de evolução, tendo em vista que respeitar a liberdade de se relacionar da forma que se quer, desde que não prejudique terceiro, é sim uma evolução. Isso porque todos tem o direito à felicidade independente das crenças de outras pessoas. Reconhecida ou não a união poliafetiva, é possível dizer que é uma realidade, talvez distante para a maioria da população, mas presente para alguns brasileiros. Admiti-la é reconhecer que as pessoas possuem o direito à liberdade, à igualdade, à dignidade da pessoa humana e, principalmente, à opção de escolherem o caminho de sua felicidade.

Faz-se necessário encarar a realidade da poliafetividade sem preconceito, pois além de tudo se trata de uma escolha de vida, que não só é pessoal como indisponível. As atitudes discriminatórias em nada irão solucionar os problemas advindos dessa realidade social, somente prejudicarão os indivíduos que de boa-fé quiserem reconhecer a união a fim de não deixar seus parceiros desamparados. A verdade é que todos devem

⁸² DIAS, Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 77.

⁸³ WARTH, Martim Carlos. **A ética de cada dia**. Canoas: ULBRA, 2002, pp. 154-155.

⁸⁴ SCHAEFER, Richard T. **Sociologia**. 6ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2006, p. 71.



ter direito à segurança jurídica, independente de suas escolhas pessoais e da espécie de família que deseja ter.

CONCLUSÃO

O direito de família sempre teve que se adaptar às transformações sociais. As mudanças ocorrem exatamente para a melhor tutela da família, e atualmente, não tem sido diferente. No estudo da família, a análise de todo seu contexto histórico fez perceber que cada época e cultura refletiam um significado diferente de família. Conceitos tradicionais foram rompidos para dar espaço a interpretações mais amplas de família. Atualmente o texto constitucional aponta a família como base da sociedade, tutelada pelo Estado, que acolhe diversas entidades familiares, como a união estável.

Tanto a união estável quanto a união homoafetiva eram vistas apenas como um fato social, sendo hoje, realidade jurídica. Já no caso das uniões paralelas, apesar da jurisprudência majoritária rejeitá-las, ainda é muito discutida no meio jurídico, por serem defendidas por alguns doutrinadores e tribunais. Por outro lado, as uniões concomitantes têm sido utilizadas de forma a criticar e invalidar outro tipo de arranjo familiar: a união poliafetiva. Esta, apesar de discutir também a questão da monogamia, da afetividade e da dignidade, e se basear em relações múltiplas, já se mostrou diferente das uniões paralelas, por existir nela uma única união e por haver necessariamente conhecimento, consentimento e vontade das partes.

Parece razoável a compreensão de que os argumentos contrários a união poliafetiva não se sustentam. Ocorre que o primado da monogamia não é um princípio expresso na Constituição, é algo meramente cultural. A bigamia, por sua vez, prevê punição aos casados, o que não é o caso, e mesmo se associada à união estável, não se aplicaria, em virtude da inexistência de mais do que uma união. Quanto à dignidade da pessoa humana, não há violação e sim sua reafirmação, já que cada um busca a felicidade da forma que deseja e todos têm o direito de constituir uma família, independente de como seja seu arranjo. Além disso, devem-se prezar os vínculos formados pelo afeto, mesmo que no caso do múltiplo afeto.



Apesar de ser irrefutável que a monogamia é até hoje o modelo mais comum na sociedade brasileira, há uma grande diferença entre optar por relacionamentos monogâmicos e tê-los impostos pelo Estado. Por mais que o ordenamento inadmita famílias não monogâmicas, de nada adianta a literalidade da lei se esta contraria direitos fundamentais. Afinal, o objetivo principal do Estado é promover o bem comum, com o devido respeito aos princípios da liberdade, da não discriminação, da segurança jurídica e o da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de Família: curso de Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

BARASH, David P.; LIPTON, Judith Eve. **O mito da monogamia**. Trad.: Rytta Vinagre. Rio de Janeiro: Record, 2007.

BARRETO, Maíra de Paula; GALDINO, Valéria Silva. **Os princípios gerais de direito, os princípios de direito de família e os direitos da personalidade**. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/maira_de_paula_barreto.pdf

BERTOLINI, Priscila Caroline Gomes; TIZZO, Luis Gustavo Liberato; **Das uniões poliafetiva hoje: uma análise à luz da publicização do privado e do acesso à justiça**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b8b6674d4052e35e>.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006**. Dispõe sobre a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de



Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Projeto de Lei 6.583, de 2013**. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/517043.pdf>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito civil. Família. Paralelismo de uniões afetivas. Recurso especial. Ações de reconhecimento de uniões estáveis concomitantes. Casamento válido dissolvido. Peculiaridades. **Resp. 1157273/RN**. 3ª Turma. Relatora Ministra Nancy Andrichi. DJe: 07/06/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. **ADI nº 4.277-DF**. Relator Ministro Ayres Britto. DJe 14/10/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Civil. Previdenciário. União estável homoafetiva. Uniões estáveis concomitantes. Presença da repercussão geral das questões constitucionais discutidas. **ARE 656298 RG/SE**. Relator **Ministro Ayres Britto**. DJe: 30/04/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. Apelação cível e agravo retido. Reconhecimento de união estável plúrima. Sentença cassada de ofício. Apelos prejudicados. **Apelação Cível 515032-79.2009.8.09.0152**. 6ª Câmara Cível. Relator Desembargador Norival Santome. DJe: 16/01/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão - TJMA. **TJMA reconhece união estável paralela ao casamento**. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/tj/visualiza/sessao/19/publicacao/406020>>



COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: família; sucessões**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COLAVITTI, Fernanda. **O Fim da Monogamia?** Revista Galileu. Editora Globo, out/2007.

COSTA, Gley P. **O amor e seus labirintos**. Porto Alegre: Artmed, 2007.

COSTA, Ivan Ramos da. **Mulheres traídas: o preço de uma paixão**. São Paulo: Biblioteca24horas, 2008.

DEROSE, L.S.A. **Alternativa de relacionamento afetivo**. São Paulo: Nobel, 2004.

DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____ ; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DOMITH, Laira Carone Rachid. “Lutemos, mas só pelo direito ao nosso estranho amor” – da legitimidade da família poliafetiva. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1d98e6ad3ed4f30a>>.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

ESCRITURA RECONHECE UNIÃO AFETIVA A TRÊS. Notícia retirada do sítio do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>>.



FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: as famílias em perspectiva constitucional**. V. 6. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FROST, Everette L; HOEBEL, E. Adamson. **Antropologia cultural e Social**. Trad.: Euclides Carneiro da Silva. São Paulo: Cultrix, 2006.

GONCALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. V.6. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KOSOVSKI, Ester. **O crime do adultério**. Rio de Janeiro: Maud, 1997.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTEIRO, Washingtton de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NOGUEIRA, Carolina Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

OLIVEIRA, Euclides de. **União Estável: do concubinato ao casamento**. 6ª ed. 2ª Tir. São Paulo: Método, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PUFF, Jefferson. **'Estamos documentando o que sempre existiu', diz tabelião que uniu três**. **BBC Brasil, São Paulo**. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/08/120828_ping_uniao_poliafetiva_jp



SCHAEFER, Richard T. **Sociologia**. 6ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2006.

SILVA, Raquel Marques da. **Evolução histórica da mulher na legislação civil**. Disponível em: <<http://ditizio.ecn.br/adv/txt/ehlc.pdf>>.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **"União poliafetiva" é um estelionato jurídico**. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=338>>

SIMAO, José Fernando; TARTUCE Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5. 8ª ed. São Paulo: Método, 2013.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **União estável poliafetiva: breves considerações acerca de sua constitucionalidade**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22830/uniao-estavel-poliafetiva-breves-consideracoes-acerca-de-sua-constitucionalidade>>.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WARTH, Martim Carlos. **A ética de cada dia**. Canoas: ULBRA, 2002.



INCENTIVOS FISCAIS COMO INDUTOR DO DESENVOLVIMENTO REGIONAL – UMA PERSPECTIVA SOB O ENFOQUE DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

TAX INCENTIVES AS REGIONAL DEVELOPMENT INDUCER - A PERSPECTIVE AT THE APPROACH OF THE RIGHT TO DEVELOPMENT

Bernardo Barbosa Almeida⁸⁵

RESUMO: As políticas de incentivo fiscal costumam gerar polêmicas, quase sempre em torno de seu caráter distributivo, seja em termos regionais, individuais, seja em âmbito internacional. Este trabalho objetiva analisar a política pública como um instrumento indutor ao desenvolvimento, partindo do mecanismo de sua inserção ao ordenamento jurídico e concluindo com a análise de seus resultados. Verificamos ser necessário refletir sobre a base teórica do direito ao desenvolvimento, desvendar suas origens e nuances, para que possamos ter parâmetros objetivos para uma análise da política pública de concessão de incentivos fiscais. Consideramos que as políticas públicas de caráter desenvolvimentista com base na concessão de incentivos fiscais não podem estar ausentes da perspectiva do direito ao desenvolvimento. Como delimitador o trabalho aborda a política pública concessiva de benefícios fiscais adotada pelo Estado da Bahia e para analisar os resultados da política aborda o aspecto econômico-social levando em consideração a Curva de Laffer.

Palavras-chave: Incentivos fiscais. Políticas Públicas. Desenvolvimento. Indutor. Direito ao Desenvolvimento.

ABSTRACT: Tax incentive policies often generate controversy, mostly around its distributive character and in regional, individual terms or internationally. This paper

⁸⁵ Advogado. Especialista em Direito Tributário e Finanças Públicas pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP.



aims to analyze public policy as an induction tool for development, based on the mechanism of their integration to the legal framework and concluding with the analysis of its results. We find it necessary to reflect on the theoretical basis of the right to development, unravel its origins and nuances, so we can have objective parameters for an analysis of public policy on granting tax incentives. We consider that public policies of developmental character based on tax incentives cannot be missing from the right to development perspective. As the delimiting work addresses the concessive public policy benefits, you stand adopted by the state of Bahia and to analyze the policy outcomes addresses the socio-economic aspect taking into account the Laffer Curve.

Keywords: Tax incentives. Public Policy. Development. Inductor. Right to Development.

INTRODUÇÃO

O Brasil é um país de dimensões continentais, formado pela união indissolúvel de seus entes federados, base de um federalismo cuja efetivação do direito ao desenvolvimento comum impõe-se como missão de todos, tarefa não muito fácil de pôr em prática; grande desafio para seus governantes.

A história da formação econômica e social do Brasil está marcada por uma grande disparidade nos níveis de desenvolvimento das suas regiões, principalmente quando se compara as regiões sul e sudeste, mais desenvolvidas e povoadas, com as regiões norte, nordeste e centro-oeste, mais atrasadas em termos de desenvolvimento econômico e social. Diante desta constatação o legislador constituinte foi levado a buscar assegurar como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a garantia a um desenvolvimento nacional equânime. A erradicação da pobreza e da marginalização está ao lado, e no mesmo nível da redução das desigualdades sociais e regionais, conforme leciona os incisos II e III, do artigo 3º da Constituição Federal.

Sendo o direito ao desenvolvimento, deste modo, uma garantia constitucional na visão da doutrina pátria, como para Robério Nunes dos Anjos Filho, reforçado pelo legislador constituinte como objetivo fundamental da República, a sua efetivação é condição que se impõe.



É isso que faz com que os instrumentos de concessão de incentivos fiscais passem a ser importantes objetos de estudo, sem esquecer que seu exercício deve estar sempre balizado pelo contexto jurídico-político em que está inserido, somente assim ele poderá traduzir uma realidade e ter a possibilidade de contribuir para propiciar o desenvolvimento regional, afirmando esse direito.

É com essa visão que o objeto do presente estudo está voltado a averiguar de que forma os incentivos fiscais podem efetivamente induzir um desenvolvimento regional equilibrado.

Não se pode deixar de enfatizar que a análise do instrumento de concessão de benefícios fiscais, no presente estudo, será, a todo o momento, construída à luz da teoria do direito ao desenvolvimento. Ou seja, a busca pelo desenvolvimento será o alicerce norteador do debate proposto, assim permanentemente verificando a qualidade do instrumento utilizado pelos governantes na efetivação deste objetivo fundamental da República.

CONSTRUÇÃO TEÓRICA DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

O fim da segunda guerra mundial pode ser indicado como o divisor de águas no que tange ao surgimento ou a eclosão de uma nova forma de se visualizar os direitos individuais e coletivos.

Em que pese a segunda grande guerra ter sido um período de inestimáveis perdas, aprendeu-se com o erro e, a partir do seu fim, foi possível observar uma nova ordem mundial no que tange aos direitos fundamentais.

Segundo leciona Flávia Piovesan,

A internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história, que surgiu a partir do pós-guerra, como respostas às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de 11 milhões de pessoas⁸⁶.

⁸⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 116.



É nesse cenário, onde o respeito à dignidade da pessoa humana começa a florescer, que surge a construção teórica do direito ao desenvolvimento. O Estado não tem mais o poder de cometer atrocidade e desrespeito à pessoa humana, ele deve acima de tudo, promover o desenvolvimento.

Ou seja, nessa linha, em que direitos civis e políticos passam a conviver harmoniosamente dentro de um mesmo discurso institucionalizado, com direitos econômicos, sociais e culturais, o Estado passa a ser o verdadeiro garantidor do desenvolvimento.

O direito ao desenvolvimento parte da evolução da dignidade da pessoa humana e abrange conceitos mais amplos, como a erradicação da pobreza, acesso a condições dignas de sobrevivência, acesso à saúde, educação e, sobretudo, acesso a condições de aprimoramento das capacidades pessoais. A teorização do conceito de direito ao desenvolvimento veio ganhando estudos, dentre os quais podemos destacar o do economista indiano Amartya Sen, para quem “o desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente⁸⁷”.

Já nos dizeres de Robério Nunes, “a noção desenvolvimento não se resume ao campo econômico, desafiando a concretização dos direitos humanos em geral⁸⁸”.

É possível observar, portanto, que o direito ao desenvolvimento, amplia o horizonte dos debates sobre direitos humanos, uma vez que instrumentaliza o discurso de união entre direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, numa tentativa de garantir a dignidade da pessoa humana.

Para o economista indiano Amartya Sen, por exemplo,

O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres

⁸⁷ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 10.

⁸⁸ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 93.



sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo⁸⁹.

Nesse sentido, é que a compreensão do direito ao desenvolvimento pode proporcionar aos Estados a efetivação do mesmo, seja por meio de políticas públicas de inserção social, seja por meio de produção de legislações garantidoras do desenvolvimento.

A evolução do conceito de dignidade da pessoa humana levou à Organização das Nações Unidas – ONU, por meio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, a desenvolver o índice de desenvolvimento humano (IDH), o qual objetiva oferecer um contraponto ao Produto Interno Bruto (PIB), muito utilizado como forma de ser verificar o desenvolvimento⁹⁰. O próprio PNUD reconhece que o IDH deixa de levar em consideração alguns itens do desenvolvimento, mas hoje é utilizado com uma das ferramentas que pode indicar o desenvolvimento de uma sociedade.

De uma forma geral, o direito ao desenvolvimento tem ganhado espaço nos estados democráticos de direito, seja pelo respeito à democracia, seja pelo respeito às liberdades individuais. Mas mesmo nesses estados, o direito ao desenvolvimento apresenta diferenças de efetividade.

Por exemplo, segundo entendimento ministrado por alguns doutrinadores da análise econômica do direito, como Cooter, Schäfer, e Timm, a efetividade do desenvolvimento deve se dar de outra forma da abordada por este estudo, conforme abaixo transcrevemos:

Em lugar de controlar diretamente o crescimento, o Estado deveria encampar uma abordagem indireta, que fornece um contexto para a competição entre as iniciativas e permite que essa competição decida o crescimento de empresas e setores econômicos. A infraestrutura jurídica para a competição econômica consiste em leis sobre o direito da propriedade, contratos e na legislação empresarial. Os mercados de capitais, e não os planejadores, é que tomam as decisões sobre

⁸⁹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 29.

⁹⁰ Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. Disponível em: http://www.pnud.org.br/IDH/IDH.aspx?indiceAccordion=0&li=li_IDH. Acesso em 12/10/2014.



investimentos. São os empresários que lideram, não os funcionários do Estado⁹¹.

Ou seja, segundo o entendimento apresentado acima, a efetivação do direito ao desenvolvimento deveria se dar por uma menor ingerência do Estado nas questões relativas aos investimentos privados. Entretanto, ousamos divergir por entender que o Estado deve se utilizar de todos os meios necessários para a efetivação do desenvolvimento.

Entendemos que medidas como a concessão de incentivos fiscais podem ser utilizadas como incentivadoras de investimentos. Não se trata de decidir pelo particular, por quem deve investir ou aonde investir, trata-se de medida equanimemente estruturadas para atender àqueles particulares interessados em investir segundo a dimensão social proposta pelo Estado, de modo que tais investimentos oportunamente possam auxiliar na concretização do desenvolvimento idealizado.

A efetividade do direito ao desenvolvimento induzido pelo Estado por meio de políticas públicas pode sofrer distorções. Eis um caso exemplificado por Amartya Sen:

Os debates sobre políticas realmente têm sido distorcidos pela ênfase excessiva dada à pobreza e à desigualdade medidas pela renda, em detrimento das privações relacionadas a outras variáveis como desemprego, doença, baixo nível de instrução e exclusão social. Lamentavelmente, a identificação de desigualdade econômica com desigualdade de renda é muito comum em economia, e as duas muitas vezes são efetivamente consideradas a mesma coisa⁹².

É possível destacar a dificuldade da efetivação do direito ao desenvolvimento pelo fato do mesmo abranger tantos direitos. Em que pese uma medida desenvolvida por meio de política pública que objetiva redistribuir renda a uma parcela da população que tenha menor provimento de renda, não necessariamente lhe estará garantida a efetivamente necessária ao direito ao desenvolvimento. É possível que essa política

⁹¹ COOTER, Robert; SCHÄFER, Hans-Bernd; TIMM, Luciano Benetti. Direito e desenvolvimento: qual é a melhor política pública para o Estado dirigir o desenvolvimento?. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v. 10, n. 20, p. 59-71, 2º sem., 2007.

⁹² SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 146.



pública estimule a efetividade de uma parte do direito ao desenvolvimento, nesse caso específico, garanta o acesso à renda.

Aspectos do direito ao desenvolvimento na Constituição de 1988

No plano nacional, a nossa Constituição Federal parecer ter internalizado os preceitos do direito ao desenvolvimento. Temos uma Constituição chamada “cidadã” por garantir no seu título II espaço exclusivo aos direitos e garantias individuais e coletivos.

Entretanto, não há no texto constitucional qualquer menção expressa ao direito ao desenvolvimento, o que não quer implicar em descaso com o tema. Aliás, da interpretação de todo o texto constitucional o que se observa é justamente o inverso. O legislador constituinte optou por garantir o direito ao desenvolvimento de forma implícita.

Saliente-se que a moderna hermenêutica, adotada pelo Supremo Tribunal Federal, aponta para a utilização do texto insculpido no preâmbulo da constituição não como parâmetro de controle de constitucionalidade, mas como um norte a servir de condução ao trabalho daquele que pretende interpretar as normas constitucionais. Nesse sentido, consta no preâmbulo da nossa Constituição, que o Estado brasileiro destina-se a assegurar, dentre outros direitos, o desenvolvimento.

Ademais, o desenvolvimento está presente em diversos outros mandamentos constitucionais, a exemplo do artigo 3º, inciso II que estabelece como objetivo fundamental da República Federativa o desenvolvimento nacional; além do artigo 1º, inciso III, que estabelece como fundamento da República Federativa a dignidade da pessoa; assim também com o artigo 170, inciso VII, que eleva a princípio da ordem econômica a redução das desigualdades regionais e sociais.

O artigo 3º, inciso II materializa de forma intrínseca o direito ao desenvolvimento, pois elenca como objetivo fundamental a garantia ao desenvolvimento nacional.



Levando em consideração que o direito ao desenvolvimento está implicitamente inserido em nosso ordenamento jurídico, é possível perquirir acerca da sua efetividade, e por meio de quais instrumentos o Estado poderá concretizá-lo.

Nesse aspecto, Maria Paula Dallari Bucci, leciona que:

A estruturação institucional do país, no âmbito estrito do Estado, assim como no campo das atividades empresariais e sociais privadas, podem ser o elemento que faz a diferença entre a evolução, com ganho social e inclusão, e a estagnação. Isso demonstra a atualidade da reflexão desenvolvimentista, especialmente quanto à compreensão de que a reprodução das condições que impedem o desenvolvimento não é inevitável e pode ser enfrentada com um movimento próprio, de crescimento combinado com a modificação das estruturas que produzem os desequilíbrios sociais e econômicos⁹³.

É dever do Estado institucionalizar as formas disponíveis, os instrumentos necessários para se estimular o desenvolvimento, ficando a critério do planejamento, devidamente democrático, embasado em uma representatividade autônoma e efetiva das classes sociais, o trabalho de induzir ao desenvolvimento.

Ou seja, no caso brasileiro, é evidente a necessidade de coesão e planejamento para a implementação de medidas capazes de direcionar o desenvolvimento. Essas medidas, entretanto, não necessariamente devem surgir na esfera federal, esta pode utilizar de sua competência para tal, mas em virtude da descentralização do poder, em virtude até mesmo da autonomia dos entes federativos, estes não só podem, como dever envidar esforços para a concretização do desenvolvimento, valendo-se, por vezes, de instrumentos coordenados pela esfera federal.

Ao passo que o legislador constituinte de forma implícita emplacou o direito ao desenvolvimento no ordenamento jurídico brasileiro, cabe agora estender a sua dimensão e a sua efetivação, nesse sentido, propomos o debate de sua aproximação ao direito tributário, que passaremos a abordar no seguinte tópico.

⁹³ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 28-29.



Direito ao desenvolvimento e sua relação com o direito tributário

Conforme visto anteriormente, o direito ao desenvolvimento está implicitamente inserido no contexto constitucional brasileiro, elencado muitas vezes como princípio fundamental, quando interpretado à luz da dignidade humana, por vezes como um objetivo fundamental. Precisamente sobre esse aspecto, ilustram muito bem as lições de Bruna Geovana Fagá Tiessi e Ilton Garcia da Costa, para quem:

[...] o legislador constituinte tratou de positivizar a atuação estatal no sentido de atentar para a efetivação e garantia dos direitos fundamentais. De modo que o exercício da tributação somente poderá se desenvolver com o apoio da Constituição Federal. Muito embora a Constituição não tenha definido o conceito de tributo, afirma-se que o Estado não pode atuar de forma discricionária e desmedida na sistemática da tributação, mas deverá fazê-la sempre dentro de limites pré-estabelecidos pela própria Constituição Federal e levando em consideração a definição para tributo que atenda e preserve em todos os sentidos os direitos e garantias fundamentais⁹⁴.

É dessa forma que o direito tributário se aproxima do direito ao desenvolvimento. Necessário esclarecer, entretanto, que são muitas as alternativas que o Estado tem a sua disposição para efetivar o direito ao desenvolvimento, como por exemplo, políticas públicas de inclusão social, programas voltados para as áreas de saúde, educação, moradia, dentre outras.

A título de esclarecimento, na esfera federal existem ações capazes de induzir o desenvolvimento, direcionando a ação ou política pública para investimentos de maior monta. Bons exemplos são: a) o Fundo Constitucional de Financiamento do Norte (FNO); b) Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste (FNE); c) Fundo Constitucional de Financiamento do Centro-Oeste (FCO), ambos, instituídos pela Lei nº 7.287/89; d) Fundos de Investimentos Regionais (FINOR e FINAM); e) Fundos de Desenvolvimento Regional (FDA, FDNE e FDCO); f) SUFRAMA e Modelo Zona Franca de Manaus. Esses instrumentos desenvolvidos na esfera federal, embora pouco

⁹⁴ COSTA, Ilton Garcia da; TIESSI, Bruna Geovana Fagá. Relação fiscal e sua efetivação a partir dos princípios constitucionais que garantem os direitos fundamentais. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 3, n. 32, 2013. p. 163-80. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/683/509>. Acesso em: 12/10/2014.



utilizados, podem ter o condão de estimular o desenvolvimento regional, captando recursos de maior monta⁹⁵.

Ao passo que na esfera federal o Estado pode se valer dos instrumentos acima elencados para proporcionar o desenvolvimento, poderá ele utilizar ainda, a concessão de incentivos fiscais. Ademais, deve-se mencionar que a principal fonte de arrecadação tributária atualmente encontra-se na esfera estadual.

Nesse diapasão, o Imposto sobre a Circulação de Mercadoria e Serviços (ICMS), de competência estadual e distrital reflete a maior fatia de recursos tributários. O potencial para incentivo ao desenvolvimento desse tributo desbanca qualquer outra fonte de receita tributária.

Os Estados federados são detentores de grande instrumento tributário, capaz de auxiliar o desenvolvimento regional, podendo, para tanto, utilizar a capacidade de coordenação da União para promover o desenvolvimento ou valer-se das suas próprias políticas.

2. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA RENÚNCIA FISCAL

A matéria de renúncia fiscal em nossa Constituição Federal deve ser analisada sob o enfoque do artigo 150, §6º, o qual leciona que qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias enumeradas no artigo ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no artigo 155, §2º, XII, “g”, também da Constituição Federal.

Já o artigo 155, §2º, XII, “g” da Constituição, que conforme acima descrito, também deve ser observado em caso de renúncia fiscal, estabelece caber à lei complementar regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

⁹⁵ CASTRO, Murilo Résio. Desenvolvimento regional e políticas públicas de estímulos fiscais e financeiros – perspectivas. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra da (Org.). **Tratado de direito financeiro – vol. 2**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 139-148.



Embora haja previsão, importante ressaltar que a competência para concessão dos benefícios fiscais não é exclusiva e nem privativa da União. Conforme leciona Murilo Rê시오, é o que se abstrai da leitura do artigo 150, §6º, combinado com os artigos 1º; 3º, inciso III; 18, incisos I e X; 23, parágrafo único; 24, inciso I, todos da Constituição, indicando tratar-se de responsabilidade comum e concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios⁹⁶.

É possível observar que o texto constitucional, em respeito ao pacto federativo, concede autonomia aos entes federativos para a instituição de impostos, que garantirá a sua autonomia financeira, e dentro desta linha, concede também autonomia para a concessão e renúncia fiscal.

Conforme leciona Matheus Carneiro Assunção, “Será legítimo o incentivo fiscal concedido sob o amparo de desígnios constitucionais, como instrumento de promoção de finalidade relevante à coletividade⁹⁷”.

Ou seja, o instrumento de renúncia fiscal, desde que amparado pelas diretrizes estabelecidas constitucionalmente, respeitando a destinação a qual foi criada e delimitada pelos critérios estabelecidos legalmente, os quais veremos mais adiante, poderá ser utilizado como indutor ao desenvolvimento.

Nesse diapasão, é possível observar que a Constituição Federal elenca em seu artigo 1º os princípios fundamentais, dentre eles, no inciso III, o da dignidade da pessoa humana. A leitura deste artigo não deve ser feita isoladamente, mas em conjunto com o artigo 3º, incisos II e III, onde a própria Constituição Federal elenca como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a garantia ao desenvolvimento regional, bem como a erradicação da pobreza e marginalização e, ainda, a redução das desigualdades sociais e regionais.

Note-se que o instrumento da concessão de benefícios fiscais por parte dos entes federativos pode gerar considerável redução de receitas que poderiam estar sendo

⁹⁶ CASTRO, Murilo Rê시오. Desenvolvimento regional e políticas públicas de estímulos fiscais e financeiros – perspectivas. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra da (Org.). **Tratado de direito financeiro – vol. 2**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 152.

⁹⁷ ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. **Incentivos fiscais e desenvolvimento econômico: a função das normas tributárias indutoras em tempos de crise**. p. 23. Monografia premiada com Menção Honrosa no XV Prêmio Tesouro Nacional – 2010. Disponível em: http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XVPremio/politica/MHpfceXVPTN/Tema_3_MH.pdf. Acesso em: 12/10/2014.



utilizadas para a promoção de medidas ou programas estatais que promoveriam o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana ou ratificariam os objetivos fundamentais da República como a promoção da garantia ao desenvolvimento regional. Entretanto, a medida acaba por limitar a arrecadação dessa arrecadação.

Sob outro ponto de vista, o instrumento de concessão de renúncia fiscal estaria estimulando o investimento privado, diminuindo custos para o empresariado que vislumbra a possibilidade de instalação de plantas industriais. Esses investimentos privados estariam aptos a gerar circulação de riquezas, pois promoveriam a contratação de trabalhadores direta e indiretamente, arcariam com as despesas de trabalhistas destes empregados, gerariam a produção de bens para comercialização. Nesse contexto, e levando em consideração o disposto nos artigos 150, §6º e 155, §2º, XII, “g”, ambos da Constituição Federal, a medida concessiva de renúncia fiscal estaria promovendo indiretamente o princípio da dignidade da pessoa humana e ratificando os objetivos fundamentais da República.

Segundo entendemos, o instrumento de renúncia fiscal estimula a participação da iniciativa privada no processo de desenvolvimento econômico regional reduzindo a participação do Estado como indutor ao desenvolvimento, figurando apenas como estimulador do processo desenvolvimentista, garantindo a coordenação do processo de realocação de receitas entre os cidadãos, promovendo a dignidade da pessoa humana.

2.1 Aspectos legais – legislação infraconstitucional – da renúncia fiscal

Após análise da previsão constitucional, necessário demonstrar o que leciona a legislação infraconstitucional acerca da renúncia fiscal e, para efeito de delimitação do estudo, o trabalho focará especial na renúncia fiscal praticada pelo Estados Federados e Distrito Federal, relativamente ao imposto sobre circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal – ICMS.

Nesse diapasão, conforme observado anteriormente, a Constituição Federal prevê em seu artigo 155, §2º, inciso XII, alínea “g”, que a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais por deliberação dos Estados e do Distrito Federal será regulado por meio de Lei Complementar. Durante alguns anos após a promulgação da



Constituição esse artigo ficou sem regulamentação, em virtude da não edição, por parte do poder legislativo federal, da referida lei complementar.

Instado a se pronunciar sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a concessão de benefícios fiscais em matéria de ICMS seguiria o disposto na Lei Complementar nº 24/75, por força do que dispõe o artigo 34, §8º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

O artigo 34, §8º do ADCT dispõe que, após a promulgação da Constituição Federal, após sessenta dias não for editada lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o artigo 155, I, “b” os Estado e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24/75, fixarão normas para regulamentar a matéria.

Ocorre que em função da Emenda Constitucional nº 03/93, a referência ao artigo 155, I, “b” passou a ser artigo 155, II da Constituição Federal. Mas, a redação original do artigo suprimido em virtude da EC nº 03/93, dispunha que competia aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, ainda que as operações e as prestações se iniciassem no exterior.

Portanto, da análise conjunta dos antigos 34, §8º do ADCT com a redação original do artigo 155, I, “b” da Constituição, observamos que o mandamento inserto no primeiro é de caráter transitório, até que sobreviesse lei complementar para regulamentar a matéria, o que se deu com a Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir).

Ou seja, a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais em matéria de ICMS, após a Constituição Federal de 1988, até a edição da Lei Complementar nº 87/96, deveria ser regulamentada observando o disposto na Lei Complementar nº 24/75, por força do artigo 34, §8º do ADCT. Após a vigência da Lei Complementar nº 87/96, que dispõe sobre o ICMS o artigo 34, §8º do ADCT perde sua eficácia e, como a nova Lei Complementar não regula a matéria de isenção, incentivo e benefício fiscal, a concessão de tais instrumentos deve seguir o disposto no artigo 155, §2º, inciso XII, alínea “g” da Constituição.

Nesse sentido, corroboramos com o entendimento de Murilo Résio, para quem:



Entendemos não ter sido a LC n. 24/75 recepcionada pela Constituição Federal de 1988 em relação à concessão de incentivos fiscais, inclusive sobre a matéria de ICMS, pelo fato de o Constituinte de 1988 ter limitado a recepção apenas temporária até o advento da lei complementar que *instituir* o ICMS, o que já ocorreu com o advento da LC n. 87/96, [...] bem como pelo fato de o art. 41 do ADCT ter dado tratamento específico a ser observado para a concessão de benefícios fiscais, não fazendo qualquer recepção da LC n. 24/75, além das incompatibilidades desta lei complementar referenciada com o texto e a ideologia da Constituição Federal de 1988⁹⁸.

Em que pese entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal, apontando a necessidade de observância da lei complementar n° 24/75 para a concessão do instrumento de renúncia fiscal, adotando o procedimento de celebração de convênios em âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, divergimos por entender que o instrumento de concessão de benefícios fiscais em matéria de ICMS deve ser tratada à luz do artigo 155, §2º, inciso XII, alínea “g” da Constituição, ratificando a autonomia dos Estados e do Distrito Federal frente à União, desde que acompanhada pela regular edição de lei complementar estadual ou distrital versando sobre o assunto.

Ademais, além da previsão constante nas leis complementares n° 24/75 e 87/96, deve-se fazer menção à Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar n° 101/2000 que traz no bojo do seu artigo 14 noções de que a concessão ou ampliação de incentivo ou benefícios fiscais deverá estar em consonância com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e ainda, estar acompanhada de estimativa de impacto orçamentário-financeiro.

A bem da verdade, boa parte da doutrina observa o artigo 14 da lei de responsabilidade fiscal como um empecilho ao instrumento, e tentam afastar a incidência do artigo, basicamente com os seguintes argumentos apresentados por Weder de Oliveira:

⁹⁸ CASTRO, Murilo Résio. Desenvolvimento regional e políticas públicas de estímulos fiscais e financeiros – perspectivas. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra da (Org.). **Tratado de direito financeiro** – vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 155



Com relação aos benefícios com essa finalidade, sustenta-se a inaplicabilidade do art. 14 com base nos seguintes raciocínios argumentativos:

1. Não ocorre renúncia de receita na concessão de benefícios com essa finalidade; ao contrário, ocorrerá aumento de arrecadação, visto que serão obtidas receitas que, sem a concessão do benefício, não seriam obtidas. Logo, não caberia exigir medidas de compensação;
2. Em muitos casos, os benefícios somente começarão a ser usufruídos em exercícios posteriores ao da vigência da lei, quando forem concedidos administrativamente (momento em que se reconhece à empresa o direito ao benefício). Portanto, a lei não tem repercussão sobre estimativa de receita da lei orçamentária em vigor, não sendo os incisos I e II do art. 14 da LRF aplicáveis à concessão;
3. Não é possível realizar estimativas dos efeitos de leis que concedem benefícios dessa natureza, razão pela qual não seria razoável exigir a aplicação do art. 14⁹⁹.

Nesse sentido, não vislumbramos instrumentos necessários para afastar a aplicabilidade do artigo 14 da lei de responsabilidade fiscal, pois a concessão de medidas que afetem a receita dos Estados é medida que deve estar em consonância com os instrumentos financeiros que resguardem o ente tributante, a exemplo da lei de diretrizes orçamentárias.

Outrossim, há que se enfatizar o fato de que a lei de responsabilidade fiscal estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, nos moldes do que dispõe o seu artigo 1º, além de ser legislação referência que materializa “um avanço importante para as finanças públicas, normatizando a responsabilidade na gestão fiscal consubstanciada na ação planejada e transparente, prevenindo riscos, corrigindo desvios, de forma a equilibrar as finanças públicas¹⁰⁰”, conforme ensinamentos de Murilo Rêzio.

Deve-se mencionar ainda, o fato de que a concessão de incentivos fiscais por meio de legislação estadual, sempre que utilizada deverá respeitar os ditames estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Deverá ainda, envidar esforços para que a medida seja feita embasada em um planejamento prévio, de modo a corroborar com o disposto no artigo 14 da mesma lei.

⁹⁹ OLIVEIRA, Weder de. Curso de responsabilidade fiscal: direito, orçamento e finanças públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 922.

¹⁰⁰ CASTRO, Murilo Rêzio. Desenvolvimento regional e políticas públicas de estímulos fiscais e financeiros – perspectivas. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra da (Org.). **Tratado de direito financeiro – vol. 2**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 162.



Portanto, podemos elencar como normas infraconstitucionais regulamentadoras da concessão do instrumento de renúncia fiscal as leis complementares nº 24/75, 87/96 e 101/2000, ressalvando o entendimento de que, em que pese posicionamento jurisprudencial de aplicabilidade da primeira, excluimos tal possibilidade, firmando entendimento que a legislação a ser aplicada no caso seria apenas das últimas.

2.2 Aspecto legal dos convênios celebrados em âmbito do CONFAZ

Segundo a lei complementar nº 24/75, em seu artigo 1º, a isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, o antigo ICM, quando concedidas ou revogadas, devem ser celebrados nos termos de convênios.

Os convênios, a que se refere o artigo 1º da lei complementar nº 24/75, são celerados em âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, sendo este o órgão responsável pela sua deliberação.

Conforme previsão do Convênio ICMS nº 133/97, em seu artigo 30, inciso I, as decisões colegiadas tomadas em âmbito do CONFAZ, atinentes à concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais serão tomadas por unanimidade dos representantes presentes.

Sob um primeiro enfoque, é de se notar uma tentativa de centralizar as decisões de competência dos Estados e do Distrito Federal, no que tange à concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais em matéria de ICMS, em um órgão colegiado. Seria uma tentativa de robustecer o pacto federativo, uma vez que o ICMS atualmente representa a maior fatia de recursos para esses entes federativos, materializando as suas autonomias administrativas.

Essa centralização foge ao estabelecido na constituição federal que busca destinar maior parcela de poder aos entes federados, conferindo-lhes autonomia. Acerca do tema, podemos mencionar a contribuição de Otávio Soares Dulci, para quem há:

[...] um impulso muito claro de descentralização política e institucional, a traduzir-se em deslocamento de poder em favor dos estados e municípios, É inegável o sentido democrático da descentralização estabelecida na Carta de 1988; porém, ela estimulou uma espécie de anomia no que diz respeito ao quadro tributário no



âmbito da federação, ao atribuir a cada estado o poder de fixar autonomamente as alíquotas do Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICMS) – o imposto que constitui a base da receita estadual. Estava preparado o alicerce jurídico para as escaramuças da guerra fiscal.

A revisão do pacto federativo promovida pela Constituição de 1988 provocou uma atitude hostil da União em face da descentralização, pelo que significa perda de receita. Desde então observa-se o empenho do governo federal em ampliar seu quinhão no bolo tributário, empregando para isso vários meios, inclusive alguns que apontam para uma nova centralização, colidindo portanto com a linha consagrada no Constituição vigente¹⁰¹.

Ou seja, se observa no contexto apresentado pela lei complementar nº 24/75 e artigo 30, inciso I, do Convênio ICMS nº 133/97 uma verdadeira afronta à autonomia dos Estados e do Distrito Federal em matéria de concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais do ICMS, centralizando uma decisão, mesmo que mascarada sob o aspecto de ser colegiada, que deveria ser de cada ente tributante.

Não obstante, há que se fazer uma segunda análise sobre o tema, a questão da unanimidade requerida no mesmo artigo 30, inciso I, do Convênio ICMS nº 133/97. Em que pese evidente esforço dos representantes dos estados que propõem medidas concessivas de incentivos fiscais, a unanimidade em uma decisão colegiada em que envolve significativa quantidade de recursos, ou a renúncia deles, é algo praticamente impossível.

Essa unanimidade acaba por privilegiar estados mais desenvolvidos, com parques industriais em melhores condições que as de outros estados, e esse fator impacta diretamente em uma política que visa minimizar desigualdades regionais.

Há também o argumento, aqui materializado pelo pensamento de Murilo Rêzio, de que “a LC 24/75 não foi recepcionada pela CF/88 em matéria de concessão e revogação de incentivos e benefícios fiscais, não sendo aplicável os seus convênios”¹⁰².

Em que pese os fortes argumentos apresentados, acrescentamos este ao rol apresentado anteriormente, demonstrando que o instrumento de incentivos fiscais deve

¹⁰¹ DULCI, Otávio Soares. Guerra fiscal, desenvolvimento desigual e relações federativas no Brasil. *Revista de sociologia e política*, Curitiba, n. 18, p. 95-107, jun 2002.

¹⁰² CASTRO, Murilo Rêzio. Desenvolvimento regional e políticas públicas de estímulos fiscais e financeiros – perspectivas. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra da (Org.). *Tratado de direito financeiro – vol. 2*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 161.



ser utilizado com espeque nas leis complementares nº 87/96 e 101/2000, ambas corroborando entendimento da constituição federal, insculpido nos artigos 150, §6º e 155, §2º, inciso XII, alínea “g”.

2.3 Legislações estaduais concessivas de incentivos e a guerra fiscal

Em posicionamento contrário ao defendido pelo Supremo Tribunal Federal, e fundamento suas legislações no teor do que dispõe a constituição federal, muitos estados vêm editando leis concessivas de incentivos fiscais.

Em busca de materializar a captação de investimentos capazes de implementar a estruturação ou reestruturação de seu parque industrial, permitindo a maior geração de emprego e uma circulação maior de riquezas, os estados adotam a postura de legislar concessões de incentivos, ganhando espaço a discussão da chamada guerra fiscal, onde os estados por conta própria tentam estimular suas economias regionais a despeito do pacto federativo.

A respeito dos pontos negativos da guerra fiscal, podemos citar a lição de Otávio Soares Dulci, segundo o qual:

Para o país como um todo, contudo, as consequências são negativas. Ao lado das tensões políticas entre os estados, cabe ponderar qual o impacto social das renúncias fiscais, promovidas por governos estaduais que nem sempre estão em condições de fazê-lo sem sacrificar ainda mais suas populações. Como adverte Diniz, a guerra fiscal corrói as finanças públicas, compromete receitas futuras e desvia preços relativos¹⁰³.

Complementa o autor, relatando que os principais beneficiários da guerra fiscal são as empresas multinacionais, pois são capazes de alocar maiores recursos, sendo que as maiores prejudicadas seriam as grandes empresas nacionais, assim como as pequenas e médias empresas¹⁰⁴.

¹⁰³ DULCI, Otávio Soares. Guerra fiscal, desenvolvimento desigual e relações federativas no Brasil. *Revista de sociologia e política*, Curitiba, n. 18, p. 95-107, jun 2002.

¹⁰⁴ Ibidem.



Sobre os argumentos apresentados, é possível ampliar a discussão e apresentar contra-argumentos, pois como os embates de guerra fiscal se dão basicamente em plano estadual, com a concessão de incentivos fiscais em matéria de ICMS, nem sempre os maiores beneficiados por medidas concessivas de incentivos são as empresas multinacionais, como argumenta Otávio Soares Dulci. Ademais, cumpre ressaltar que o instrumento de concessão de incentivos fiscais não é o único aparato capaz de estimular o desenvolvimento regional. Na esfera federal existem ações capazes de induzir ao desenvolvimento, direcionando a ação ou política pública para investimentos de maior monta.

Outro ponto de vista a ser rebatido, é o apresentado por Sérgio Prado, pois em recente estudo da área econômica apresentado por Sávio Bertochi Caçador, Edson Zambon Monte e Ricardo Ramalhete Moreira, onde se estudam os efeitos da política fiscal no Brasil, conclusivamente apresentam apenas a ressalva que “há indícios de *cluster* para os estados com mais similaridades de respostas aos choques estudados, a exemplo do observado para parte da literatura internacional¹⁰⁵”, seguindo em considerações finais, o trabalho indica que:

Usando metodologia VAR e uma base de dados que compreende o período entre janeiro de 2002 e dezembro de 2011, os principais resultados alcançados foram os seguintes:

i. diante de um choque positivo em NFSP (necessidade de financiamento do setor público) houve, em geral, uma resposta positiva na produção industrial dos estados pesquisados [...] apresentando os maiores incrementos percentuais acumulados após 12 meses de observação do choque¹⁰⁶.

Ou seja, após estudo econômico dos impactos de uma medida concessiva de incentivos fiscais, que no estudo acima citado é chamado de NFSP (necessidade de financiamento do setor público), os resultados apresentados foram positivos, apresentando índices positivos após o período de 12 meses.

¹⁰⁵ CAÇADOR, Sávio Bertochi; MONTE, Edson Zambon; MOREIRA, Ricardo Ramalhete. Efeitos de política fiscal no Brasil: uma análise por vetores autoregressivos. **Revista economia e desenvolvimento**, Recife, vol. 12, n. 2, p. 35-60, jul.–dez. 2013.

¹⁰⁶ CAÇADOR, Sávio Bertochi; MONTE, Edson Zambon; MOREIRA, Ricardo Ramalhete. Efeitos de política fiscal no Brasil: uma análise por vetores autoregressivos. **Revista economia e desenvolvimento**, Recife, vol. 12, n. 2, p. 35-60, jul.–dez. 2013.



Outro estudo de destaque elaborado recentemente e que vai ao encontro da argumentação aqui desenvolvida, foi elaborado pela Fundação Getúlio Vargas - FGV, e que procurou estimar “os impactos econômicos advindos da implantação e da operação de um conjunto de selecionado de projetos industriais, viabilizados por incentivos fiscais concedidos pelas Unidades Federativas onde os mesmos se instalaram¹⁰⁷”.

Para a realização do estudo a FGV levou em consideração a 12 projetos, os quais resultaram, segundo o estudo, de forma direta ou indireta em 1,2% do produto interno bruto do Brasil no ano de 2010. Além de contribuir para a arrecadação tributária em um percentual estimado de 2,0%¹⁰⁸.

Já para as economias regionais, segundo o estudo da FGV, “da mesma forma que em âmbito nacional, os impactos regionais se verificam tanto no momento da implantação quanto ao longo das operações das plantas¹⁰⁹”.

Em virtude dos argumentos apresentados, acreditamos que a concessão de estímulos fiscais é, antes de uma guerra fiscal instituída, uma oportunidade que os governantes têm de reduzir as desigualdades regionais, quando a adotando sempre nos parâmetros constitucionais e obedecendo aos ditames da legislação infraconstitucional.

3. ESTUDO DE CASO – “PROGRAMA DESENVOLVE” DO ESTADO DA BAHIA

Para uma melhor compreensão do tema proposto, passaremos a abordar a Lei do Estado da Bahia nº 7.980/01, bem como o Decreto Estadual nº 8.205/02 que a regulamenta.

¹⁰⁷ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV. **Projeto: Impactos socioeconômicos dos incentivos fiscais estaduais.** Diretor: Ricardo Simonsen. Supervisor: Francisco Eduardo Torres de Sá. Coordenador: Fernando Naves Blumenschein, Solicitação: Federação das Indústrias do Estado de Goiás. Rio de Janeiro, 16/09/2011. Disponível em: “http://www.adialbrasil.com.br/adial/anexo/documentos/Estudo_FGV_Incentivos_Fiscais.PDF”. Acesso em: 10/08/2014.

¹⁰⁸ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV. **Projeto: Impactos socioeconômicos dos incentivos fiscais estaduais.** Diretor: Ricardo Simonsen. Supervisor: Francisco Eduardo Torres de Sá. Coordenador: Fernando Naves Blumenschein, Solicitação: Federação das Indústrias do Estado de Goiás. Rio de Janeiro, 16/09/2011. Disponível em: “http://www.adialbrasil.com.br/adial/anexo/documentos/Estudo_FGV_Incentivos_Fiscais.PDF”. Acesso em: 10/08/2014.

¹⁰⁹ Ibidem.



Tratam-se de dispositivos legais concessivos de incentivos fiscais, a Lei nº 7.980/01 instituiu o chamado Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, enquanto que o Decreto nº 8.205/02 estabeleceu a aprovação do regulamento desse programa, bem como constituiu o seu conselho deliberativo.

Como se observa, o estado da Bahia, por meio de Lei Estadual, exerce competência constitucional insculpida nos artigos constitucionais para concessão de incentivos fiscais em matéria de ICMS.

Tais dispositivos vêm sendo objeto de contestação de constitucionalidade por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.835, promovida pelo Estado de São Paulo. O qual sustenta, em síntese, que os dispositivos não atendem ao comando do artigo 155, §2º, inciso XII, alínea “g” da Constituição Federal.

Os estados vêm apresentando alternativa própria, consubstanciada em competência conferida pela Constituição Federal, em conceder incentivos fiscais em matéria de ICMS capazes de atrair investimentos suficientes a promover o desenvolvimento de seus parques industriais e refletindo em uma melhora nas condições de vida de suas populações. Essa atitude, a despeito do que sustentam estados que possuem parques industriais já robustos, visa garantir a implantação de parques industriais em estados mais carentes, indo ao encontro do direito ao desenvolvimento.

Portanto, retornando ao estudo dos dispositivos legais do estado da Bahia, que conferem incentivos fiscais para empresas que invistam naquele estado, podemos destacar observação desenvolvida por Elisia Medeiros, para quem o programa DESENVOLVE é:

[...] de natureza tributária com roupagem financeira, posto que só contempla, do lado tributário, o diferimento do ICMS, que é apenas postergação do pagamento do imposto, contudo, do lado financeiro, os benefícios auferidos convertem-se em tributários, quando, em função do percentual que a empresa se enquadrar, levando em consideração a combinação das variáveis citadas, o contribuinte tem a possibilidade de dilatar o pagamento do imposto em até 90%, limitado ao período



de dilação de até 72 parcelas, podendo o imposto, após a aplicação da TJLP, ser antecipado com o desconto de até 90%¹¹⁰.

A política adotada no caso em tela, vem apresentando resultados positivos, conforme passaremos a apontar no próximo item.

3.1 Análise de dados da evolução do IDH da Bahia

Conforme analisado em passagem anterior, uma das formas disponíveis para a avaliação do desenvolvimento nos Estado é o índice disponibilizado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, intitulado Índice de Desenvolvimento Humano – IDH.

Por oportuno, é dever apresentar os indicadores do estado da Bahia em período anterior à implantação do programa ora em análise e posterior ao período, conforme discriminado na tabela abaixo:

Tabela 1: IDH renda – anos: 2000 e 2010

	IDH Renda (2000)	IDH Renda (2010)
Brasil	0,692	0,763
Bahia	0,594	0,663
Distrito Federal	0,805	0,863
São Paulo	0,756	0,789

Fonte: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD¹¹¹

Como é possível observar os índices do estado da Bahia apresentaram melhoras entre os anos de 2000 a 2010, assim como os demais índices comparados, a exemplo dos índices do Brasil, do estado de São Paulo e do Distrito Federal, estes últimos são os

¹¹⁰ PINTO, Elisia Medeiros. Política fiscal e seus efeitos no desenvolvimento regional do Estado da Bahia: um estudo sobre os incentivos fiscais no Estado da Bahia no período de 1994 a 2005. p. 161-162. Dissertação (Mestrado em Análise Regional e Urbano). Universidade Salvador – UNIFACS, 2006. Disponível em: <http://www.radarciencia.org/doc/politica-fiscal-e-seus-efeitos-no-desenvolvimento-regional-do-estado-da-bahia-um-estudo-sobre-os-incentivos-fiscais-no-estado-da-bahia-no-periodo-de-1994-a-2005>. Acesso em: 07/09/2014.

¹¹¹ Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. Disponível em: <http://www.atlasbrasil.org.br/2013/pt/consulta>. Acesso em: 12/10/2014



dois primeiros colocados no ranking divulgado pelo PNUD nos dois levantamentos realizados em 2000 e 2010.

A princípio, não há como estabelecer qualquer relação entre o programa DESENVOLVE a melhora no IDH renda apresentado pelo estado da Bahia no período. Entretanto, se levarmos em consideração a tabela abaixo onde é apresentada de forma efetiva os resultados obtidos com o programa, será possível verificar que houve contribuição para a alteração do IDH, senão vejamos:

Tabela 2: Resumo de informações de projetos aprovados e implantados de 2002 a 2005 no âmbito do programa DESENVOLVE

ANO	Nº de Projetos	Mão de obra	Investimento	Geração de ICMS	Financiamento
2002	22	2.681	552.386	522.120	444.952
2003	31	2.533	152.197	278.071	194.784
2003	101	2.226	147.525	152.042	115.523
2004	72	6.306	141.192	395.973	297.076
2005	157	9.929	823.246	903.520	696.490
Total	383	23.675	1.816.545	2.251.726	1.748.826

Fonte: SICM/Secretaria Executiva do DESENVOLVE, 2005¹¹².

Nesses termos, deve-se evidenciar que não como mensurar qual o grau efetivo de contribuição do programa DESENVOLVE para a alteração no IDH renda do estado da Bahia, mas se for levado em consideração de que o IDH renda, quando da sua confecção observa fatores como, por exemplo, a renda, conforme dados divulgados acima os beneficiários de do programa geraram cerca de 23.675 postos de trabalho incrementando a renda de famílias que compõem a base de cálculo do IDH.

¹¹² SICM/Secretaria Executiva do DESENVOLVE, 2005. (In.) PINTO, Elisia Medeiros. Política fiscal e seus efeitos no desenvolvimento regional do Estado da Bahia: um estudo sobre os incentivos fiscais no Estado da Bahia no período de 1994 a 2005. p. 161-162. Dissertação (Mestrado em Análise Regional e Urbano). Universidade Salvador – UNIFACS, 2006. Disponível em: <http://www.radarciencia.org//doc/politica-fiscal-e-seus-efeitos-no-desenvolvimento-regional-do-estado-da-bahia-um-estudo-sobre-os-incentivos-fiscais-no-estado-da-bahia-no-periodo-de-1994-a-2005>. Acesso em: 07/09/2014.



Ademais, um fato a ser observado nos dados apresentados acima é a de que houve redução de arrecadação de ICMS no estado da Bahia nos anos de 2003 e 2004, entretanto retomando uma arrecadação superior no ano de 2005.

Os dados acima podem ser explicados pelo fato de que os anos de 2003 e 2004 serem os dois primeiros anos de implementação do programa e conforme estudo econômico de Sávio Bertochi Caçador, Edson Zambon Monte e Ricardo Ramalhete Moreira, já citado anteriormente, as medidas concessivas de incentivos fiscais devem apresentar efeitos positivos após o período de 12 meses¹¹³.

Em que pese se verificar que o programa em análise contribuiu para a melhora do IDH renda do estado da Bahia entre os anos de 2000 e 2010, não há como evidenciar de este tenha sido o único motivo para a significativa melhora.

Em virtude dessa constatação, deve-se observar outro instrumento que pode apontar para uma melhor utilização do instrumento de incentivos fiscais, a chamada curva de Laffer, a qual será analisada no próximo tópico.

4. APLICAÇÃO DA CURVA DE LAFFER

Dentro da linha de pesquisa proposta, em que o instrumento de concessão de incentivos fiscais por governos estaduais poderia servir de indutor ao desenvolvimento, após a apresentação da teoria do desenvolvimento e dos aspectos do instrumento de concessão desses incentivos, bem como da análise do programa DESENVOLVE lançado pelo estado da Bahia, é necessário trazer à baila a denominada curva de Laffer.

Precipualemente deve-se mencionar que a curva de Laffer está intimamente ligada à discussão da efetividade da tributação. Nesse passo é que se aproxima da discussão travada ao longo deste trabalho, uma vez que se procurou, a todo o momento, demonstrar que um instrumento cujo objetivo é reduzir a carga tributária, ou seja, diminuir a arrecadação de determinado tributo, poderá induzir ao desenvolvimento.

Nesse diapasão, podemos esclarecer que a curva de Laffer, denominada assim em virtude dos estudos do economista Arthur Laffer, pretende demonstrar a existência

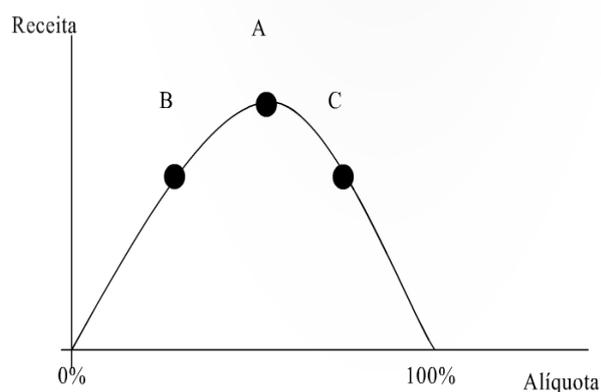
¹¹³ CAÇADOR, Sávio Bertochi; MONTE, Edson Zambom; MOREIRA, Ricardo Ramalhete. Efeitos de política fiscal no Brasil: uma análise por vetores autoregressivos. *Revista economia e desenvolvimento*, Recife, vol. 12, n. 2, p. 35-60, jul.–dez. 2013.



de um “ponto ótimo” de tributação, quando a alíquota de determinado imposto sucessivamente majorada, começa a afetar a arrecadação desse tributo¹¹⁴.

Segundo estudo de Alfredo Meneghetti Neto, a curva de Laffer seria um “instrumento que se utiliza para mostrar que as alíquotas dos impostos podem produzir distorções e desincentivos que fazem, efetivamente, reduzir a receita pública à medida que as respectivas alíquotas são aumentadas”¹¹⁵.

A representação da gráfica da curva de Laffer se dá da seguinte forma. De um lado da coluna utilizam-se dados de arrecadação tributária, de outro, dados relativos à alíquota do tributo em análise, a partir desses dados, levando em consideração a curvatura apresentada no gráfico, chega-se à constatação de que em determinado ponto, determinada majoração de alíquota a arrecadação de tributos para a diminuir chegando ao “ponto zero”. Conforme demonstrado abaixo:



Fonte: Alfredo Meneghetti Neto¹¹⁶

¹¹⁴ SUCENA, Vinicius Teixeira. **Estimação da curva de Laffer para o IPI no Brasil: uma abordagem de fronteira estocástica**. p. 17. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Faculdade de Economia, 2008. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4998/1/2008_ViniciusTeixeiraSucena.pdf. Acesso em: 18/10/2014.

¹¹⁵ MENEGHETTI NETO, Alfredo. O aumento do ICMS e a curva de Laffer. **Análise: A revista acadêmica da FACE do Rio Grande do Sul – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, vol. 3, 1992, 1, p. 59-72. Disponível em: http://issuu.com/amneto/docs/fp_o_aumento_do_icms_e_a_curva_de_laffer. Acesso em: 18/10/2014.

¹¹⁶ MENEGHETTI NETO, Alfredo. O aumento do ICMS e a curva de Laffer. **Análise: A revista acadêmica da FACE do Rio Grande do Sul – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, vol. 3, 1992, 1, p. 59-72. Disponível em: http://issuu.com/amneto/docs/fp_o_aumento_do_icms_e_a_curva_de_laffer. Acesso em: 18/10/2014.



Como se observa da representação da curva de Laffer acima, a majoração de alíquotas de determinado tributo teria o condão de aumentar a receita como se observa nos pontos “B” e “A”, entretanto, a partir do ponto “A”, tem-se a redução da arrecadação como se observa no ponto “C” até que uma alíquota de 100% representaria uma receita de 0%.

Isso pode significar que o tributo com uma alíquota excessivamente alta, até certo ponto representaria uma maior arrecadação, entretanto não significa que essa arrecadação esteja sendo revertida em benefícios da sociedade ou dos contribuintes.

Ademais, uma majoração excessiva e sucessiva, chegaria ao “ponto ótimo”, onde a carga tributária poderia representar para o contribuinte uma oneração impiedosa, a ponto de a receita proveniente daquele tributo passar por um declive e até mesmo à sua extinção.

A bem da verdade, acreditamos que a redução de alíquotas do ICMS a cargo dos estados estaria otimizando a arrecadação de tributos uma vez que a sua concessão não representou uma redução direta de receitas, como no caso da Bahia (Tabela 2). No estado da Bahia, houve redução de arrecadação entre os anos de 2003 e 2004, retomando no ano de 2005 um resultado de arrecadação acima do ano de 2002.

Ou seja, a majoração de alíquotas no caso do ICMS, por exemplo, pode representar uma maior arrecadação, uma maior receita para o estado federado, mas não necessariamente será revertido em melhores condições de desenvolvimento para o contribuinte.

Entretanto, quando da utilização do instrumento de incentivos fiscais, no caso da Bahia com o programa DESENVOLVE, em que pese uma redução na arrecadação nos anos de 2003 e 2004, houve um novo crescimento de arrecadação no ano de 2005 e melhoras significativas no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), inclusive acima da média verificada pelo Brasil, pelo Distrito Federal e São Paulo, conforme demonstra a análise da Tabela 1.

Percebe-se, portanto, quando comparado os dados apresentados no item anterior juntamente com a proposta trazida pela curva de Laffer, que o instrumento de incentivos fiscais pode ser utilizado como indutor ao desenvolvimento, em contraposição à



elevação excessiva de tributos, que não significa em retorno ao contribuinte ou à sociedade. Ao contrário, a carga tributária excessiva pode trazer efeitos danosos ao desenvolvimento nos moldes propostos nesse trabalho, uma vez que pode impedir o surgimento de novos investimentos em parques industriais, viabilizando as suas expansões; pode inviabilizar investimentos de implementação de novas plantas industriais, entre outras consequências, todas com reflexos diretos na criação de novos postos de trabalho bem como na geração e circulação de riquezas, bem como na condição de vida das populações envolvidas nesse processo.

Ademais, pelo que foi analisado no trabalho as medidas concessivas de incentivos fiscais, em que pese contribuïrem para a condução e efetivação do direito ao desenvolvimento, não podem ser taxadas como o único instrumento capaz de realizá-lo. Deve ser utilizado pelos estados federados como uma alternativa sustentável, sempre dele se servindo, embasado nos preceitos constitucionais e dentro dos parâmetros legais estabelecidos, mas não há como afirmar que este será o único instrumento capaz de viabilizar o desenvolvimento.

CONCLUSÃO

O presente estudo trouxe a conceituação do direito ao desenvolvimento, demonstrando a sua origem e concepção em âmbito internacional e proporcionou a análise do mesmo em âmbito nacional.

Foi possível verificar que, embora a Constituição Federal de 1988 não faça menção expressa ao direito ao desenvolvimento, este se encontra presente no ordenamento jurídico nacional de forma implícita sendo necessário, para sua efetivação um amplo e irrestrito planejamento envolvendo todas as esferas de poder.

Nesse sentido, o direito tributário se apresenta catalizador de forças para a efetivação do direito ao desenvolvimento, ao passo que possibilita ao Estado de uma forma geral desenvolver políticas públicas redistributivas de renda, por exemplo, ou mesmo valer-se de medidas concessivas de incentivos fiscais.



Ao passo que o estudo propunha a análise do instrumento de concessão de incentivos fiscais como indutor do desenvolvimento regional, foi possível observar que esse instrumento não goza de ampla aprovação no atual cenário jurídico nacional.

Tal verificação se dá em virtude da divergência existente entre o entendimento formulado pelo Supremo Tribunal Federal, para quem os incentivos fiscais em matéria de ICMS devem, necessariamente, ser tratados em âmbito do CONFAZ, sob pena de recair em inconstitucionalidade, e o instrumento atualmente utilizado pelos estados, qual seja, a concessão de incentivos fiscais em matéria de ICMS por meio de edição de legislação estadual, fundamento a decisão em parâmetros constitucionais de competência. Ademais, conforme restou demonstrado no estudo, em que pese entendimento jurisprudencial majoritário do STF, nos posicionamos pela constitucionalidade da concessão de incentivos fiscais em matéria de ICMS por meio de legislação estadual.

Vencido o debate sobre a viabilidade do instrumento, passou-se à análise de caso concreto, o programa DESENVOLVE, lançado pelo estado da Bahia, com o objetivo de incentivar o desenvolvimento naquele estado.

Conforme foi possível observar, os números apresentados pelo programa, em comparação com o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH do estado no período de vigência do programa, permitem constatar que a medida concessiva de incentivos fiscais pôde contribuir para a melhora nas condições de desenvolvimento daquele estado, embora não se possa afirmar de este seja o único responsável.

Por fim, quando da análise do instrumento da curva de Laffer, foi possível constatar que o instrumento de concessão de incentivos fiscais é plenamente viável para a efetivação do direito ao desenvolvimento, mas que não pode ser visto como único responsável por ele.

Nesse sentido, o estudo apresentou a viabilidade do instrumento de concessão de incentivos fiscais como indutor do desenvolvimento regional, sempre que utilizado dentro dos parâmetros constitucionais e legais, principalmente de responsabilidade fiscal. Mas deverá ser utilizado como instrumento alternativo, sendo objeto de estudo ou planejamento prévio, envolvendo, sempre que possível uma conjugação de esforços de todas as esferas de poder.



REFERÊNCIAS

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 94-95.

ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. **Incentivos fiscais e desenvolvimento econômico: a função das normas tributárias indutoras em tempos de crise**. p. 23. Monografia premiada com Menção Honrosa no XV Prêmio Tesouro Nacional – 2010. Disponível em:

http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XVPremio/politica/MHpfceXVPTN/Tema_3_MH.pdf. Acesso em: 12/10/2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 28-29.

CAÇADOR, Sávio Bertochi; MONTE, Edson Zambom; MOREIRA, Ricardo Ramallete. Efeitos de política fiscal no Brasil: uma análise por vetores autoregressivos. **Revista economia e desenvolvimento**, Recife, vol. 12, n. 2, p. 35-60, jul.–dez. 2013.

CASTRO, Murilo Résio. Desenvolvimento regional e políticas públicas de estímulos fiscais e financeiros – perspectivas. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra da (Org.). **Tratado de direito financeiro – vol. 2**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 139-148.

COOTER, Robert; SCHÄFER, Hans-Bernd; TIMM, Luciano Benetti. Direito e desenvolvimento: qual é a melhor política pública para o Estado dirigir o desenvolvimento?. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v. 10, n. 20, p. 59-71, 2º sem., 2007.



COSTA, Ilton Garcia da; TIESSI, Bruna Geovana Fagá. Relação fiscal e sua efetivação a partir dos princípios constitucionais que garantem os direitos fundamentais. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 3, n. 32, 2013. p. 163-80. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/683/509>. Acesso em: 12/10/2014.

DULCI, Otávio Soares. Guerra fiscal, desenvolvimento desigual e relações federativas no Brasil. **Revista de sociologia e política**, Curitiba, n. 18, p. 95-107, jun 2002.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV. **Projeto: Impactos socioeconômicos dos incentivos fiscais estaduais**. Diretor: Ricardo Simonsen. Supervisor: Francisco Eduardo Torres de Sá. Coordenador: Fernando Naves Blumenschein, Solicitação: Federação das Indústrias do Estado de Goiás. Rio de Janeiro, 16/09/2011. Disponível em:

“http://www.adialbrasil.com.br/adial/anexo/documentos/Estudo_FGV_Incentivos_Fiscais.PDF”. Acesso em: 10/08/2014.

MENEGHETTI NETO, Alfredo. O aumento do ICMS e a curva de Laffer. **Análise: A revista acadêmica da FACE do Rio Grande do Sul – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, vol. 3, 1992, 1, p. 59-72. Disponível em: http://issuu.com/amneto/docs/fp_o_aumento_do_icms_e_a_curva_de_laffer. Acesso em: 18/10/2014.

OLIVEIRA, Weder de. Curso de responsabilidade fiscal: direito, orçamento e finanças públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 922.

PINTO, Elisia Medeiros. Política fiscal e seus efeitos no desenvolvimento regional do Estado da Bahia: um estudo sobre os incentivos fiscais no Estado da Bahia no período de 1994 a 2005. p. 161-162. Dissertação (Mestrado em Análise Regional e Urbano). Universidade Salvador – UNIFACS, 2006. Disponível em: <http://www.radarciencia.org//doc/politica-fiscal-e-seus-efeitos-no-desenvolvimento->



[regional-do-estado-da-bahia-um-estudo-sobre-os-incentivos-fiscais-no-estado-da-bahia-no-periodo-de-1994-a-2005](#). Acesso em: 07/09/2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 116.

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. Disponível em: <http://www.atlasbrasil.org.br/2013/pt/consulta>. Acesso em: 12/10/2014.

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. Disponível em: http://www.pnud.org.br/IDH/IDH.aspx?indiceAccordion=0&li=li_IDH. Acesso em 12/10/2014.

SICM/Secretaria Executiva do DESENVOLVE, 2005. (In.) PINTO, Elisia Medeiros. Política fiscal e seus efeitos no desenvolvimento regional do Estado da Bahia: um estudo sobre os incentivos fiscais no Estado da Bahia no período de 1994 a 2005. p. 161-162. Dissertação (Mestrado em Análise Regional e Urbano). Universidade Salvador – UNIFACS, 2006. Disponível em: <http://www.radarciencia.org//doc/politica-fiscal-e-seus-efeitos-no-desenvolvimento-regional-do-estado-da-bahia-um-estudo-sobre-os-incentivos-fiscais-no-estado-da-bahia-no-periodo-de-1994-a-2005>. Acesso em: 07/09/2014.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 10.

SUCENA, Vinicius Teixeira. **Estimação da curva de Laffer para o IPI no Brasil: uma abordagem de fronteira estocástica**. p. 17. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Faculdade de Economia, 2008. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4998/1/2008_ViniciusTeixeiraSucena.pdf. Acesso em: 18/10/2014.



ANÁLISE SOBRE O CABIMENTO DO RECURSO EXCEPCIONAL ADESIVO CRUZADO NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

ANALYSIS OF THE EXCEPTIONAL CROSSED ADHESIVE APPEAL IN BRAZILIAN CURRENT LAW

Neyanne Felipe Bezerra Araújo¹¹⁷

RESUMO: A partir do estudo do Direito Processual Civil, mais especificamente o que concerne aos recursos extraordinário e especial adesivos, percebe-se a possibilidade da interposição de tais recursos na forma cruzada, ou seja, recurso especial aderindo a extraordinário e vice-versa. Em que pese a situação fática ter real probabilidade de ocorrer, a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não permite essa modalidade de interposição. Contudo, tal entendimento mitiga a celeridade e a economia processual, objetivos precípuos do recurso adesivo, bem como gera insegurança jurídica à parte. Assim, necessário se faz o estudo das razões para admissão da interposição dessa forma.

Palavras-chave: Direito Processual Civil; Recurso extraordinário; Recurso especial; Recurso excepcional; Recurso adesivo; Recurso excepcional adesivo cruzado.

ABSTRACT: Based on the study of the Civil Procedure Law, specifically what concerns extraordinary and special adhesive appeals, the possibility of it's interposition in a crossed form is noticeable. That means a special appeal adhering to an extraordinary one and an extraordinary appeal adhering to a special one. Despite the fact that the actual situation has a real probability of happening, the current jurisprudence of Superior Tribunal de Justiça does not admit this type of appeal. Nevertheless, such understanding mitigates the judicial celerity and economy, main objectives of an

¹¹⁷ Especialista em Processo Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Advogada.



adhesive appeal, as well as creates legal uncertainty. Therefore, the study of the reasons for admitting this kind of appeal is necessary.

Keywords: Civil Procedure Law; Extraordinary appeal; Special appeal; Adhesive appeal; Exceptional crossed adhesive appeal.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca o estudo dos recursos excepcionais e sua interposição na forma adesiva, mais especificamente na forma cruzada, objetivando demonstrar como está sendo analisada a questão pelo Superior Tribunal de Justiça e pela doutrina que trata sobre o tema.

Almeja-se aqui o estudo do cabimento do recurso excepcional adesivo cruzado, diante de todas as suas particularidades, como forma de assegurar o objetivo precípua dos recursos adesivos, que é o de garantir celeridade processual, bem como a segurança jurídica àquela parte inicialmente conformada com o provimento jurisdicional.

Serão abordados nessa pesquisa o contexto histórico sobre o surgimento dos recursos excepcionais (recursos extraordinário e especial), tratando sobre a criação do Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, do Superior Tribunal de Justiça, bem como a questão da origem comum de tais recursos, suas características comuns e suas peculiaridades. Em seguida, discorrer-se-á sobre o recurso adesivo, sua natureza jurídica, seus requisitos de admissibilidade e suas particularidades, a fim de conferir suporte à introdução do tema principal do trabalho, que é o recurso excepcional adesivo, especialmente a interposição na forma cruzada.

Por fim, serão expostas as razões pelas quais acredita-se ser viável o cabimento do recurso excepcional adesivo cruzado, demonstrando-se, especialmente, a inexistência de vedação pelo Código de Processo Civil vigente e ainda a repercussão do tema no projeto do novo estatuto processual.

1 RECURSOS EXCEPCIONAIS

1.1 Criação dos Tribunais Superiores



Com a proclamação da independência do Brasil, em 7 de setembro de 1822, o novo país necessitava de uma Constituição para regulamentar especialmente as relações entre os Poderes. Diante disso, fora outorgada a Constituição do Império de 1824, com a qual surge o Supremo Tribunal de Justiça, que seria o órgão de cúpula do Judiciário (ALVES JÚNIOR, 2004, pp. 114/124).

A nova denominação – Supremo Tribunal Federal – veio com a Proclamação da República em 1889, a partir da edição do Decreto n.º 510 de 1890 (CÔRTEZ, 2006, p. 192). Com a divisão da atividade jurisdicional, surge para o órgão de cúpula do Judiciário novas atribuições, especialmente a guarda da Constituição, por meio do controle de constitucionalidade das leis (ALVES JÚNIOR, 2004, pp. 142/147). A Constituição de 1891 previa, em seu artigo 59, ampla competência originária e recursal para o STF. Atribuía-se ao Supremo Tribunal Federal a figura de instância “uniformizadora do direito e da jurisprudência, e reintegradora do direito federal quando desrespeitado pelas justiças dos Estados” (CÔRTEZ, 2006, p. 193).

Assim como o país evoluiu, também evoluiu o recurso extraordinário, passando pela Reforma Constitucional de 1926 e pelas Constituições 1934, 1937, 1946, sofrendo alterações, chegando à Constituição de 1967. Nesta Carta Constitucional, verificou-se que a ampla competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal estava lhe gerando problemas com o grande número de recursos, razão pela qual se fez necessária a alteração do texto, para que somente decisões de Tribunais pudessem ser levadas a apreciação do Tribunal Superior (CÔRTEZ, 2006, p. 233).

Com a redação conferida pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, o recurso extraordinário, previsto anteriormente no art. 114, passou a ser cabível nas seguintes hipóteses:

Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, por outros Tribunais, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivos desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato do Governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou



d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

§1º As causas a que se refere o item III, alíneas a e d deste artigo, serão indicados pelo Supremo Tribunal Federal no Regimento Interno, que atenderá à sua natureza, espécie ou valor pecuniário.

A atribuição de zelar, especialmente, pela integridade da legislação federal – muito densa e extensa – estava sobrecarregando a Suprema Corte, a qual não tinha condições de dar vazão à quantidade de recursos que lhe eram dirigidos. A esse fenômeno a doutrina atribuiu a denominação de crise do Supremo Tribunal Federal ou crise do recurso extraordinário. (DANTAS, 2012, p. 55).

Para José Afonso da Silva (*apud* DANTAS, 2012, p. 55), a solução para a crise seria uma reforma constitucional, visando a redistribuição de competências e atribuições dos órgãos do Poder Judiciário. Nessa linha, em 1988, promulgou-se a nova e atual Constituição da República, a qual criou o Superior Tribunal de Justiça, atribuindo-lhe parte da competência recursal extraordinária outrora concernente ao Supremo Tribunal Federal, no tocante a apreciação de questões referentes à legislação infraconstitucional (CÔRTEZ, 2006, p. 240).

Oportuno registrar que a intenção da Assembleia Nacional Constituinte era transformar o Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional. Contudo, isso não foi possível, por ainda ter ficado muita extensa a sua competência originária e para o julgamento de recursos ordinários, consoante previsão do art. 102, incisos I e II, da Constituição Federal de 1988 (CÔRTEZ, 2006, p. 240).

Para o exercício do direito de o Jurisdicionado questionar a legislação infraconstitucional, criou-se um mecanismo similar ao recurso extraordinário, o qual foi denominado recurso especial, sendo este último derivado do primeiro, consoante se verá a seguir.

1.2 Origem comum dos Recursos Excepcionais

Relacionar os recursos extraordinário e especial é inevitável, especialmente após entender o que deflagrou a criação deste último. Como visto, ambos possuem natureza excepcional e “objetivam, de forma imediata, a proteção do direito objetivo” (CÔRTEZ, 2006, p. 266). Estes recursos são diversos daqueles denominados recursos ordinários.



Na lição de Flávio Cheim Jorge (2011, pp. 45/46), os recursos ordinários e extraordinários/excepcionais se diferenciam da seguinte forma:

Enquanto os recursos extraordinários tutelam o direito objetivo, os recursos ordinários visam proteger imediatamente o direito subjetivo dos recorrentes.

Os recursos extraordinários, por tutelarem o direito objetivo, são considerados recursos de estrito direito ou excepcionais. Não buscam a correção da “injustiça” da decisão. Visam, tão somente, averiguar se a lei foi corretamente aplicada ao caso vertente. Essas peculiaridades fazem com que esses recursos possuam um juízo de admissibilidade diferenciado e muito mais complexo do que os demais. [...]

Já os recursos ordinários, por sua vez, não são considerados excepcionais e visam imediatamente à tutela do direito subjetivo das partes. [...] Basta, para o cabimento desses recursos, que seja alegada a injustiça da decisão. De um modo geral, é também permitida uma ampla revisão da matéria fática e probatória [...]

É na previsão legal dos recursos excepcionais que as diferenças com os demais recursos e as semelhanças entre si se destacam. Os recursos extraordinário e especial – mais especificamente suas hipóteses de cabimento – estão previstos nos artigos 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal, respectivamente.

Sobre tais dispositivos, verifica-se que a alínea “a” de ambos se correspondem, guardadas as respectivas competências. São equivalentes também o cabimento previsto na alínea “c” do recurso extraordinário com o da alínea “b” do recurso especial. No tocante à alínea “c” do art. 105, III, o cabimento em face de divergência de interpretação entre Tribunais estava previsto nas Constituições anteriores, mas, após a Constituição de 1988, manteve-se somente para o recurso especial (CÔRTEZ, 2006, p. 269). Em suma, simplificou Bruno Dantas (2012, p. 57) nas seguintes palavras: “recortaram-se, do recurso extraordinário, as funções relacionadas a questões constitucionais”.

Denota-se que os recursos extraordinário e especial são espécies do mesmo gênero, qual seja o dos recursos excepcionais, exatamente como esclarece Roberto Carvalho de Souza (*apud* MANCUSO, 2010, p. 113) ao lecionar sobre o recurso especial:

Desdobramento do recurso extraordinário, é, por isso mesmo, espécie deste. Mas também é especial no sentido restritivo, que o distingue da matriz (o apelo extremo), porquanto a matéria que o veicula



(infraconstitucional) e o tribunal a que se destina (o STJ) o particularizam, nisto distanciando-o do instituto que lhe deu origem.

Assim, natural que diante da sua origem comum, seus rígidos requisitos em geral também sejam comuns, havendo ainda aqueles que os diferenciam, os quais foram destacados adiante.

1.3 Características comuns e especiais dos Recursos Extraordinário e Especial

Inicialmente, destaca-se que o prazo para interposição dos recursos excepcionais é comum e de 15 dias, nos termos do art. 508 do CPC.

Além da tempestividade, Rodolfo de Camargo Mancuso (2010, p. 114) ainda aponta como características comuns: a) o esgotamento das instâncias inferiores, denominado prequestionamento; b) questão arguida deve ser unicamente de direito, não sendo cabível o reexame da matéria fático-probatória; c) duplo juízo de admissibilidade; d) seu cabimento é mais rígido e está previsto na Constituição Federal e não no Código de Processo Civil; e) não visam a análise sobre se foi feita ou não a justiça no caso concreto; f) na pendência destes recursos, far-se-á execução provisória.

Além do que foi destacado, convém ressaltar que ambos os recursos são cabíveis de causas decididas em única ou última instância. Contudo o art. 105, III, da CF, faz uma diferenciação, a de que é cabível recurso especial nas causas decididas “pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios”, o que não foi previsto no art. 102, III, da CF.

Tal trecho, de forma simples, dispõe que é cabível recurso especial apenas dos acórdãos proferidos pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, excluindo-se então as justiças especializadas (eleitoral, trabalhista e militar) e os juizados especiais (MOREIRA, 2010, pp. 120/125). Vedação inexistente para o recurso extraordinário (MOREIRA, 2010, p. 126).

Por fim, além de tal especificidade, existe ainda para o recurso extraordinário o requisito da repercussão geral, o qual deverá ser demonstrado quando da interposição do



recurso, sob pena de não ser conhecido, nos termos do art. 327¹¹⁸ do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e do art. 543-A, *caput* e § 2º, do CPC.

2 RECURSO ADESIVO

2.1 Natureza Jurídica e requisitos de admissibilidade

No tocante à natureza jurídica do recurso adesivo, este não é propriamente um recurso, especialmente por não estar elencado no rol taxativo do artigo 496 do Código do Processo Civil, sendo “tão-somente forma, pode-se dizer um modo especial de interposição de apelação, embargos infringentes, recurso extraordinário e recurso especial” (OLIVEIRA, 2006, p. 250), na forma do art. 500, II, do Código de Processo Civil, não cabendo qualquer interpretação ampliativa (ARAGÃO, 1974, p. 61).

A possibilidade de interposição do recurso adesivo surge quando o provimento jurisdicional se dá de forma em que ambas as partes são parcialmente vencidas e vencedoras, o que abre a possibilidade de interposição de recurso para todos, fenômeno denominado de sucumbência recíproca (ASSIS, 2008, p. 56).

Antes da inclusão do recurso adesivo no ordenamento jurídico pelo Código de Processo Civil de 1973, ocorria uma situação delicada para as partes. Isso porque, mesmo com a sucumbência recíproca, as partes podiam até acreditar que já teriam obtido o melhor resultado possível. Contudo, como havia a possibilidade de o adversário recorrer, o que poderia agravar a situação daquele que se manteve inerte, as partes se viam obrigadas a recorrer autonomamente. No entanto, se a parte que não tem inicialmente interesse em recorrer pudesse ter certeza que a *ex adversa* faria o mesmo, mais uma lide seria finalizada, evitando a interposição desnecessária de dois recursos (ASSIS, 2008, p. 57).

Assim, a inserção do recurso adesivo teve o condão de principalmente provocar um efeito psicológico no litigante, muito diferente daquele gerado na ausência desse

¹¹⁸ Para melhor elucidação, oportuno a transcrição do inteiro teor do art. 327 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o qual dispõe que a Presidência do Tribunal recusará recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria carecer de repercussão geral, segundo precedente do Tribunal, salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão.



instituto (JORGE, 2011, p. 373). A possibilidade dessa forma de interposição é “extremamente louvável e tende a reduzir o número de recursos interpostos” (JORGE, 2011, p. 372), pois visa resguardar o equilíbrio entre as partes alvos da sucumbência recíproca, evitando que uma delas, mesmo estando satisfeita com a vitória parcial, recorra da decisão simplesmente pelo temor de que a outra também recorrerá.

A partir do panorama exposto, Barbosa Moreira (*apud* OLIVEIRA, 2006, p. 246) assim o conceitua: “recurso ‘adesivo’ nada mais é do que o recurso contraposto ao da parte adversa, por aquela que se dispunha a não impugnar a decisão, e só veio a impugná-la porque o fizera o outro litigante”. Quando interpostos de tal forma, os recursos se classificam em principal e subordinado. Se, no prazo legal, ambas as partes interpuserem o recurso cabível, estes serão independentes, principais, ou seja, serão processados independentemente do recurso da outra parte ser ou não conhecido. Contudo, caso uma das partes não o faça, terá outra oportunidade para recorrer, assim que intimado para apresentar contrarrazões, ficando o seu subordinado ou adesivo ao interposto no prazo legal, ora principal (OLIVEIRA, 2006, p. 244).

Ainda que adesivo, a ele se aplicam as mesmas regras do recurso principal, quanto às condições de admissibilidade, preparo e julgamento no tribunal, nos termos do parágrafo único, do artigo 500, do Código de Processo Civil, respeitadas as especificidades quanto aos requisitos de admissibilidade (ASSIS, 2008, p. 59).

É imprescindível que o recurso principal seja admitido para que o adesivo também o seja, em razão da subordinação existente entre eles. Inadmitido o principal, face a ausência de qualquer um dos requisitos necessários, também não será admitido o adesivo (ASSIS, 2008, p. 355 e JORGE, 2011, p. 374).

No tocante ao mérito recursal, destaque-se que inexistente vínculo entre os objetos da impugnação no recurso independente e no subordinado. O vínculo de admissibilidade existente entre eles em nada influi nos limites do recurso adesivo (ASSIS, 2008, p. 355), podendo o recorrente adesivo impugnar todos os capítulos e pontos da decisão que lhe foram desfavoráveis, independentemente do que foi arguido pelo recorrente principal. Sobre isso, o Superior Tribunal de Justiça orienta que “a matéria objeto do recurso adesivo não precisa guardar correlação temática com a do principal” (ASSIS, 2008, p. 355).



No que se refere à tempestividade, o recurso adesivo deve ser interposto no prazo que a parte dispõe para apresentar contrarrazões ao recurso da parte adversa, que é de 15 dias, consoante a disposição do art. 500, inciso I, c/c 508, ambos do Código de Processo Civil. Sobre o preparo, este também é exigível ao recurso adesivo assim como ao principal, salvo se a parte recorrente for uma das enumeradas no §1º do art. 511 do Código de Processo Civil. Contudo o benefício da isenção não se transmite do recorrente principal para o do adesivo, consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – AgRg no AREsp 176.701/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 15/05/2013.

Sobre o interesse em recorrer, esse se manifesta pela possibilidade do recurso proporcionar ao recorrente uma situação mais vantajosa do que a já definida na decisão recorrida (CARVALHO, 2007, p. 87). No recurso adesivo, além disso, o interesse surge também com a já mencionada sucumbência recíproca. Se a parte não tem, a princípio, interesse em ver um novo julgamento sobre a matéria, esta pode aguardar o possível recurso do adversário para só então aderir o seu (ARAGÃO, 1974, p. 47), levando ao conhecimento do órgão *ad quem* matéria não abrangida pelo recurso principal (ASSIS, 2008, p. 63).

Sobre a regularidade formal, o recurso adesivo deve observar a mesma forma de interposição do recurso independente, o que implica na impossibilidade de apresentá-lo na mesma peça das contrarrazões (JORGE, 2011, p. 395). Ademais, ao interpô-lo, deve-se informar que o recurso é adesivo, mencionando os dispositivos correspondentes, para que não seja julgado intempestivo, consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – por exemplo, REsp 1293764/MG, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 04/09/2012.

2.2 Recurso Excepcional Adesivo

2.2.1 Conceito



Como visto, os chamados recursos excepcionais desdobram-se em dois tipos, o especial e o extraordinário. Sobre eles, se aplica a disciplina dos recursos adesivos, consoante previsão do art. 500, II, do Código de Processo Civil.

Diante disso e consoante a previsão do parágrafo único do art. 500 do Código de Processo Civil, os recursos especial e extraordinário adesivos deverão observar as mesmas regras dispostas pelos Tribunais Superiores quanto à admissibilidade, preparo e julgamento.

No tocante ao interesse de recorrer adesivamente, de acordo com o que foi visto até o momento, este pressupõe a existência de sucumbência recíproca. Contudo, para os recursos excepcionais, tal requisito não se restringe à questão da sucumbência, em razão da peculiaridade do efeito devolutivo desses recursos (OLIVEIRA, 2006, p. 253).

O efeito devolutivo pode ser analisado sob dois prismas: o horizontal, o qual diz respeito à extensão do recurso, que é delimitado pelo recorrente, ficando o Tribunal adstrito às razões e aos pedidos, e o vertical, que delimita o quão fundo poderá ir o Tribunal na análise dos fatos, das provas e do direito para o julgamento do mérito recursal (CAMBI, 2013).

Diferentemente da apelação, que possui efeito devolutivo amplo em seus dois aspectos, a devolutividade dos recursos excepcionais não é total (OLIVEIRA, 2006, p. 253). Esses possuem efeito devolutivo restrito, pois são “desprovidos de dimensão vertical, tendo apenas dimensão horizontal” (OLIVEIRA, 2006, p. 254), o que significa dizer que o recorrente pode expor de forma ampla o seu direito, contudo o Tribunal Superior competente não poderá adentrar na análise de fatos e de provas para a formação do convencimento, se manifestando somente sobre a aplicação do direito no caso concreto.

No entanto, antes de dar continuidade, oportuno pontuar a questão do efeito translativo sobre os recursos excepcionais. Na lição de Bruno Dantas (2012, p. 155), tal efeito consiste em:

Conforme Nelson Ney Jr., o efeito translativo é manifestação do princípio inquisitório, e consiste na autorização dada pela lei ao juiz da instancia recursal para que, independentemente de postulação das partes, emita pronunciamento sobre questões de ordem pública.



Reiteramos que, a nosso ver, o efeito translativo incide exclusivamente sobre matéria de ordem pública, em relação à qual o juiz tem o dever de apreciação *ex officio*.

Dada a peculiaridade dos recursos excepcionais (efeito devolutivo restrito, esclarecido alhures), doutrinadores como Bruno Dantas e Nelson Nery Jr., entendem não ser aplicável tal efeito aos recursos excepcionais¹¹⁹⁻¹²⁰. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, alicerçado no enunciado da Súmula 456 do Supremo Tribunal Federal, tem entendido pela aplicabilidade, ainda que a parte não tenha suscitado a matéria nas razões do recurso, caso a matéria de ordem pública tenha sido prequestionada perante o Tribunal *a quo*. Nesse sentido: REsp 1366921/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 13/03/2015, e AgRg nos EDcl no REsp 1469360/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 26/11/2014.

Prosseguindo, verifica-se que, às vezes, mesmo àquele vencedor convém aderir ao recurso do vencido, para que o tribunal competente analise o fundamento afastado, face ao risco de provimento do recurso principal (OLIVEIRA, 2006, p. 253). Pedro Miranda de Oliveira (2006, p. 254) apresenta, como forma de facilitar a compreensão, o exemplo abaixo:

Imaginemos uma ação de cobrança. No julgamento da apelação, o tribunal afasta a tese da prescrição, mas acolhe a do pagamento, dando provimento ao apelo do réu. Nesse momento, o réu não tem interesse de recorrer, pois saiu vitorioso (improcedência da ação de cobrança com base no pagamento). Entretanto, se o autor, com base no acórdão (que afastava o pagamento), interpuser recurso especial, surgirá para o réu o risco de, no julgamento desse recurso, ver reformado o acórdão

¹¹⁹ “De todo modo, afóra essa polêmica, estamos de acordo com o mestre quando afirma que o texto constitucional excluiu expressamente o efeito translativo dos recursos excepcionais, o que, naturalmente, guarda profunda importância para o recurso extraordinário. Apenas acrescentaríamos, em função da nossa postura em relação ao efeito devolutivo, que o texto constitucional excluiu também dos recursos excepcionais o vetor profundidade do efeito devolutivo, como observa Teresa Arruda Alvim Wambier, em passagem já citada.”

DANTAS, Bruno. Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado; questões processuais. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. pp. 155/157.

¹²⁰ “Não há o efeito translativo nos recursos excepcionais (extraordinário, especial e embargos de divergência) porque seus regimes jurídicos estão no texto constitucional que diz serem cabíveis das causas decididas pelos tribunais inferiores (CF 102 III e 105 III)”.

NERY JR., Nelson. Teoria geral dos recursos. 6. ed. São Paulo: Editora RT, 2004. p. 487. *in* DANTAS, Bruno. Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado; questões processuais. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 156.



na parte em que saiu vitorioso (pagamento). Dessa forma, surge o interesse do réu em interpor recurso especial, na forma adesiva, a fim de obter a apreciação da tese prescrição pelo STJ, sob pena de preclusão da matéria.

No caso, trata-se de hipótese de recurso adesivo condicional. Este seria interposto de forma a acautelar o direito da parte que, outrora conformada, pode vir a ser prejudicada diante da possibilidade de provimento do recurso excepcional da outra parte (COUTO, 2008, p. 186).

Sobre o recurso condicional, Mônica Bonetti Couto (2008, p. 186) explica que “ao recorrente adesivo favoreceria o julgamento do seu recurso, apenas e tão somente na hipótese de dar-se provimento ao recurso principal, verificando-se que tem razão este recorrente”. Não sendo provido o recurso principal, o recurso adesivo sequer seria julgado. Contudo, de qualquer forma, estaria assegurada ao recorrente adesivo a vitória obtida no tribunal de origem ou a análise do fundamento afastado, evitando assim a preclusão (COUTO, 2008, p. 186).

Além da hipótese citada acima, verifica-se que o recurso condicional será cabível também sempre que se estiver diante de uma questão prejudicial ou preliminar, a qual pode ser afastada pelo Tribunal. Contudo, se a outra parte interpõe REsp ou RE nasce para aquele que suscitou a questão interesse de levar tal tema ao conhecimento do Tribunal Superior, especialmente diante da possibilidade de provimento do recurso excepcional (COUTO, 2008, p. 188).

Nessa linha, verificam-se para os recursos excepcionais três possibilidades para a sua interposição na forma adesiva, quais sejam: recurso especial adesivo, no qual é interposto recurso especial sobre outro do mesmo gênero; recurso extraordinário adesivo, que segue a mesma linha de raciocínio; e o recurso excepcional adesivo cruzado, o qual merece explicação mais detalhada, o que se fará adiante.

2.2.2 Recurso excepcional adesivo cruzado

Primeiramente, necessário delinear o que exatamente seria o recurso excepcional adesivo cruzado. Na lição de Pedro Miranda de Oliveira (2006, p. 241), “essa espécie recursal está consubstanciada no recurso extraordinário ou especial que adere, respectivamente, a recurso especial ou extraordinário, de forma, podemos dizer,



cruzada”, ou seja, um recurso especial aderindo a um extraordinário e vice-e-versa. Tal hipótese ocorre quando “o fundamento jurídico afastado pelo tribunal tem natureza diversa do que foi acolhido” (COUTO, 2008, p. 186). Sobre isso, exemplifica Pedro Miranda de Oliveira (2006, pp. 270/271):

Ação revisional de contrato bancário. Discussão acerca da limitação de juros de 12% ao ano. Duas fundamentações: inconstitucionalidade (CF, art. 192, § 3º) e ilegalidade (Lei de Usura). Acórdão: limita os juros com base na Constituição. Não há interesse do autor em interpor recurso especial, pois não é sucumbente. Ao interpor recurso extraordinário, o banco possibilita ao correntista a aderir ao seu recurso para ver a aplicação da Lei de Usura ser apreciada no Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, mesmo se vislumbrando tais hipóteses, o atual entendimento jurisprudencial entende não ser cabível a modalidade adesiva cruzada para a interposição dos recursos excepcionais.

A atual interpretação do Superior Tribunal de Justiça apenas permite a interposição do recurso adesivo na forma direta, ou seja, da mesma modalidade do recurso principal, afastando a possibilidade da interposição na citada forma cruzada.

Ressalte-se que o tema sequer chegou a ser decidido por órgão colegiado daquele Tribunal. O Ministro Presidente, de forma monocrática, vem negando seguimento aos recursos interpostos dessa forma, com fulcro nos arts. 557 do CPC e 1º da Res. STJ 17/2013, sob os seguintes fundamentos:

Compulsando-se os autos, verifico que a FAZENDA NACIONAL interpôs somente o recurso extraordinário de fls. 478/523, sendo que a ora recorrente interpôs apenas o recurso especial, na forma adesiva. O fato de a ora recorrida não ter interposto recurso especial a tempo e modo previstos em lei, torna preclusa a apreciação de qualquer questão federal controvertida, uma vez que somente se pode interpor recurso adesivo que seja da mesma espécie do recurso principal. (REsp 1421515/SE, Min. Presidente FÉLIX FISCHER, publicada em 05/12/2013)

A jurisprudência desta c. Corte Superior é pacífica no sentido de que o recurso especial adesivo, por sua natureza, segue a sorte do principal. Inexistindo recurso principal, não prospera o adesivo. (REsp 241624/RS, Min. Presidente FÉLIX FISCHER, publicada em 23/10/2012)

Frise-se, outrossim, que o fato de haver entendimento doutrinário acerca da tese recursal defendida pela parte agravante, quanto ao cabimento de recurso adesivo cruzado, por si só não autorizaria o



processamento do apelo, por não haver a figura recursal previsão no ordenamento jurídico.

(Ag 1293122/MG, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, publicada em 15/10/2010)

Note-se ainda que, se a inadmissibilidade do recurso especial principal, seja qual for a causa, inviabiliza o conhecimento do adesivo - artigo 500, III, do CPC, (AgRg no AgRg no Ag nº 849.560/MG, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJ 22.10.2007, p. 236; AgRg nos EDcl no Ag nº 823.245/SP, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 31.05.2007, p. 366, entre outros), com menos propriedade ainda há que se falar em admissibilidade do recurso especial adesivo interposto em autos onde o recurso especial principal é inexistente.

(Ag 974045/RJ, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, publicada em 13/03/2008)

De acordo com as decisões monocráticas citadas, verifica-se que o ponto central para a atual inadmissibilidade do recurso especial adesivo cruzado interposto é o fato de que este só poderia aderir a um outro recurso especial e a inexistência de um recurso especial principal inviabilizaria a análise do recurso especial adesivo, pois, de acordo a lei processual, o adesivo segue a sorte do principal.

Contudo, em que pesem as razões dos Tribunais Superiores aqui expostas, acredita-se ser viável a interposição do recurso excepcional adesivo cruzado, especialmente pelos motivos que serão demonstrados adiante.

3 RAZÕES PARA A ADMISSÃO DO RECURSO EXCEPCIONAL ADESIVO CRUZADO

3.1 Momento de Interposição

Como visto, com a Constituição de 1988, “houve um bifurcamento da competência [recursal extraordinária] entre o STF e o STJ, cabendo a esse o controle das leis federais, restringindo-se àquele apenas a matéria eminentemente constitucional” (OLIVEIRA, 2006, p. 269).

É perceptível que tais recursos possuem origem comum, pois são espécies do mesmo gênero – os recursos excepcionais, sendo o primeiro derivado do segundo. Por isso, as disposições previstas para o recurso extraordinário também se aplicam ao



recurso especial, como o prazo para interposição e a possibilidade de se interpor de forma adesiva (alteração feita pela Lei 8.038/90), conforme abordado anteriormente.

No tocante ao prazo para recorrer, a interposição destes recursos também se dá no mesmo momento processual. Publicado o acórdão do tribunal *a quo*, a parte terá quinze dias a partir do primeiro dia subsequente à publicação para apresentar, se for o caso, em petições distintas, ambos os recursos perante o presidente ou vice-presidente do tribunal, nos termos dos artigos 508 e 541 do Código de Processo Civil.

Diante disso, “surgiu a possibilidade de um recurso excepcional aderir a outro de forma cruzada, ou seja, um recurso extraordinário subordinado a um especial ou o contrário” (OLIVEIRA, 2006, p. 270). Para esclarecer a possibilidade, Pedro Miranda de Oliveira (2006, p. 270) apresenta o seguinte exemplo:

Tese tributária. Duas fundamentações: ilegalidade e inconstitucionalidade. Acórdão: exclui o tributo com base na ilegalidade. O contribuinte venceu e, portanto, nesse exato momento, não tem interesse em recorrer. Contudo, o fisco interpõe recurso especial para discutir a ilegalidade. Nesse instante surge o interesse recursal para o contribuinte interpor recurso extraordinário adesivo ao recurso especial do fisco, a fim de que a tese da inconstitucionalidade seja analisada no STF, caso o STJ afaste a ilegalidade. Se não interpuser o recurso excepcional adesivo cruzado, o contribuinte verá sua tese de inconstitucionalidade precluir com o prazo de apresentação das contra-razões (sic) ao recurso especial.

Vê-se no citado exemplo a hipótese relatada no tópico 2.4.2 deste trabalho, em que o interesse da outra parte surge após a interposição do recurso excepcional da parte que interpôs primeiro, a fim de levar ao conhecimento do respectivo tribunal tese que pode manter sua atual situação, face ao risco de mudança diante da análise do recurso principal. Além de tal hipótese, seria cabível também no caso de sucumbência recíproca¹²¹.

¹²¹ A título exemplificativo: “TR (Taxa Referencial) e juros de 12%. Acórdão: limita os juros em 12% ao ano com base no art. 192, § 3º da CF, mas mantém a TR como fator de atualização monetária. Sem dúvida, há sucumbência recíproca. Apenas o banco interpõe recurso extraordinário discutindo a auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º da CF, a fim de que se aplique os juros pactuados. Ao correntista, que até então estava conformado com o acórdão, exsurge a faculdade de, no prazo para contra-arrazoar o recurso da instituição financeira, interpor recurso especial adesivo, a fim de que a TR seja substituída, v.g., pelo INPC (Índice Nacional de Preço ao Consumidor).”

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Recurso excepcional adesivo cruzado*. Revista da ESMESC. Florianópolis, vol. 13, n. 19, 2006. p. 272.



Nessa linha, verifica-se que como o momento de interposição dos recursos excepcionais é único, permitir a adesão cruzada garantirá o alcance dos objetivos dos recursos adesivos, que são especialmente a celeridade e a economia processual, além do afastamento de eventual prejuízo para a parte que já estava satisfeita com o provimento jurisdicional e optou, em um primeiro momento, por não recorrer.

3.2 Subordinação apenas quanto à admissibilidade do principal

Como visto, a subordinação do recurso adesivo está ligada apenas ao juízo de admissibilidade do recurso principal. Se admitido, passa-se a análise do mérito recursal do principal e, após, dos pressupostos do recurso adesivo para a verificação de sua admissibilidade e posterior julgamento do mérito. Assim, inexistente qualquer disposição que vincule o mérito de ambos os recursos (JORGE, 2011, pp. 375/376).

Nesse ponto, os recursos excepcionais enfrentam uma situação peculiar, a qual reflete diretamente nos respectivos recursos adesivos. Isso ocorre porque os recursos extraordinário e especial são recursos de fundamentação vinculada. Por exemplo, para a interposição pela alínea “a”, os arts. 102, III, e 105, III, preveem como únicos fundamentos desses recursos a violação à Constituição Federal e a violação à lei federal, respectivamente. Logo, tais violações são analisadas quando do exercício do juízo de admissibilidade (MEDINA, 2011, p. 78).

Inclusive, a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal dispõe que “o mérito do recurso excepcional somente é apreciado nas hipóteses em que o acórdão recorrido houver infringido a lei federal ou a Constituição, sobrepondo-se, dessa forma, juízo de admissibilidade e de mérito” (OLIVEIRA, 2006, pp. 267/268). Assim, por exemplo, se não se verificar a citada violação, o recurso não será admitido. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA N. 123/STJ. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA ESPECIAL. SÚMULA N. 7/STJ. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 282/STF.

1. É possível o juízo de admissibilidade adentrar o mérito do recurso, na medida em que o exame da sua admissibilidade, pela alínea 'a', em



face dos seus pressupostos constitucionais, envolve o próprio mérito da controvérsia. (Súmula n. 123/STJ)

2. Aplica-se a Súmula n. 7 do STJ quando o acolhimento da tese defendida no recurso especial reclamar a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda.

3. A simples indicação dos dispositivos legais tidos por violados, sem que o tema tenha sido enfrentado pelo acórdão recorrido, obsta o conhecimento do recurso especial por falta de prequestionamento.

Incidência da Súmula n. 282/STF.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 428.366/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 04/03/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. MÉRITO. EXAME. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO QUE NÃO ADMITIU O RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. É possível ao relator, mediante decisão monocrática, negar seguimento ao recurso especial quando presentes as hipóteses do art.

557, caput, do Código de Processo Civil e 34, XVIII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, quais sejam, recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário a súmula ou jurisprudência do tribunal de origem ou de tribunal superior 2. A ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão que não admite o recurso especial atrai a incidência, por analogia, do óbice previsto na Súmula 182 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 56.589/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 24/09/2014)

Para Barbosa Moreira (MOREIRA, 1996), analisar a admissibilidade dessa forma pode trazer prejuízo ao recorrente adesivo, pois o sentido de não conhecer ora significaria a análise dos requisitos, ora a análise do próprio mérito:

Vai-se negar conhecimento ao recurso adesivo todas as vezes que se houver dito que "não se conhecia" do principal? Se "não conhecer" tem significado unívoco, invariável, muito bem. Se, no entanto, "não conhecer" ora significa isto, ora aquilo, a questão muda de figura. A pergunta "deve-se conhecer ou não do recurso adesivo?" converte-se em perigosa armadilha. Para responder, será mister investigar em que sentido se empregou, quanto ao recurso principal, a expressão "não conhecer". Terá o tribunal dito que "não conhecia" do recurso principal porque o entendeu inadmissível, ou porque o entendeu infundado? No primeiro caso, não poderá conhecer do adesivo; no segundo, ao contrário, desde que presentes os outros requisitos de admissibilidade, dele deverá conhecer.



Nessa linha, necessário se faz distinguir se o motivo da inadmissibilidade é eminentemente processual ou adentra o mérito do recurso excepcional, para que se verifique se há ou não prejuízo ao recurso adesivo interposto (OLIVEIRA, 2006, p. 268).

Verifica-se, assim, que o termo “inadmissível”, a princípio, se refere apenas à análise processual do cabimento, como, por exemplo, tempestividade ou existência de preparo, a qual torna prejudicado o recurso adesivo, porque não conhecido o principal. Contudo, o não conhecimento pelas razões próprias dos recursos excepcionais enseja solução diversa ao recurso adesivo, pois houve efetivamente uma análise de mérito do recurso principal (OLIVEIRA, 2006, p. 268).

A questão da admissibilidade, no caso do recurso excepcional adesivo cruzado, comporta ainda outro questionamento. Isso porque o artigo 543 do Código de Processo Civil estabelece que, se admitidos ambos os recursos excepcionais no tribunal de origem, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça, exceto se o Relator do recurso especial considerar o extraordinário prejudicial (§ 2º). E, para o recurso adesivo, vale a regra de que o recurso principal será julgado antes deste (OLIVEIRA, 2006, p. 273).

Se for interposto recurso extraordinário adesivo ao recurso especial, vale a mencionada regra acima. Contudo, se é o recurso especial que adere ao extraordinário, Pedro Miranda de Oliveira apresenta uma solução, qual seja a de que os autos sejam enviados ao STF apenas para análise da admissibilidade. Se admitido o recurso extraordinário, os autos deverão ser remetidos ao STJ para análise e julgamento do recurso especial adesivo e depois reenviados ao STF (OLIVEIRA, 2006, p. 274). Ressalte-se que, com a evolução do processo judicial eletrônico, a referida tramitação se torna simples e rápida, demonstrando-se assim a viabilidade do processamento do recurso excepcional adesivo cruzado.

3.3 Inexistência de vedação pelo atual Código de Processo Civil

O atual Código de Processo Civil prevê que o recurso adesivo “será admissível na apelação, nos embargos infringentes, no recurso extraordinário e no recurso



especial”. Não há qualquer imposição sobre como deve ocorrer a adesão de cada recurso, ou melhor, de que “o recurso adesivo deva aderir a um recurso da mesma espécie” (OLIVEIRA, 2006, p. 269).

Note-se que à apelação e aos embargos infringentes só é possível a adesão de outro recurso da mesma espécie, pois, no prazo para a sua interposição, apenas estes recursos serão cabíveis. Já os recursos excepcionais, quando da publicação do acórdão recorrido, ambos podem, e, em certos casos até devem, ser interpostos simultaneamente, o que abre a possibilidade para a interposição do recurso adesivo na forma cruzada.

3.4 Análise do tema sob a ótica do novo Código de Processo Civil

Em 2010, iniciou-se no Senado Federal o trâmite do Projeto de Lei 166/2010, que trata sobre o novo Código de Processo Civil. Já sancionado, o novo Código foi publicado no Diário Oficial da União de 17 de março de 2015, entrando em vigor um ano após a data de sua publicação (art. 1045 da Lei 13015/2015).

O novo Código Processual vem para substituir a atual “colcha de retalhos” do Código de 1973 (FREIRE, 2012 e BRASIL, 2010, p. 12). O Novo Código de Processo Civil tem por objetivo a “realização de valores constitucionais” (BRASIL, 2010, p. 13), tais como devido o processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a razoável duração do processo, entre outros.

Para isso, buscou-se a simplificação do sistema, fazendo com que o processo fosse mais célere, justo, menos complexo, permitindo ao juiz se concentrar mais no mérito da causa do que nos inúmeros pressupostos processuais (BRASIL, 2010, p. 14). Uma das formas encontradas para pôr em prática a mencionada simplificação foi a redução do número de recursos, sem que isso gerasse qualquer prejuízo às partes (WAMBIER, 2010)¹²².

Com isso em mente, o novo Código de Processo Civil remonta a ideia original de que os recursos extraordinário e especial são espécies do mesmo gênero, os recursos excepcionais, pois prevê para estes uma certa fungibilidade, na medida em que, se

¹²² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O Novo CPC. *Entrevista com a relatora da comissão do anteprojeto do novo CPC a TV Verdes Mares/Programa Bom Dia Ceará*. Disponível em <<http://www.direitointegral.com>>. Acesso em 21 de agosto de 2013.



constatado, por exemplo, que o recurso especial trata de questão de constitucional, ao invés de o Ministro Relator negar seguimento ao recurso, este abrirá prazo para que a parte fundamente a repercussão geral, remetendo os autos ao Supremo Tribunal Federal para análise da admissibilidade e julgamento.

Da mesma forma, se o recurso extraordinário tratar de questão infraconstitucional, o processo é remetido para o Superior Tribunal de Justiça para julgamento. Nesse sentido, convém destacar o respectivo texto do projeto:

Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.

Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.

Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.

Art. 1.034. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito.

Parágrafo único. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado.

Atualmente, ambos os Tribunais Superiores negam seguimento ao recurso excepcional que tratar de matéria atinente especificamente ao outro¹²³, findando o processo e a análise do direito da parte por uma questão eminentemente processual.

Com a mencionada fungibilidade, a hipótese do recurso excepcional cruzado se torna ainda mais viável, pois ficou nítida a proximidade entre esses dois recursos e até mesmo o próprio procedimento de remessa dos autos entre os Tribunais já está previsto em lei.

¹²³ A título exemplificativo, cita-se os acórdãos proferidos no AgRg no AREsp 507.224/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/06/2014, DJe 01/08/2014, pelo Superior Tribunal de Justiça, e ARE 811253 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 10/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 18-06-2014 PUBLIC 20-06-2014, pelo Supremo Tribunal Federal.



CONCLUSÃO

Como visto, os casos em que se vislumbra a possibilidade de interposição do recurso excepcional adesivo cruzado é perceptível na prática recursal dos tribunais. Contudo, o problema enfrentado pelos Tribunais Superiores para admissibilidade de tal modalidade de interposição deriva diretamente da “divisão de competências prevista em nosso sistema constitucional” (COUTO, 2008, p. 215).

Como a Constituição Federal de 1988 criou o Superior Tribunal de Justiça e, com ele, o recurso especial, o anterior recurso extraordinário, que abrangia a matéria constitucional e a infraconstitucional, foi desmembrado em dois recursos, o extraordinário e o especial. Tal fato ensejou então a apresentação de duas peças recursais para a impugnação do acórdão que possuir duplo fundamento (constitucional e infraconstitucional) proferido pelos tribunais estaduais para dois tribunais diferentes, cada uma abordando a sua matéria específica.

Ressalte-se que, antes do advento da Constituição de 1988, havia apenas um recurso cabível, inexistindo, assim, a discussão acerca da possibilidade de interposição na forma adesiva cruzada. Logo, por exemplo, encontrando-se a parte conformada em uma situação de sucumbência recíproca, cabia a ela apenas a interposição do recurso extraordinário adesivo, a fim de levar a matéria infraconstitucional ou constitucional afastada pelo tribunal de origem, independentemente do que foi sustentado pela parte adversa.

Contudo, com a criação do Superior Tribunal de Justiça e mantendo-se o momento de interposição único para ambos os recursos, impossível se vislumbrar o não cabimento do recurso excepcional adesivo cruzado, sob pena de se perpetrar um prejuízo a parte inicialmente conformada com o provimento jurisdicional.

Em que pese haver uma conexão entre os recursos principal e adesivo, sua subordinação se limita a questão da admissibilidade, a qual é analisada de forma individual, seguindo o adesivo a sorte do principal, se inadmitido ou admitido. Contudo, inexistente exigência legal e, como citado, há entendimento jurisprudencial, o qual estabelece que tais recursos não precisam tratar sobre a mesma matéria, como no caso



da matéria constitucional para o recurso extraordinário e infraconstitucional para o especial.

Outrossim, inexistente também vedação no texto do Código de Processo Civil vigente, na medida em que este prevê, na verdade, o cabimento para apenas quatro espécies recursais: apelação, embargos infringentes, recurso extraordinário e recurso especial. Dada a origem comum dos dois últimos e o seu momento único de interposição, o possível cabimento do recurso excepcional adesivo cruzado é decorrência lógica do caso concreto.

Como visto, essa proximidade entre os recursos excepcionais ficou ainda mais evidente com o projeto do novo Código de Processo Civil, que previu verdadeira fungibilidade entre os recursos, afastando as decisões que decretavam o não seguimento do recurso por tratar de matéria atinente ao outro recurso (p. ex. negativa de seguimento a recurso extraordinário, por ofensa reflexa à Constituição, face a violação de lei infraconstitucional), determinando então o envio dos autos ao Tribunal Superior competente para analisar a matéria.

Na lição de Barbosa Moreira, a recepção do recurso adesivo cruzado é corolário lógico do exercício do direito de ação, de forma que o litigante possa usar de todos os meios possíveis para alcançar e assegurar o êxito em sua causa. Entender de forma diversa, colocaria em xeque a garantia constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF) (COUTO, 2008, p. 214).

Dessa forma, reconhecer o cabimento do recurso excepcional adesivo cruzado é assegurar o interesse do legislador com a criação dos recursos excepcionais: garantir em todo o País a uniformização na interpretação das leis federais e da Constituição Federal (OLIVEIRA, 2006, p. 266).

REFERÊNCIAS

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. **O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ARAGÃO, Paulo César. **Recurso adesivo**. São Paulo: Saraiva, 1974.



ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil**. Código de Processo Civil: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Efetividade da decisão recorrida e o efeito suspensivo dos recursos**. Revista Argumenta, Jacarezinho/PR, n. 4, p. 7-32, Jan. 2013. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/28/29>>. Acesso em: 30 de maio de 2014.

CARVALHO, Fabiano. **Admissibilidade do recurso adesivo**. Revista Forense. v. 103. n. 392. jul./ago. 2007. pp. 87-88.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Recurso extraordinário: origem e desenvolvimento no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COUTO, Mônica Bonetti. **Recurso adesivo**. 1ª reimpr. Curitiba: Juruá: 2008.

DANTAS, Bruno. **Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado; questões processuais**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FREIRE, Alexandre Reis Siqueira; BARROS, Rute de Jesus da Costa. **As novas tendências do Código de Processo Civil**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10960>. Acesso em 21 de agosto de 2013.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 11. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as leis 11.417, 11.418/2006, 11.672/2008 e Emenda Regimentais do STF e STF. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 12.322/2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Que Significa “Não Conhecer” de um Recurso.** Revista Forense, v. 333, 1996. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/processo_civil/significa__nao_conhecer_recurso.pdf>. Acesso em 04 de junho de 2014.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Recurso excepcional adesivo cruzado.** Revista da ESMESC. Florianópolis, vol. 13, n. 19, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O Novo CPC. **Entrevista com a relatora da comissão do anteprojeto do novo CPC a TV Verdes Mares/Programa Bom Dia Ceará.** Concedida em 05 de março de 2010. Disponível em <<http://www.direitointegral.com/2010/03/novo-cpc-teresa-arruda-alvim-wambier.html>>. Acesso em 21 de agosto de 2013.



A UTILIZAÇÃO DE MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E O DIREITO DO TRABALHO: ANÁLISE DA CONCILIAÇÃO EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO LABORAL E DA INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS

THE USE OF ALTERNATIVE PROCEDURES FOR CONFLICT RESOLUTION AND THE LABOR LAW: ANALYSIS OF CONCILIATION INSTITUTE CONSIDERING THE PRINCIPLES OF LABOR PROTECTION AND THE UNAVAILABILITY OF LABOR RIGHTS

Aline de Carvalho Barros¹²⁴

Resumo: Este trabalho analisa o instituto da conciliação à luz do direito do trabalho, em especial em face dos princípios da proteção e da indisponibilidade do direito trabalhista, abordando a compatibilidade entre esses, com as limitações decorrentes da própria essência da relação laboral, mas sem perder o caráter pacificador, racional e democrático desse meio alternativo de solução de conflitos.

Palavras-chave: Conciliação. Direito do trabalho. Princípio protetivo. Indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

Abstract: This paper analyzes the conciliation institute considering the labor law, especially in the perspective of the protection and the unavailability of fundamental labor rights principles, and dealing with the compatibility between them, but without losing the peacemaker, rational and democratic feature of that alternative procedure for conflict resolution.

Keywords: Reconciliation. Labor law. Protective principle. Unavailability of labor rights.

¹²⁴ Graduada em Direito pelo UNICEUB e Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, no curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Analista Judiciário - área judiciária - do Superior Tribunal de Justiça e ex-Assessora de Ministro do Tribunal Superior do Trabalho..



INTRODUÇÃO

O objetivo desse trabalho consiste no estudo dos meios alternativos de solução de conflitos, em especial a conciliação, em face dos princípios da proteção laboral e da indisponibilidade do direito do trabalho e, também, na análise da possibilidade ou não de sua aplicação prática na seara trabalhista.

Com efeito, os conflitos são inerentes à convivência humana e a busca por soluções justas é uma constante na vida em sociedade.

Diante disso, foram desenvolvidos, ao longo do desenvolvimento da própria civilização, diversos meios de solução dos conflitos de interesses: o método estatal de resolução de conflitos, por meio da jurisdição, em que o juiz decide a quem cabe determinado bem da vida, e os métodos alternativos, em que as partes, sozinhas ou com a ajuda de terceiros por eles selecionados, procuram resolver a celeuma, sem ou com a mínima movimentação da máquina judiciária.

No entanto, hoje, na realidade da Justiça do Trabalho brasileira, verifica-se uma grande jurisdicionalização dos conflitos, com um número imenso de processos, decorrentes das constantes violações aos direitos dos trabalhadores, e a falta de aparelhamento do judiciário trabalhista, seja físico ou de pessoal, envolvendo servidores e juízes. Assim, tem-se um justiça lenta e incapaz de tratar as demandas com a qualidade devida.

Assim, cada vez mais, deve ser estimulada a resolução alternativa de conflitos trabalhistas, com a utilização dos métodos existentes para que, além de se resolver a celeuma, essa seja satisfatória em todos os aspectos, inclusive do ponto de vista psicológico, o que ocorre quando há justiça.

É nesse contexto que o presente trabalho será desenvolvido, em especial em relação à conciliação.

No primeiro capítulo, faz-se-á a análise de dois princípios basilares do ordenamento jurídico-laboral, quais sejam o princípio protetivo e o da indisponibilidade dos direitos trabalhistas.



Já no segundo capítulo, serão explicitados os aspectos gerais e a classificação os meios de solução de conflitos, passando, em seguida à análise pormenorizada de cada espécie: negociação, mediação, arbitragem e conciliação.

Em seguida, será estudado, mais aprofundadamente, o mecanismo da conciliação em face do direito do trabalho, seu conceito, fundamentos, plano de atuação, a conciliação extrajudicial e, também, aquela celebrada dentro do processo, além de seu exame em face dos princípios protetivo e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

O PRINCÍPIO PROTETIVO E A INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS

PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NA RELAÇÃO LABORAL

A relação de desigualdade é inerente à relação laboral e a necessidade de proteção também. Aliás, destaca Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva e Carlos Henrique Horn:

O consenso em torno da noção de que tal desigualdade é uma marca estrutural das negociações entre os agentes que operam nesses mercados, afetando os termos em que se celebram os contratos de trabalho e o cotidiano da relação de emprego em desfavor dos trabalhadores, veio a justificar, já no século XIX, a proteção estatal para práticas que interferissem na livre vontade das partes, como as negociações coletivas de trabalho, ou mesmo a intervenção direta através de legislação que regulamentasse aspectos substantivos da relação de emprego¹²⁵.

Com a Constituição da República de 1988, houve a ruptura do Estado do Bem-Estar Social e o Brasil adentrou a era do Estado Democrático de Direito.

Nessa nova fase, surgiu a necessidade de se assegurar a efetividade dos novos direitos, buscando a concretização dos princípios normatizados na Constituição Federal. Aliás, quanto aos direitos fundamentais, determinou-se, no artigo 5º, § 1º, sua aplicação imediata, afastando a pragmatividade do modelo anterior.

¹²⁵ SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. e HORN, Carlos Henrique. O princípio da proteção e a regulação não-mercantil do mercado e das relações de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho (RDT)**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 34, vol. 32, out/dez de 2008, p. 187.



Vale ressaltar que a nova Carta Magna inseriu os direitos sociais explicitamente no rol dos direitos fundamentais, o que leva à conclusão de que a interpretação das normas laborais deve ser feita à luz dos princípios previstos na Constituição Federal. É essa a lição de Rúbia Zanotelli de Alvarenga:

Os direitos sociais estão inseridos no rol dos direitos e garantias fundamentais, inscritos no Título II da Constituição da República. E expressam a opção do legislador constituinte por instituir um Estado Democrático de Direito baseado na promoção dos valores sociais e individuais e no princípio da dignidade humana, conforme se anuncia no preâmbulo da própria Lei Maior de 1988 e nas disposições dos arts. 1º e 3º dessa Carta¹²⁶.

O direito do trabalho tem como critério fundamental e orientador o princípio da proteção, o qual encontra amparo na busca da igualdade, dando ao trabalhador aparato preferencial por ser a parte mais fraca da relação laboral, "assegurando superioridade jurídica em face da inferioridade econômica"¹²⁷.

De acordo com Arnaldo Sussekind, o princípio da proteção encontra suporte constitucional na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), na prevalência dos valores sociais do trabalho (artigo 1º, inciso IV, da Carta Magna), no princípio da valorização do trabalho humano e na justiça social, previstos no artigo 170, *caput*, da Constituição da República, na função social da propriedade e na busca do pleno emprego (artigo 170, incisos II e VIII, da Carta da República). Assevera o doutrinador que "o princípio da proteção ao trabalhador emana das normas imperativas e, portanto, de ordem pública, que caracterizam a intervenção básica do Estado nas relações de trabalho"¹²⁸.

Nessa esteira, é possível concluir que o princípio protetivo é inafastável, ou seja, por ser a relação de trabalho naturalmente desigual, não é razoável admitir que qualquer trabalhador possa ser colocado fora do seu alcance.

INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS

¹²⁶ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **O direito do trabalho como dimensão dos direitos humanos**. São Paulo: Ltr, 2009. p. 94.

¹²⁷ CAMPOS, Eduardo de Oliveira. A dignidade da pessoa humana como função social do contrato individual do trabalho - considerações sobre a necessidade de ratificação da Convenção n. 158 da OIT. **Revista Ltr**, São Paulo: vol.75, nº 1, janeiro de 2011. p. 82.

¹²⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo. Interpretação da norma trabalhista. **Revista Ltr**, São Paulo: vol. 74, nº 07, julho de 2012. p. 790.



O princípio da indisponibilidade – ou da irrenunciabilidade – dos direitos trabalhistas está ligado à limitação da liberdade do próprio empregado de abrir mão do arcabouço jurídico que o protege na relação laboral, naturalmente desigual, conforme abordado anteriormente.

Maurício Godinho Delgado, ao definir esse princípio, dispõe que esse “traduz a inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato”¹²⁹.

Não é demais destacar que esse princípio norteia não apenas o direito material do trabalho, mas também o processo do trabalho. É o que se extrai do seguinte ensinamento de Carlos Henrique Bezerra Leite:

Justifica-se a peculiaridade do princípio nos domínios do processo do trabalho, pela considerável gama de normas de ordem pública do direito material do trabalho, o que implica a existência de um interesse social que transcende a vontade dos sujeitos do processo no seu cumprimento e influencia a própria gênese da prestação jurisdicional. Numa palavra, o processo do trabalho teria uma função finalística: a busca efetiva do cumprimento dos direitos indisponíveis dos trabalhadores¹³⁰.

No entanto, essa indisponibilidade não se refere a toda e qualquer forma de despojamento de direitos pelo empregado.

Com efeito, é possível verificar, na CLT, três dispositivos que informam o princípio ora em exame, quais sejam os artigos 9º, 444 e 468, que dispõem, respectivamente:

Art. 9º. Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Art. 444. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

¹²⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10ª ed, São Paulo: LTr, 2011. p.195.

¹³⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 82.



Da interpretação desses dispositivos consolidados, é possível concluir que determinadas vantagens poderão ser transigidas e despojadas, desde que isso não cause prejuízo ao empregado e não confronte a proteção ao trabalho. Mas é importante salientar que a regra, na esfera trabalhista, ao contrário do direito civil, é a indisponibilidade.

Assim, tem-se que, quanto aos direitos e às vantagens, a indisponibilidade poderá ser absoluta ou relativa: absoluta quando os direitos tratarem de patamar mínimo civilizatório, como, por exemplo, o direito à assinatura da carteira de trabalho, ao salário mínimo e às normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador, e relativa na hipótese em que o direito diz respeito a interesse individual simples, as quais podem ser objeto de transação¹³¹.

Trazendo esses aspectos para o direito do trabalho, verifica-se ser plenamente aceitável a transação de direitos cuja indisponibilidade seja relativa, ou seja, sem ofensa ao patamar mínimo civilizatório ou às normas de ordem públicas como as de saúde e segurança de trabalho.

O Tribunal Superior do Trabalho já se pronunciou diversas vezes acerca da aplicação do princípio da indisponibilidade e dos limites à transação e à renúncia dos direitos trabalhistas.

Vale destacar, de início, o conteúdo do item II da Súmula nº 437 do TST, que trata da impossibilidade de supressão ou redução do intervalo intrajornada, por ser o artigo 71, § 4º, da CLT, mesmo por meio de negociação coletiva, por constituir norma de ordem pública, cujo teor se transcreve:

É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva¹³².

Interessante, ainda, o exame da questão referente às horas *in itinere*, quando, por meio de norma coletiva, há a supressão ou limitação ao seu pagamento.

¹³¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10ª ed, São Paulo: LTr, 2011. p. 210.

¹³² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 473, item II. Disponível em http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-437. Acesso em 30/4/2015.



Nesses casos, o TST adotou o entendimento de que não é possível a supressão total desse direito por meio de instrumento coletivo, tendo em vista que essa verba está expressamente prevista no artigo 58, § 3º, da CLT. No entanto, nas hipóteses em que se verifica que o número de horas fixadas na norma coletiva corresponde a, pelo menos, metade do tempo efetivamente gasto pelo empregado no percurso casa-trabalho-casa, permite-se a limitação¹³³.

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS EM ESPÉCIE E O DIREITO DO TRABALHO

A conjugação da jurisdição com as demais vertentes alternativas de solução de conflitos deve ser vista como a melhor forma de pacificação social e de alcance da justiça, almejada por todos.

É interessante destacar que as negociações em que as partes são orientadas para chegar a um entendimento, ao invés de focar numa divisão de perdas, analisando a questão de forma mais racional e buscando a melhor maneira de solucioná-la, levam à maior satisfação e são mais efetivas, além de possibilitar a preservação do relacionamento entre as pessoas envolvidas¹³⁴.

Aliás, cabe aqui um breve destaque à profunda alteração na legislação processual civil, decorrente da entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015, que introduziu novo Código de Processo Civil no ordenamento jurídico brasileiro e entrará em vigor em março de 2016. Isso por que o novel código processual tem como um de seus fundamentos principiológicos basilares a promoção da autocomposição, a qual, há muito, é prestigiada no direito do trabalho.

Com efeito, o artigo 3º do novo CPC eleva a solução consensual de conflitos, por meio de conciliação, mediação ou quaisquer outras formas, ao *status* de instrumento

¹³³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. E-ED-RR - 4076-45.2011.5.12.0027 , Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 18/09/2014, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 26/09/2014.

¹³⁴ PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. A autocomposição como política pública judiciária: uma análise da atuação do Conselho Nacional de Justiça. *In*: Pimenta, Adriana Campos de Souza Freire; Lockmann, Ana Paula Pellegrina (coord.). **Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014. p. 92.



de políticas públicas a ser promovida pelo Estado e estimulada por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público

É o que se extrai do teor do referido dispositivo legal:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Nesse sentido, vale, ainda, ressaltar os ensinamentos de Julio Guilherme Muller sobre a importância da conscientização acerca dos benefícios decorrentes da utilização dos meios consensuais de solução de conflitos:

Para que a negociação, conciliação e mediação (quanto ao objeto do processo ou mesmo quanto a situações processuais) tenham maior eficácia e possam produzir bons frutos, é fundamental uma mudança de mentalidade para quiçá, e em breve, termos uma cultura menos litigante e mais vocacionada a soluções negociadas¹³⁵.

No entanto, os princípios basilares de todo o sistema trabalhista e protegidos constitucionalmente, como o princípio protetivo e da irrenunciabilidade, não devem, nem por um instante, ser afastados, o que pode dificultar a aplicação dos mecanismos alternativos de solução de litígios nos conflitos trabalhistas. Isso porque, muitas vezes, a utilização de tais meios de pacificação de interesses conflitantes pressupõe que as partes estejam em pé de igualdade, o que não se pode verificar nos conflitos individuais de trabalho.

Os métodos alternativos de solução de conflitos mais utilizados no direito são a negociação, a mediação, a arbitragem e a conciliação, objeto deste estudo.

A negociação é um meio de resolução de conflitos em que as partes irão buscar solucionar seus problemas de maneira direta, ou seja, sem o papel atuante de um terceiro, mesmo que neutro. O objetivo é alcançado pelo diálogo entre as partes, com o intuito de atingir a melhor alternativa para que o negócio seja benéfico a todos.

¹³⁵ MULLER, Julio Guilherme. A negociação no novo CPC. *In*: Alvim, Thereza; Camargo, Luiz Henrique Volpe; Schmitz, Leonard Ziesemer; Carvalho, Nathália Gonçalves de Macedo (coord.). **O novo Código de Processo Civil Brasileiro - Estudos dirigidos: Sistematização e Procedimentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 197.



No direito do trabalho, esse meio de solução de conflitos está presente especialmente nas negociações coletivas, a partir das quais são celebrados os acordos e as convenções coletivas de trabalho, cuja observância constitui regra de nível constitucional, consoante se extrai do teor do artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição da República, além de estarem previstos nos artigos 611 a 625 da CLT e nas normas internacionais da OIT, mormente nas Convenções nºs 98 e 154, ratificadas pelo Brasil.

A mediação, por sua vez, consiste em um meio de solução de conflitos em que um terceiro imparcial, neutro, sem poder de decisão, facilita o atingimento de uma solução aceitável pelos envolvidos. É, na verdade, um processo em que se busca resolver um conflito por meio de uma terceira pessoa, o mediador, o qual auxilia as partes a resgatarem o diálogo e construïrem uma saída razoável para a celeuma.

Vale, aqui, citar a definição de mediação adotada por Maria Isabel González Cano:

La mediación aparece así como una forma "para"(y no "de") resolución alternativa del conflicto, a través de la cual las partes en conflicto llegan por sí mismas a una solución con la ayuda de un mediador, que con su formación ofrece a las partes nuevas vías de diálogo y entendimiento¹³⁶.

O mediador, ao contrário do conciliador, não faz propostas para solucionar o conflito. Na verdade, ele é um facilitador do acordo, ajudando as partes, fazendo com que essas retomem o diálogo, mas nunca sugerindo soluções, sendo sua atuação mais passiva.

Esse meio de solução de conflitos, no seu conceito clássico, tem como características essenciais a igualdade entre as partes e a imparcialidade do mediador, inclusive com assinatura de termo de confidencialidade. Exatamente nesse ponto, reside a dificuldade de se aceitar esse meio de solução de conflitos individuais trabalhistas.

No entanto, é importante destacar que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, com vistas a incentivar a adoção de mecanismos consensuais de solução de litígios, estabeleceu regras para a aplicação da conciliação e da mediação judiciais, criando o Código de Ética de

¹³⁶ GONZÁLEZ CANO, Mª Isabel. Los métodos alternativos de resolución de conflictos. *In*: MUÑOZ, Helena Soletó; PARGA, Milagros Otero (coord). **Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente**. Madri: Editorial Tecnos, 2007. p. 137.



Conciliadores e Mediadores Judiciais, fixando princípios a serem observados durante esses procedimentos, responsabilidades e sanções aplicáveis a esses terceiros, e determinando, ainda, a preparação dos conciliadores e mediadores por meio de curso de capacitação.

Assim, a aplicação dessa forma de pacificação de conflitos, mesmo judicial, sob a coordenação de juiz devidamente designado e capacitado para atuar nessa área, na Justiça do Trabalho, deve exigir um cuidado especial, em razão da natureza indisponível e irrenunciável dos direitos tutelados.

Ademais, a arbitragem é um meio extrajudicial de heterocomposição de conflitos, em que as partes envolvidas, por meio de previsão contratual, optam por submeter a um terceiro, denominado árbitro, um possível conflito surgido durante a vigência do contrato, para que esse decida pelas partes, prolatando a sentença arbitral.

Não é demais destacar que, assim como os demais mecanismos alternativos de solução de conflitos, as partes, aqui, devem estar em igualdade de condições, razão pela qual a utilização da arbitragem nos conflitos coletivos de trabalho encontra um pouco mais de simpatia por parte da doutrina.

Isso porque, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, o artigo 114 da Carta da República foi alterado, passando a prever, nos seus parágrafos primeiro e segundo, a possibilidade de utilização da arbitragem para solução de conflitos coletivos de trabalho quando frustrada a negociação coletiva.

No nível infraconstitucional, merecem referência os artigos 3º e 7º da Lei nº 7.783/1988, denominada Lei da Greve, nos conflitos entre sindicatos e empregadores; o artigo 23 da Lei nº 8.630/1993, que trata de reorganização dos portos, nos litígios entre operador portuário e o órgão gestor de mão-de-obra (OGMO); e o artigo 4º da Lei nº 10.101/2000, referente à participação nos lucros e resultados, quando não houver consenso entre sindicato e empregador quanto aos valores dessa verba. Todas essas normas, como se vê, autorizam expressamente a utilização da arbitragem para solucionar conflitos coletivos do trabalho.

No entanto, mesmo que se admita a solução de conflitos trabalhistas coletivos via processo arbitral, devem ser sempre respeitados os princípios que regem o direito do trabalho, como o da indisponibilidade, imperatividade e, mormente, o da proteção.



CONCILIAÇÃO E O DIREITO DO TRABALHO

O instituto da conciliação é uma técnica autocompositiva de conflitos, por meio da qual as partes litigantes buscam a composição, mas dirigidas por um terceiro, em que a força condutora dinâmica conciliatória desse terceiro é real, o qual, muitas vezes, consegue atingir um resultado sequer imaginado pelos envolvidos, sem, no entanto, decidir a celeuma¹³⁷.

Eduardo Borges de Mattos Medina adota o seguinte conceito de conciliação:

Pode-se conceituar conciliação como uma forma compositiva da lide, onde há um acordo de vontades, realizado, em geral, a partir de concessões recíprocas feitas pelas partes, com o auxílio de um terceiro interventor, com vistas à solução do conflito¹³⁸.

Ademais, tal mecanismo de solução de conflitos constitui um negócio jurídico que pode ter efeitos substanciais entre as partes e processuais, quando celebrado perante o órgão judicante, e, segundo Wilson de Souza Campos Batalha, sendo-lhe aplicáveis "os princípios que regem os contratos e, assumindo efeitos processuais, aplicam-se os princípios pertinentes à coisa julgada"¹³⁹.

Na realidade, a conciliação constitui um dos mais importantes meios alternativos de solução de conflitos trabalhistas, pois permite que os envolvidos, por meio de concessões recíprocas e por eles mesmos, recomponham as relações em desarmonia, constituindo, na verdade, um instrumento de exercício da própria democracia.

A conciliação, portanto, é um instrumento alternativo de resolução de conflitos que permite às partes atingir um denominador comum, com a orientação ativa de um terceiro com habilidade para tanto.

Esse meio de solução de litígios pode ocorrer tanto judicialmente, em que o terceiro é a autoridade jurisdicional, quanto extrajudicialmente, em que o terceiro auxiliar é o conciliador, acrescentando-se que ambos, no papel conciliatório, podem fazer propostas de solução do litígio.

¹³⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. **Revista Ltr**, São Paulo, v. 66, n. 6, junho de 2002. p. 665.

¹³⁸ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de conflitos: o cidadão na administração da justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 48.

¹³⁹ Apud SANTOS, Altamiro J. dos. Comissão e conciliação prévia: convívio, lógica jurídica & harmonia social. São Paulo: LTr, 2001. p. 168.



A conciliação extrajudicial trabalhista de conflito individual foi legalmente legitimada com a inserção dos artigos 625-A a 625-H na CLT, por meio da Lei nº 9.958/00, que criou as Comissões de Conciliação Prévia pelas empresas e sindicatos, cuja atribuição é tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho, com o escopo de desafogar a Justiça do Trabalho, diminuindo o número de demandas judiciais e permitindo às partes a obtenção mais célere da pacificação do conflito.

Nesse sentido, a lição de Cristiano Campos Kangassu Santana:

A Lei n. 9,958, de 12 de janeiro de 2000, instituiu no ramo juslaboral as Comissões de Conciliação Prévia, com o propósito de solucionar extrajudicialmente os dissídios individuais trabalhistas, assegurando aos jurisdicionados aquelas garantias constitucionais do processo, fazendo, conforme sintetiza Ada Pellegrini Grinover, ‘a Política judiciária calcada nos meios alternativos para a solução dos litígios’¹⁴⁰

De acordo com o artigo 625-A da CLT, a referida comissão terá composição paritária, ou seja, com representantes dos empregados e dos empregadores e, ainda, poderá ser instituída pelas empresas ou grupos de empresas e pelos sindicatos, sendo possível, também ter caráter intersindical.

As Comissões de Conciliação Prévia, conforme dispõe o artigo 625-B, *caput*, consolidado, quando instituídas no âmbito da empresa, poderão ter de dois a dez membros, sendo a metade indicada pelo empregador e a outra, eleita pelos empregados, por meio de voto secreto. Vale destacar que os empregados que compõem a comissão, titulares e suplentes, têm estabilidade provisória de um ano após o encerramento do mandato, salvo no caso de falta grave, na forma do artigo 625-B, § 1º, da CLT.

Já as comissões instituídas pelos sindicatos serão constituídas e terão suas normas de funcionamento fixadas por meio de convenção ou acordo coletivo (artigo 625-B, § 2º, da CLT).

Ressalta-se, quanto à instituição das comissões, que essa é facultativa, ao contrário do que foi inicialmente previsto na proposta de lei para inserir esse artigo na CLT, apresentada ao Congresso Nacional, de que seria obrigatória nas empresas que tivessem mais de 50 empregados. No entanto, em contrapartida, foi admitida a

¹⁴⁰ SANTANA, Cristiano Campos Kangassu Santana, Eficácia do termo de conciliação. *In*: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio (coord.). **Comissões de Conciliação Prévia: Quando o Direito enfrenta a realidade**. São Paulo: LTr, 2003. p. 194.



fiscalização das eleições pelo sindicato obreiro e, ainda, a sua extensão a toda e qualquer empresa, independentemente do número de empregados¹⁴¹.

Além disso, o artigo 625-E, parágrafo único, da CLT, prevê que o termo de conciliação celebrado pela CCP constitui título executivo extrajudicial, com eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas.

Em relação à eficácia liberatória do termo de conciliação extrajudicial, muito ainda se debate sobre a sua compatibilidade com os princípios que regem o sistema juslaboral.

José Roberto Freire Pimenta, ao tratar da questão, explica que o artigo 625-E da CLT deve ser interpretado considerando os princípios que amparam o direito do trabalho – irrenunciabilidade e indisponibilidade dos direitos trabalhistas – e, também, os dispositivos da própria CLT, como o artigo 625-D, § 2º, que trata da necessidade de descrição do objeto da conciliação no caso em que essa for frustrada, para que conste na declaração a ser anexada à ação reclamatória, e, também o artigo 477, § 2º, segundo o qual “o instrumento de rescisão ou recibo de quitação, qualquer que seja a causa ou forma de dissolução do contrato, deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação apenas relativamente às mesmas parcelas”.

E conclui o seguinte:

Em suma, pode-se concluir que a segunda parte do parágrafo único do artigo 625-E da CLT, relativa à eficácia geral liberatória do termo de conciliação extrajudicial, não padece de inconstitucionalidade, desde que se limitem seus efeitos estritamente aos direitos e parcelas que foram objeto da demanda do trabalhador (escrita ou reduzida a termo), submetida à Comissão de Conciliação Prévia.

Pelas mesmas razões, aliás, será absolutamente inaceitável, naquele âmbito extrajudicial, que se inclua naquele termo de conciliação qualquer quitação sem especificação dos direitos ou parcelas, objeto daquela transação, especialmente cláusulas que abranjam, genericamente, todo e qualquer direito relativo ‘ao período até então trabalhado’ (se a relação de empregado ainda estiver em curso) ou ‘ao

¹⁴¹ PIMENTA, José Roberto Freire. A constitucionalidade da exigência de tentativa de conciliação extrajudicial para ajuizamento de ação trabalhista e da eficácia liberatória geral do respectivo termo de conciliação (arts. 625-D e 625-E, parágrafo único, da CLT). *In*: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio (coord.). **Comissões de Conciliação Prévia: Quando o Direito enfrenta a realidade**. São Paulo: LTr, 2003. p. 135.



extinto contrato de trabalho' ou expressões equivalentes, por absoluta ausência de *res dúbia*, requisito indispensável, repita-se a uma verdadeira transação¹⁴².

Já o Tribunal Superior do Trabalho, por meio de seu órgão uniformizador da jurisprudência, a Subseção de Dissídios Individuais – 1, pacificou o entendimento de que o termo de conciliação firmado perante a Comissão de Conciliação Prévia, sem a oposição de ressalva, dá quitação plena às parcelas ali consignadas. É o que se extrai da seguinte decisão, exarada por esse colegiado, em sua composição completa:

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI N.º 11.496/2007. DECISÃO DA TURMA DO TST QUE NÃO RECONHECEU A EFICÁCIA LIBERATÓRIA GERAL DO TERMO DE CONCILIAÇÃO FIRMADO PERANTE A COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. ART. 625-E DA CLT. INEXISTÊNCIA DE RESSALVA. ENTENDIMENTO PREDOMINANTE DESTA SBDI-1 SOBRE A VALIDADE DA QUITAÇÃO. Aplicação do entendimento atual e majoritário desta SBDI-1 no sentido de que, havendo submissão da demanda à conciliação perante a Comissão de Conciliação Prévia, e em ocorrendo acordo com o empregador, o termo de conciliação tem eficácia liberatória, exceto em relação às parcelas expressamente ressalvadas, a teor do disposto no art. 625-E da CLT. Hipótese em que o termo de acordo não contém qualquer ressalva quanto aos títulos reclamados nesta ação, concedendo quitação plena. Ressalva do entendimento pessoal deste relator. Recurso de embargos conhecido e provido¹⁴³.

Outro aspecto objeto de muitas discussões quanto à sua constitucionalidade é o disposto no artigo 625-D da CLT, o qual previa que qualquer demanda trabalhista deveria ser apreciada perante a Comissão de Conciliação Prévia antes do ajuizamento da ação.

Havia, na jurisprudência e na doutrina, um grande debate acerca da natureza dessa exigência, se seria condição da ação, cuja ausência acarretaria falta de interesse de

¹⁴² PIMENTA, José Roberto Freire. A constitucionalidade da exigência de tentativa de conciliação extrajudicial para ajuizamento de ação trabalhista e da eficácia liberatória geral do respectivo termo de conciliação (arts. 625-D e 625-E, parágrafo único, da CLT). *In*: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio (coord.). **Comissões de Conciliação Prévia: Quando o Direito enfrenta a realidade**. São Paulo: LTr, 2003. p. 184-185.

¹⁴³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. E-RR - 45700-44.2007.5.01.0052, Relator Juiz Convocado: Flavio Portinho Sirangelo, julgado em 24/02/2011, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, publicado no DEJT de 11/03/2011.



agir do autor, ou pressuposto processual negativo, ou seja, a submissão da demanda à comissão em questão seria um requisito essencial para o ajuizamento da ação.

No entanto, em 13 de maio de 2009, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o pedido de liminar das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n^{os} 2.139 e 2.160, ajuizadas por quatro partidos políticos - PC do B, PSB, PT e PDT - e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Comércio (CNTC), deferiu a medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 625-D da CLT, entendendo que tal dispositivo seria inconstitucional, encerrando os questionamentos acerca da natureza da exigência ali prevista. Para a maioria dos Ministros da excelsa Corte, o referido dispositivo consolidado restringia o acesso à Justiça do Trabalho ao obrigar o reclamante a procurar a Comissão de Conciliação Prévia, ferindo o princípio do livre acesso à justiça previsto no artigo 5^o, inciso XXXV, da Carta da República.

Eis as ementas dos julgados referidos, respectivamente:

PROCESSO OBJETIVO - PETIÇÃO INICIAL. A petição inicial do processo objetivo deve ser explícita no tocante à causa de pedir. JURISDIÇÃO TRABALHISTA - FASE ADMINISTRATIVA. A Constituição Federal em vigor, ao contrário da pretérita, é exaustiva quanto às situações jurídicas passíveis de ensejar, antes do ingresso em juízo, o esgotamento da fase administrativa, alcançando, na jurisdição cível-trabalhista, apenas o dissídio coletivo¹⁴⁴.

JUDICIÁRIO - ACESSO - FASE ADMINISTRATIVA - CRIAÇÃO POR LEI ORDINÁRIA - IMPROPRIEDADE. Ao contrário da Constituição Federal de 1967, a atual esgota as situações concretas que condicionam o ingresso em juízo à fase administrativa, não estando alcançados os conflitos subjetivos de interesse. Suspensão cautelar de preceito legal em sentido diverso¹⁴⁵.

Efetivamente, não obstante essa forma de solução de conflitos possa contribuir para diminuir a avalanche de ações que chegam diariamente para apreciação do Poder Judiciário, a falta de um regramento mais claro acerca da responsabilidade dos conciliadores e a desconsideração da condição de hipossuficiência econômica e social do trabalhador trouxeram certo descrédito às Comissões de Conciliação Prévia, não sendo possível admitir que o trabalhador, ao deixar de tentar a conciliação, possa ser

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2139 MC, Relator para o Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/2009, publicado no DJe de 23-10-2009.

¹⁴⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 2160 MC, Relator para o Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/2009 e publicado no DJe de 23-10-2009.



impedido de exercer seu direito de ação, conclusão que pode ser estendida a qualquer outra forma de conciliação extrajudicial feita individualmente pelo empregado.

No direito do trabalho, a conciliação é de grande valia, sendo que sua aplicação, na esfera processual, está expressamente prevista na Consolidação das Leis do Trabalho. De acordo com o artigo 847 da CLT, a conciliação será proposta pelo juiz assim que aberta a audiência e, também, após o prazo fixado para razões finais, antes da prolação sentença, conforme dispõe o artigo 850 consolidado.

O juiz, no exercício do papel de conciliador, atua como instrumento de equalização jurídica, pois, no direito laboral, as partes são essencialmente desiguais, devendo observar as regras de ordem pública trabalhistas, bem como as questões previdenciárias e tributárias¹⁴⁶.

Ademais, a atuação do juiz deve ter em vista a afirmação e o reconhecimento dos direitos trabalhistas e deve, ainda, ser uma forma de desestimular novas violações a esses direitos e de induzir o cumprimento espontâneo dessas normas, para que a conciliação possa ser, realmente, uma forma eficaz de solução de conflitos.

Por fim, o juiz deve estar atento às pretensões das partes, analisando as diferenças e as peculiaridades do conflito ali colocado. Nesse sentido, explica José Roberto Freire Pimenta:

Para o juiz formular sua própria proposta de conciliação com boas possibilidades de êxito, é necessário que ele tenha uma adequada compreensão prévia das posições relativas das partes e de seus advogados na audiência, que apresentam muitas diferenças e significativas peculiaridades. Em primeiro lugar, é preciso ter a clara consciência de que os interesses imediatos do julgador são profundamente diferentes dos interesses dos sujeitos parciais do processo e dos demais operadores do Direito presentes na audiência. É importante tal compreensão até mesmo para que ele tenha um pouco mais de tolerância com as diferentes posturas de cada um e para que possa atuar de forma eficaz no processo de convencimento das partes para que cheguem a uma solução conciliatória da lide.

O interesse primordial do juiz, nessa fase processual, é realmente chegar a bom termo na conciliação – o que significa fazer com que as partes, na maioria dos casos, se componham mediante o pagamento, pelo demandado, de um valor razoável ao reclamante – e, se isso não

¹⁴⁶ PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação na esfera trabalhista – função, riscos e limites. *In*: Pimenta, Adriana Campos de Souza Freire; Lockmann, Ana Paula Pellegrina (coord.). **Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014, p. 36.



for possível, pelo menos levantar alguns elementos de fato e de direito que sejam úteis para a solução daquela controvérsia¹⁴⁷.

A conciliação judicial, então, para ser considerada boa ou ruim depende, essencialmente, da ativa atuação do julgador e “de sua sensibilidade maior ou menor para as questões das partes e do mundo”¹⁴⁸.

Após alcançada a conciliação entre as partes, o juiz, então, a homologará. Ou não.

A homologação, no caso da conciliação, constitui um ato judicial declaratório e constitutivo¹⁴⁹: declaratório, no que concerne à vontade dos envolvidos, e constitutivo, em razão dos efeitos jurídicos daí decorrentes, como, por exemplo, a obrigação de pagar determinado valor por parte de uma delas.

É nesse momento que o julgador, efetivamente, examina os aspectos não apenas formais, mas também o próprio conteúdo da conciliação, ou seja, a observância dos princípios laborais e a existência de uma real transação e não renúncia de direitos.

CONCILIAÇÃO E OS PRINCÍPIOS PROTETIVO E DA INDISPONIBILIDADE DO DIREITO DO TRABALHO

Conforme analisado anteriormente, o ordenamento juslaboral trata expressamente da conciliação, o que poderia dar a impressão de que esse instituto já estaria autorizado na seara trabalhista. No entanto, o simples fato de ter sido inserida no texto consolidado não possibilita a aplicação pura e simples da conciliação.

¹⁴⁷ PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação na esfera trabalhista – função, riscos e limites. *In*: Pimenta, Adriana Campos de Souza Freire; Lockmann, Ana Paula Pellegrina (coord.). **Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014, p. 64.

¹⁴⁸ VIANA, Márcio Túlio. Os paradoxos da conciliação – quando a ilusão da igualdade formal esconde mais uma vez a desigualdade real. *In*: Pimenta, Adriana Campos de Souza Freire; Lockmann, Ana Paula Pellegrina (coord.). **Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014, p.83.

¹⁴⁹ PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação na esfera trabalhista – função, riscos e limites. *In*: Pimenta, Adriana Campos de Souza Freire; Lockmann, Ana Paula Pellegrina (coord.). **Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014, p. 37.



Com efeito, esse mecanismo de solução de conflitos deve ter sempre em foco os princípios da proteção e da indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores, inclusive a jurisdicional, ante o inerente desequilíbrio existente na relação laboral.

Nesse sentido, cumpre destacar a lição de José Roberto Freire Pimenta ao discorrer sobre o princípio protetivo e a conciliação judicial, a qual, no entanto, vale para toda e qualquer forma de reflexão a respeito da aplicação de métodos alternativos de solução de conflitos no âmbito laboral:

Acima de tudo, não poderá ele nunca esquecer que também na conciliação está presente o protecionismo do Direito do Trabalho, devendo agir sempre entre dois polos: de um lado, equidade; de outro, a indisponibilidade dos direitos básicos dos trabalhadores e a incidência obrigatória das normas de ordem pública que disciplinam as questões de interesse público implicadas em cada controvérsia trabalhista¹⁵⁰.

A conciliação, quando bem dirigida, seja pelo conciliador comum ou por um juiz, pode sim ser um instrumento útil para a solução rápida dos conflitos trabalhistas sem que haja ofensa aos princípios protetivo e da irrenunciabilidade.

Com isso, portanto, chega-se à pacificação social pretendida. Nesse sentido, vale destacar a lição de Adriana Goulart de Sena Orsini:

A conciliação é uma forma adequada de resolução de conflitos. Por meio dela as partes põem fim ao conflito que deu origem à atuação do Judiciário, transacionando os limites da pretensão e da resistência inicialmente apresentadas. Desta feita, não apenas o processo é extinto, mas também a controvérsia pertinente ao direito material e a lide sociológica porventura existente. Em outras palavras: ocorre a pacificação do conflito, que é a finalidade da própria atuação do Judiciário. Todavia, ressalte-se, a composição das partes não é um fim em si mesma, não ensejando a homologação passiva pela juiz¹⁵¹.

No âmbito trabalhista, não se admite a conciliação a qualquer custo, mas apenas aquela que respeite as normas juslaborais, devendo ser coibidas, também, as condutas antijurídicas daqueles que procuram, com a utilização da conciliação, a defesa de seus

¹⁵⁰ PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação na esfera trabalhista – função, riscos e limites. *In*: Pimenta, Adriana Campos de Souza Freire; Lockmann, Ana Paula Pellegrina (coord.). **Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014, p. 62-63.

¹⁵¹ ORSINI, Adriana Goulart de Sena. Acesso à justiça, solução de conflitos e a política pública de tratamento adequado de conflitos trabalhistas. *In*: Pimenta, Adriana Campos de Souza Freire; Lockmann, Ana Paula Pellegrina (coord.). **Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014, p. 161.



interesses particulares, mesmo que contra a lei e a justiça, aspectos a serem considerados pelo juiz ao homologar, ou não, a conciliação¹⁵².

Aliás, cumpre ressaltar que a própria jurisprudência trabalhista já pacificou entendimento acerca da inexistência de direito líquido e certo à homologação de acordo judicial, ou seja, cabe ao juiz, na análise da situação que lhe é posta no momento da celebração do acordo, decidir se deve ou não chancelar aquela conciliação. Nesse sentido, prevê a Súmula nº 418 do TST:

MANDADO DE SEGURANÇA VISANDO À CONCESSÃO DE LIMINAR OU HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 120 e 141 da SBDI-2) - Res. 137/2005, DJ 22, 23 e 24.08.2005. A concessão de liminar ou a homologação de acordo constituem faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança¹⁵³.

Assim, a conciliação judicial, mais do que uma possibilidade, é um verdadeiro princípio que rege o processo trabalhista, sendo, inclusive, um pressuposto de validade da sentença, nos termos do artigo 831 da CLT.

É importante destacar, ainda, em relação à conciliação, que o conciliador deve buscar a realização da transação, que deve conter os elementos básicos do instituto, dentre eles as concessões recíprocas, e é exatamente esse aspecto que deve ser analisado em face do princípio da indisponibilidade pelo conciliador, no sentido de que a concessão feita pelo empregado não poderá envolver direito de indisponibilidade absoluta, mas apenas de indisponibilidade relativa, sob pena de ser nula de pleno direito.

É o que defende Ana Paula Pellegrina Lockmann:

Diante desse quadro, podemos concluir que é vedada, como regra geral, a renúncia de direitos trabalhistas, salvo raríssimas exceções expressamente previstas em lei, sendo possível, contudo, a transação sobre direitos não revestidos pela indisponibilidade absoluta, desde que presente a *res dúbia* (incerteza subjetiva quanto aos direitos e obrigações), bem como os demais requisitos próprios de qualquer ato

¹⁵² PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação na esfera trabalhista – função, riscos e limites. *In*: Pimenta, Adriana Campos de Souza Freire; Lockmann, Ana Paula Pellegrina (coord.). **Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014, p. 62.

¹⁵³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 418. Disponível em http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-418. Acesso em 30/4/2015.



jurídico em geral (capacidade do agente, livre manifestação de vontade, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei)¹⁵⁴.

Nesse contexto, conclui-se que a conciliação extrajudicial também é possível na esfera trabalhista, desde que os direitos ali transacionados não sejam relacionados à saúde e segurança do trabalhador e não haja redução do patamar mínimo civilizatório.

CONCLUSÃO

Nos dias de hoje, a avalanche de processos judiciais e a clemência por uma resposta eficiente, célere e segura do Estado, leva à necessidade de se criar mecanismos alternativos para a solução dos conflitos.

Assim, a aplicação de mecanismos alternativos de solução de litígios nos conflitos trabalhistas deve ser sim considerada, sem, no entanto, perder de vista o caráter cogente dos princípios que norteiam o ordenamento juslaboral.

A conciliação, um dos meios alternativos de solução de litígios, é o que mais se adequa ao direito individual do trabalho. Isso porque, ao conciliador, é permitido fazer propostas e conduzir o acordo entre as partes de modo a impedir que os direitos e as vantagens concernentes ao patamar mínimo civilizatório e as normas de saúde e segurança do trabalhador sejam observados, em atenção aos princípios protetivo e da indisponibilidade.

Não importa se a conciliação ocorre extrajudicialmente, por meio das Comissões de Conciliação Prévia, ou durante o trâmite processual, em que o conciliador é o próprio juiz da causa. O que interessa, na verdade, é, além de se obter a satisfação econômica e psicológica das partes, que os princípios basilares do direito do trabalho não sejam afastados, pois, somente assim, a conciliação será em instrumento eficaz e legítimo para a pacificação social.

¹⁵⁴ LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina. Acesso à justiça, solução de conflitos e a política pública de tratamento adequado de conflitos trabalhistas. *In*: Pimenta, Adriana Campos de Souza Freire; Lockmann, Ana Paula Pellegrina (coord.). **Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014. p. 131.



É preciso ressaltar que, na prática, a averiguação, na conciliação celebrada ou a ser celebrada, da efetiva observância dos princípios protetivo e da indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores não é uma tarefa fácil, mesmo quando o terceiro responsável pela conciliação é um magistrado.

No entanto, é mais do que válida a tentativa de, cada vez mais, se solucionar de forma rápida o conflito, pois a demora para resolver a questão constitui ofensa a direitos do trabalhador não só relacionados ao labor em si, mas à sua própria dignidade.

REFERÊNCIAS

_____. A conciliação na esfera trabalhista – função, riscos e limites. *In*: Pimenta, Adriana Campos de Souza Freire; Lockmann, Ana Paula Pellegrina (coord.). **Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 10ª ed, São Paulo: LTr, 2011.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. *Revista Ltr*, São Paulo, v. 66, n. 6, junho de 2002.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina. Acesso à justiça, solução de conflitos e a política pública de tratamento adequado de conflitos trabalhistas. *In*: Pimenta, Adriana Campos de Souza Freire; Lockmann, Ana Paula Pellegrina (coord.). **Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014,

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de conflitos: o cidadão na administração da justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.



MULLER, Julio Guilherme. A negociação no novo CPC. *In:* Alvim, Thereza; Camargo, Luiz Henrique Volpe; Schmitz, Leonard Ziesemer; Carvalho, Nathália Gonçalves de Macedo (coord.). **O novo Código de Processo Civil Brasileiro - Estudos dirigidos: Sistematização e Procedimentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2015

ORSINI, Adriana Goulart de Sena. Acesso à justiça, solução de conflitos e a política pública de tratamento adequado de conflitos trabalhistas. *In:* Pimenta, Adriana Campos de Souza Freire; Lockmann, Ana Paula Pellegrina (coord.). **Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. A autocomposição como política pública judiciária: uma análise da atuação do Conselho Nacional de Justiça. *In:* Pimenta, Adriana Campos de Souza Freire; Lockmann, Ana Paula Pellegrina (coord.). **Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014.

PIMENTA, José Roberto Freire. A constitucionalidade da exigência de tentativa de conciliação extrajudicial para ajuizamento de ação trabalhista e da eficácia liberatória geral do respectivo termo de conciliação (arts. 625-D e 625-E, parágrafo único, da CLT). *In:* RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio (coord.). **Comissões de Conciliação Prévia: Quando o Direito enfrenta a realidade**. São Paulo: LTr, 2003.

SANTANA, Cristiano Campos Kangussu Santana, Eficácia do termo de conciliação. *In:* RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio (coord.). **Comissões de Conciliação Prévia: Quando o Direito enfrenta a realidade**. São Paulo: LTr, 2003.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Interpretação da norma trabalhista**. Revista Ltr, São Paulo, vol. 74, nº 07, julho de 2012.

VIANA, Márcio Túlio. Os paradoxos da conciliação – quando a ilusão da igualdade formal esconde mais uma vez a desigualdade real. *In:* Pimenta, Adriana Campos de Souza Freire; Lockmann, Ana Paula Pellegrina (coord.). **Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014.



A LEGITIMIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

LEGITIMACY OF CRIMINAL INVESTIGATIONS BY THE PROSECUTOR

Francisco das Chagas Alves dos Santos Oliveira¹⁵⁵

Resumo: Trata-se de um artigo em que se discute a legitimidade da investigação criminal realizada pelo Ministério Público. O cerne da pesquisa foi analisar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, em especial, a jurisprudência dos tribunais superiores. Não obstante, preocupou-se em apresentar um arcabouço teórico para servir de fundamentação na defesa da tese final. Assim, foram analisados os sistemas de investigação preliminar existentes no Brasil e no exterior; o conceito e evolução do Ministério Público ao longo da história, sobretudo, nas Constituições brasileiras; além de apresentar as doutrinas, legislações e jurisprudências que servem de suporte para a investigação criminal realizada pelo Ministério Público.

Palavras-chave: Investigação Criminal. Polícia Judiciária. Ministério Público. Constituição Federal. Código de Processo Penal.

Abstract: It is an article which discusses the legitimacy of the criminal investigation by prosecutors. The core of the research was to analyze the doctrinal and jurisprudential position on the issue, in particular the jurisprudence of the higher courts. Nevertheless, concerned to present a theoretical framework to serve as a basis in defense of the final thesis. Thus, the preliminary investigation systems were analyzed existing in Brazil and abroad; the concept and evolution of the prosecution throughout history, especially in

¹⁵⁵ Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pelo IDP (Instituto Brasiliense de Direito Público); Aprovado no 5º Exame Nacional da OAB; Bacharel em Direito pelo IESPLAN (Instituto de Ensino Superior do Planalto) e Servidor militar federal efetivo (Exército Brasileiro).



Brazilian Constitutions; besides presenting the doctrines, laws and jurisprudence that serve as footstool for criminal investigation by prosecutors.

Keywords: Criminal Investigation. Judicial Police. Public Ministry. Federal Constitution. Criminal Procedure Code.

INTRODUÇÃO

O tema apresentado trata da legitimidade da investigação criminal realizada pelo Ministério Público (MP).

A motivação principal dessa abordagem se desenvolve entorno dessa polêmica até então não resolvida. Sabe-se, inclusive, que há decisões favoráveis quanto à investigação realizada pelo Ministério Público no âmbito do Supremo Tribunal Federal, todavia, ainda, sem pacificar a matéria.

A relevância do tema se dá, em especial, para os operadores do direito. Nesse círculo, vale destacar a importância para o Judiciário, o próprio Ministério Público, a Advocacia e a Polícia Judiciária.

Inobstante, não se deve olvidar a relevância do assunto para o ambiente jurídico acadêmico, por se tratar de um local onde, inicialmente, se formam os futuros advogados, delegados de polícia, promotores, magistrados, enfim, autoridades que fatalmente enfrentarão questões atinentes ao tema.

Nesse diapasão, se evidencia a relevância política, pois é cediço que o assunto foi discutido no Congresso Nacional, onde se exigiu uma alteração na própria Constituição Federal de 1988, afim de que se definisse a competência exclusiva para a investigação de infrações penais.¹⁵⁶

O contexto histórico e político remonta as duas últimas décadas, pois foi um período em que o Ministério Público esteve em grande evidência, corolário da extrema eficiência de suas atuações, sobretudo, diante das denúncias impetradas contra autoridades do poder público, em especial, com caso da Ação Penal 470 (conhecido por mensalão).

¹⁵⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 37/2011**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507965>> Acesso em 29 Dez 2014.



Sabe-se que a ânsia de imergir no desenvolvimento do tema, é muito grande, contudo, entende-se que se faz necessário trilhar um caminho propedêutico, tentando entender bem sobre a fase pré-processual e os sistemas de investigação preliminar no ordenamento jurídico penal e processual penal brasileiro, é o que será apresentado doravante.

1 A FASE PRÉ-PROCESSUAL E O MINISTÉRIO PÚBLICO

A obra de Octacílio Paula Silva¹⁵⁷, denominada de Ministério Público, embora seja relativamente antiga, porém sem deixar de ser imponente, já sinalizava ou analisava, no início da década de 80, um tema que ainda é polêmico, qual seja: a relação entre investigação criminal e o *Parquet*.

O referido autor frisa que a participação do Ministério Público na fase investigatória criminal, no Brasil, é meramente esporádica e que, em regra, a polícia elabora o inquérito destinado a apurar as infrações, encaminhando-o à justiça.¹⁵⁸

Embora ex-membro do Ministério Público, o autor é um crítico quanto à postura tomada pelo *Parquet* em face de demandas investigatórias criminais. Contudo, nas duas últimas décadas, tem-se observado um Ministério Público bem mais atuante. Nessa linha, dentre os diversos casos que comprovam sua atuação, vale destacar: a Ação Penal 470 e, recentemente, as investigações e os processos afetos aos crimes da operação “lava-jato” (fatos envolvendo altas autoridades da Petrobrás e políticos brasileiros).

No que tange a fase pré-processual, a sua essência é o Inquérito Policial (IP). Todavia, sabe-se que o IP é apenas uma espécie dos sistemas de investigação preliminar, inclusive, adotado pelo sistema jurídico brasileiro.

Nestor Távora destaca que a persecução criminal para apuração das infrações penais e sua respectiva autoria comporta duas fases bem delineadas. A primeira: preliminar, inquisitiva. Inclusive, trata-se do grande cerne desta pesquisa; A segunda,

¹⁵⁷ SILVA, Octacílio Paula. **Ministério Público**. 1ª edição. Sugestões literárias S/A. São Paulo. 1981.

¹⁵⁸ *Ibidem*. p. 90.



trata-se do processo penal, propriamente dito, com a devida submissão aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa.¹⁵⁹

Assim, para se compreender melhor o IP, faz-se necessário uma breve análise sobre os sistemas de investigação existentes numa fase pré-processual, em princípio, será feita uma correlação entre o direito brasileiro e o direito alienígena.

INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Aury Lopes Jr. destaca bem que não se deve começar um processo penal de forma imediata. “Em primeiro lugar, deve-se preparar, investigar e reunir elementos que justifiquem o processo ou o não processo. Ressalta ainda que é um grave equívoco que primeiro se acuse, para depois investigar e ao final julgar¹⁶⁰”.

Indubitavelmente, o constrangimento é latente, diante, até mesmo, de uma simples possibilidade de sujeição a um indiciamento ou acusação, imagine-se então, a concretização dessas possibilidades, ou seja, a instauração do Inquérito Policial e a temida Ação Penal.

Realmente, aqueles pressupostos essenciais de indícios suficientes de autoria e provas da materialidade do delito devem cercar toda a fase pré-processual e a próxima fase, caso se torne necessária. Não obstante, além desses dois pilares básicos, deve haver outro lastro probatório que caracterize a justa causa para a propositura de uma Ação Penal.

ORGÃOS ENCARGADOS DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Ainda sobre a investigação preliminar, Aury faz uma análise dos órgãos encarregados, onde apresenta as vantagens e desvantagens de cada órgão. Doravante, será analisado os três órgãos, a começar pela Polícia Judiciária, responsável por presidir o Inquérito investigativo.

¹⁵⁹ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal. 9ª ed. Revista, ampliada e atualizada.** Juspodivm. Salvador-BA. 2014. p. 107.

¹⁶⁰ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** 11 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. p. 250



Autoridade Policial

Segundo Aury, a investigação preliminar realizada pela autoridade policial, é o modelo adotado pelo Direito Brasileiro, cabendo à polícia investigar e corroborar os fatos constantes na notícia-crime. Afirma ainda, que não se trata de um mero auxiliar, mas sim, o titular da investigação, enfatizando que não há que se falar em subordinação com relação a juízes e promotores¹⁶¹.

Dentre os pontos positivos elencados pelo autor, é imperioso destacar aqueles considerados os mais interessantes:

A polícia está mais próxima ao povo, está em todos os lugares, e por isso, dispõe de meios mais rápidos e eficazes para conduzir a investigação. E, partindo de um enfoque puramente econômico, o sistema de investigação preliminar policial é muito mais barato para o Estado. Com o salário de um juiz ou promotor, o Estado pode manter quase uma equipe policial¹⁶².

Quanto ao aspecto da proximidade com a comunidade, de fato, deve-se concordar com o autor, em contrapartida, com relação ao aspecto econômico, há controvérsias, pois tudo vai depender de qual Estado o autor se refere. O Distrito Federal, por exemplo, é uma das Unidades da Federação que melhor remunera seus policiais, todavia, é uma das pouquíssimas exceções no Brasil, evidentemente, a maioria dos Estados remuneram muito mal seus policiais. A título de exemplo, Danilo Ferreira¹⁶³ apresenta uma tabela sobre os ganhos dos Policiais Cíveis brasileiros; nela, coube destacar o salário do Policial do Distrito Federal que recebe cerca de R\$ 7.500,00, enquanto que os policiais dos outros Estados recebem metade ou menos desse salário.

Seguindo com a investigação policial, há argumentos contrários bem plausíveis, dentre os quais se pode citar:

A Polícia dispõe de um alto grau de discricionariedade de fato para selecionar as condutas a serem perseguidas. Esse espaço de atuação está muitas vezes na zona cinza, no sutil limite entre o lícito e o ilícito. A eficácia da atuação policial está associada a grupos diferenciais, isto

¹⁶¹ Ibidem. p. 260

¹⁶² Idem. p. 260

¹⁶³ FERREIRA, Danilo. **Tabela: quanto ganham os policiais civis brasileiros**. Disponível em: <<http://abordagempolicial.com/2012/09/tabela-quanto-ganham-os-policiais-civis-brasileiros/>> acesso em 28 Set 15.



é, a polícia se mostra mais ativa contra determinados escalões da sociedade (os inferiores) e distribui impunidade em relação à classe mais elevada. Além disso, a polícia está mais suscetível de contaminação política (especialmente aos mandos e demandas de quem ocupa o governo) e sofre as pressões do meio de comunicação.¹⁶⁴

Isso faz remeter a questão da seletividade existente no Direito Penal. Alessandro Baratta consigna que a criminologia crítica tem como tese a afirmação de que o desvio nasce de conflitos socioeconômicos e que esses conflitos, por sua vez, maximizam os efeitos do etiquetamento secundário. Diz ainda que, a justiça é classista, seletiva, tanto no direito quanto no sistema penal. Nessa linha, o papel da criminologia crítica é fundamental. Assim, ela busca uma política criminal para os excluídos, ou seja, aqueles que são clientela principal dos processos perversos de seleção de responsabilidade criminal¹⁶⁵.

Baratta deixou significativas contribuições para o direito penal brasileiro, destarte, novos paradigmas surgiram no processo de criminalização que afetaram todos os órgãos da persecução criminal, inclusive no que será visto a seguir.

Juiz Instrutor

O juiz instrutor é o principal protagonista no modelo de investigação preliminar e detém todos os poderes necessários para levar a cabo toda a demanda investigatória. O juiz se veste de um verdadeiro investigador, a Defesa e o MP são meros colaboradores, no entanto, a polícia judiciária está a seus inteiro dispor, totalmente dependente no aspecto funcional.¹⁶⁶

Nessa linha, a imparcialidade e independência do juiz instrutor é uma garantia de que a investigação preliminar não servirá, por exemplo, como instrumento de perseguição política por parte do Poder Executivo. Maior efetividade e qualidade da investigação. Garantia de que o juiz que instrua não julga.¹⁶⁷

¹⁶⁴ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. p. 261

¹⁶⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p.200

¹⁶⁶ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. p. 262

¹⁶⁷ Ibidem p. 263



Em contrapartida, é um modelo superado e intimamente relacionado à figura histórica do juiz inquisidor, pois esse é o modelo apontado como mais grave impedimento à plena consolidação do Sistema acusatório.¹⁶⁸

Promotor Investigador

Preliminarmente, Aury traz importantes considerações sobre esse tema. Ressalta que atualmente existe uma tendência de outorgar ao Ministério Público a direção da investigação preliminar, assim, criando a figura do promotor investigador.¹⁶⁹

Nessa mesma linha vale consignar as lições dos mestres Nalini e Aquino: “A existência de um “promotor investigador” não é exclusiva à realidade pátria. A reforma processual ocorrida na Alemanha em 1974, por exemplo, suprimiu a figura do juiz instrutor em favor dessa nova função¹⁷⁰”.

Nesse sistema, o juiz fica longe da investigação e garante a sua imparcialidade, ressaltando que cabe ao juiz julgar e não investigar. Destaca também que, a própria natureza da investigação preliminar, como atividade preparatória ao exercício da ação penal, deve necessariamente estar a cargo do titular da ação penal.¹⁷¹

Em sentido contrário, Aury, com fortes argumentos, o autor destaca: “com base histórica, diz-se que em síntese, se está diante de um modelo típico de utilitarismo judicial, de um Estado de Polícia e não de um Estado de Direito”¹⁷².

Tudo isso serviu para demonstrar que no Brasil, embora os próprios autores tenham mencionado que o Sistema adotado é o da polícia investigadora, ainda há controvérsias, inclusive com proposições legislativas, a exemplo o Projeto de Lei 401/2015 do Deputado Alberto Fraga do DEM/DF, no sentido de pacificar definitivamente essa divergência.

¹⁶⁸ Ibidem. p. 264

¹⁶⁹ Ibidem. p. 265

¹⁷⁰ AQUINO, José Carlos Xavier de. NALINI, José Renato. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed.rev., atual. e ampl. Revistas dos Tribunais. São Paulo. 2012. p. 129

¹⁷¹ AQUINO, José Carlos Xavier de. NALINI, José Renato. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed.rev., atual. e ampl. Revistas dos Tribunais. São Paulo. 2012. p. 129

¹⁷² LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. p. 265



A ideia não é exaurir o assunto sobre a investigação preliminar, pois se sabe que, isoladamente, há muito ainda em se dizer, mas, trazer uma breve noção do referido tema.

Diante disso, será apresentado um breve histórico sobre o Ministério Público e sua atual disposição na Constituição Federal de 1988.

2 MINISTÉRIO PÚBLICO (BREVE HISTÓRICO)

Mazzilli é um grande pesquisador do tema. Conforme o autor, a expressão “ministério público” se encontrava em textos romanos clássicos. Entretanto, afirma:

na França a expressão *ministère public* se referia a uma instituição que passou a ser usada, primeiro, nas correspondências trocadas pelos procuradores do rei, quando falavam do seu próprio ofício, e, depois, veio a frequentar os provimentos legislativos do século XVIII, ora para designar as funções próprias daquele mister público, ora para referir-se a um magistrado específico.¹⁷³

Quanto ao aspecto histórico sobre a origem do Ministério Público, há diversas especulações, inclusive, Segundo Rangel, há grandes controvérsias entre os autores sobre a verdadeira origem do Ministério Público, uns ousam a dizer que essa origem remonta a mais de quatro mil anos no Egito. Todavia, consigna que a origem mais precisa da instituição está no Direito Francês, na figura dos *Procureurs du Roi* (procuradores do Rei), nascendo-se e formando-se no judiciário francês.¹⁷⁴

A expressão francesa *Parquet* significa assoalho, embora pareça uma simples tradução, essa expressão traz um significado muito maior, ou seja, ela ficou internalizada como símbolo de autoridade, autonomia e independência do Ministério Público, uma vez que este órgão estava em pé de igualdade nos assentos daquela corte judiciária francesa com relação aos magistrados.

Mazzilli, com muita propriedade, sintetiza cronologicamente a desenvoltura do Ministério Público desde o Brasil-Colônia ao Brasil-Império.

¹⁷³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 6 ed. rev. atual. Saraiva. São Paulo. 2007. p. 39

¹⁷⁴ RANGEL, Paulo. *Investigação direta pelo Ministério Público: visão crítica*. 4 ed. rev. ampl. e atual. De acordo com a decisão recente do STF: junho de 2012. São Paulo. Atlas. 2012. p. 94



Todavia, especificamente no que tange ao Brasil-Império, sob o enfoque da Constituição de 1824, atribuía-se ao procurador da Coroa e Soberania Nacional a acusação no juízo de crimes comuns. O Código de Processo Criminal do Império (de 1832) continha uma seção reservada aos promotores, com os primeiros requisitos de nomeação e principais atribuições (art. 36 a 38). A partir da reforma de 1841, a qualidade de “bacharel idôneo” passou a ser requisito da nomeação dos promotores públicos.¹⁷⁵

Nesse diapasão, segue uma análise do Ministério Público sobre a abrangência das Constituições brasileiras anteriores a de 1988.

2.1 O MINISTÉRIO PÚBLICO NAS CONSTITUIÇÕES DA REPÚBLICA

Seguindo as preciosas lições de Mazzilli, percebe-se que o Ministério Público foi crescendo a medida que as Constituições brasileiras foram se aperfeiçoando ou se adaptando, até chegar no que temos hoje, a Constituição democrática de 1988.

O autor sintetiza da seguinte forma:

A constituição do Império (1824) assegurou no art. 48: “no juízo dos crimes, cuja acusação não pertence à Câmara dos Deputados, acusará o procurador da Coroa e Soberania Nacional”. A primeira Constituição Republicana (1891) dispôs somente, sobre a escolha do procurador-geral da República, pelo presidente da República, dentre ministros do Supremo tribunal Federal (art. 58, § 2º). A constituição de 1934 institucionalizou o Ministério Público, colocando-o em Capítulo à parte (cap. VI. Arts. 95 a 98: “Dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais”). A carta de 37, outorgada na ditadura Vargas, impôs severo retrocesso à instituição ministerial, pois apenas artigos esparsos mencionaram a livre escolha e a demissão do procurador-geral da República. A Constituição democrática de 1946 voltou a dar relevo à instituição, conferindo-lhe título próprio (arts. 125 a 128). Sob o Golpe Militar de 1964, em 1967 promulgou-se a Constituição, cujos arts. 137 a 139 colocaram o Ministério Público como seção no Capítulo do Poder Judiciário. Em virtude de mais um golpe, uma junta militar sob a forma de uma emenda constitucional nº. 1/69 decretou a carta de 1969 cujos arts. 94 a 96 colocaram o Ministério Público no Capítulo do Poder Executivo. Apoiando-se em atos institucionais, em 1977 o chefe do Executivo Federal decretou a Emenda nº 7. Pela nova redação do art. 96 previu a existência de uma

¹⁷⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 6 ed. rev. atual. Saraiva. São Paulo. 2007. p. 38



lei complementar que viria a estabelecer normas gerais sobre a organização do Ministério Público estadual.¹⁷⁶

Lenza faz uma análise da evolução do Ministério Público, especialmente nas constituições brasileiras, com um viés topológico (em termos de disposição no texto constitucional):¹⁷⁷

1824- Não fez menção ao MP, mas apenas ao Procurador da Coroa e Soberania Nacional; 1891 - Previsão muito tímida, disciplinando apenas regras para a designação do PGR, dentre membros do STF e, assim, a alocação dentro do título do Poder Judiciário; 1934 - Posicionamento fora dos Poderes, adquirindo *status* constitucional estabelecido como órgão de cooperação nas atividades governamentais; 1937 - Retrocesso durante o período ditatorial. Tratamento esparso e vago com algumas regras sobre o PGR no capítulo do Poder Judiciário; 1946 - Redemocratização. Avanço. Previsão em título especial e próprio, distinto dos Poderes e, assim, não estando atrelado a nenhum deles; 1967 - Novamente a previsão do MP, retrocedendo o texto anterior que dava título especial, foi estabelecida no capítulo do Poder Judiciário; EC n. 1/69 - Alterando o texto anterior, houve o posicionamento do MP no capítulo do Poder Executivo; 1988 - O MP chega fortalecido no novo ordenamento, ganhando previsão em título próprio, desatrelado dos Poderes e como uma das funções essenciais à justiça.

Nessa exposição, o autor foi bem didático, permitindo uma rápida análise da evolução do Ministério Público nas Constituições Brasileiras, colaborando, sobremaneira, para uma melhor e sintética absorção dessa referida evolução institucional do *Parquet*.

Após essa importante análise da evolução do Ministério Público no âmbito das Constituições brasileiras anteriores, doravante, serão apresentadas as disposições referentes ao Ministério Público na atual Constituição Federal de 1988.

2.2 DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS PENAIIS VIGENTES

Como bem visto, não foram poucas as alterações constitucionais, sobretudo, no que tange a figura do Ministério Público, ora inserido no Poder Judiciário, ora no Executivo, ora em nenhum dos Poderes, entretanto, a mais de vinte e seis anos da atual Constituição Federal, ele tem se mantido em destaque no texto constitucional em um

¹⁷⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 6 ed. rev. atual. Saraiva. São Paulo. 2007. p. 44

¹⁷⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 18 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Saraiva. 2014. p. 922



capítulo próprio em meio às funções essenciais à justiça, conforme se depreende do Art. 127 da Carta Magna de 1988.

Paulo e Alexandrino acrescentam que a “Constituição federal, em plena harmonia com o Sistema de freios e contrapesos, em que se instituiu o MP como órgão autônomo e independente, não subordinado a qualquer dos Poderes”.¹⁷⁸

Após breves indicações do ministério público na CF/88, será dada ênfase no aspecto penal, ou seja, todos os dispositivos que possam legitimar ao *Parqueta* investigação criminal.

Nesse diapasão, serão analisadas as funções institucionais basiladas no Art. 129, da Constituição Federal.

I. promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; VI. expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII. exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII. requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais e IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.¹⁷⁹

Nesse ponto, assevera Fernandes¹⁸⁰: “assim, não se extrai diretamente dos dispositivos citados expressa autoridade para o Ministério Público investigar. Contudo, ela decorre do conjunto de suas funções criminais estabelecidas na Constituição, principalmente a de titular exclusivo do direito de ação penal pública”.

Nessa oportunidade, impende fazer algumas referencias sobre o garantismo penal no ordenamento jurídico pátrio.

2.3 GARANTISMO PENAL

¹⁷⁸ PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 12 ed. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. Método. 2014. p. 736

¹⁷⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *op. cit.* p. 64

¹⁸⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Revista dos tribunais. 2012. p. 240



Sobre o tema, Douglas Fischer ensina que: “significa que a compreensão e defesa dos ordenamentos penal e processual penal também reclamam uma interpretação sistemática dos princípios, regras e valores constitucionais”.¹⁸¹

Pode-se inferir que desses novos paradigmas e interpretações sistemáticas da CF/88, o garantismo penal reflete sobremaneira em todos os ordenamentos infraconstitucionais, em especial, no penal e processual penal

Isso significa dizer que, a possibilidade de investigação criminal realizada pelo *Parquet*, fundamentando-a na Carta maior e nos ordenamentos jurídicos penais se coaduna com a designação de garantismo penal.

Em contrapartida, como sempre há antagonismos, sobretudo, em se tratando de “direito”, impende dizer, portanto, que ainda há uma corrente, embora minoritária, que não interpreta a Constituição e o ordenamento penal e processual penal dessa forma. É o que se observa nos defensores da Proposta de Emenda Constitucional nº 37/2011, objeto de discussão logo adiante, mas que sucintamente, versava sobre a exclusividade da investigação criminal à Polícia Judiciária.

3. BREVES COMENTÁRIOS À PEC 37/11

Não se tem a pretensão de esgotar o assunto, afinal, não é a proposta essencial desta pesquisa, no entanto, é inegável e substancial a relação deste tema secundário com o tema principal.

A proposta de Emenda à Constituição nº 37 foi apresentada à Câmara dos Deputados (CD) pelo deputado [Lourival Mendes - PTdoB/MA](#) em 08/06/2011. A **Ementa da PEC se resumia** em acrescentar o § 10 ao art. 144 da Constituição Federal para definir a competência para a investigação criminal pelas polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal.¹⁸²

¹⁸¹ **FISCHER, Douglas.** Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html> Acesso em: 13 mar. 2015.

¹⁸² BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **PEC 37/2011**. Acrescenta o § 10 ao art. 144 da Constituição Federal para definir a competência para a investigação criminal pelas polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal. Brasília, 2014. Disponível



Não é nenhuma novidade o quão polêmico foi esse assunto, sobretudo, no ano de 2013, quando a proposta avançada ligeiramente pela Câmara dos Deputados. Ocasão em que se viu pelas ruas do País e na grande mídia, inúmeras manifestações sociais, muitas lideradas por representantes do próprio Ministério Público, irredimidos com o avanço da referida proposta.

Eugenio Paccelli e Douglas Fischer escrevem sobre assunto e dizem que “lamentavelmente, o Brasil vem se tornando refém de disputas institucionais e, por vezes, corporativistas, que terminam afastando ou embaraçando a convivência pacífica e eficiente entre órgãos indispensáveis à administração da justiça¹⁸³”.

Lênio Streck, diz que considera, realmente espantoso, que essa PEC navegue por aí. “*É uma insensatez*”. Destaca ainda que a proposta está indo de encontro ao resto do mundo, em termos de investigação criminal.¹⁸⁴

Calabrich assenta que a proposta prevista na PEC 37/11 estaria impedindo de investigar ilícitos penais, além do MP, a Receita Federal e dos Estados, a Controladoria-Geral da União e dos Estados, o Banco Central e outros.

Em linha semelhante a dos autores retrocitados, Paulo Queiroz¹⁸⁵ diz :

Trata-se de um total absurdo. Primeiro, porque as atribuições da polícia e do Ministério Público são interdependentes e complementares, pois uma pressupõe e depende da outra. A prevalecer a atual relação de hostilidade interinstitucional, motivada por um corporativismo típico de amadores, perderá a sociedade, a quem ambos devem prestar contas e o melhor serviço público possível.

Superada essa breve exposição sobre a temerosa PEC 37, será analisada a essência desta pesquisa, doravante.

em:<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507965>> Acesso em: 13 mar 2015.

¹⁸³ OLIVEIRA, Eugenio Paccelli de. FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 5 ed. Encarte. Atualização- Lei de Organizações Criminosas. São Paulo. Atlas. 2013. p. 13

¹⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Pec 37 — A Emenda da Insensatez e os Pés de Curupira**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-21/senso-incomum-pec-37-emenda-insensatez-pes-curupira>> Acesso em 13 mar 15.

¹⁸⁵ QUEIROZ, Paulo de Souza. **PEC 37/2011**. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/pec-372011/>> Acesso em 19 mar 15.



4 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Segundo Duarte, “Inegavelmente, o tema da investigação criminal passou a ganhar dimensão a partir da Carta de 1988, como nunca ocorrera dantes, o Ministério Público, alçando-o ao patamar de instituição essencial à consecução jurisdicional”¹⁸⁶. Percebe-se que o *Parquet* surgiu não apenas como mais um órgão, mas como uma entidade também garantidora e cumpridora do Estado Democrático de Direito previsto logo no artigo 1º da Carta Republicana.

4.1. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Para Mougenot, “a investigação preliminar será necessária quando o autor da ação penal não dispuser, para propô-la, de elementos mínimos, ou seja, a efetiva prova da existência da infração penal e indícios de quem a perpetrou”¹⁸⁷.

Eder Segura diz que se trata de um instituto extremamente importante, e que, interessa não apenas à polícia, mas a todos os entes envolvidos na persecução criminal, ou seja, Ministério Público, Juiz, advogado e o próprio indiciado/réu.

Percebe-se, portanto, que investigação criminal é gênero, desta forma, outros procedimentos investigatórios são espécies da investigação criminal, por exemplo, o próprio Inquérito Policial, tratado doravante.

4.2 INQUÉRITO POLICIAL

Paceli destaca que o inquérito policial é uma atividade específica da polícia denominada judiciária, isto é, a Polícia Civil no âmbito da justiça Estadual, e a Polícia Federal, no âmbito da justiça Federal, e tem por objetivo a apuração das infrações penais e de sua autoria.

Nesse diapasão, portanto, percebe-se que tanto a investigação criminal *lato sensu* quanto o Inquérito Policial são espécies do gênero fase pré-processual. Infere-se,

¹⁸⁶ DUARTE, Antônio Pereira. **Ministério Público e Técnicas de Investigação Criminal**. In: I Encontro do Ministério Público da União - Anais. ESMPU. Brasília. 2001. p. 69

¹⁸⁷ BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal anotado**. 4 ed. atual. De acordo com a lei nº 12403/2011 (prisão). São Paulo. Saraiva. 2012. p. 44



todavia, que há diversos ordenamentos legislativos que amparam as mais diversas formas de investigação criminal.

Quanto ao Inquérito Policial, o Código de Processo Penal brasileiro traz, nos seus artigos 4º ao 23, conceitos, procedimentos para, possivelmente, servir de argumentação técnica para o convencimento do Ministério Público face a uma eventual peça acusatória.

Destarte, serão analisadas as legislações que tratam da referida investigação, com ênfase no poder investigatório do Ministério Público.

4.3 LEGISLAÇÕES APLICADAS À INVESTIGAÇÃO PELO MP

Fernando Capez apresenta as principais legislações que tratam da suposta investigação pelo órgão ministerial, como: a Constituição Federal de 1988, a Lei n.º 8625/93, a Lei Orgânica do Ministério Público da União, Lei Complementar n.º 75/93, normas estas que para o autor são mais que suficientes para legitimar a atuação investigativa do *Parquet*¹⁸⁸.

Carneiro, ao tratar das funções institucionais, destaca que se trata de uma enumeração exemplificativa, haja vista a presença de outros diplomas legais de ordem infraconstitucionais. Normas estas que serão abordadas oportunamente.¹⁸⁹

A resolução n.º 13 do CNMP veio regulamentar a previsão do art. 8º da Lei Complementar n.º 75, de 20 de maio de 1993 e o art. 26 da Lei n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. A LC 75/93 dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. As atribuições do Ministério Público da União nos procedimentos de sua competência estão previstas no artigo 8º. A Lei n.º 8625/93 que institui a Lei Orgânica do Ministério Público e dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados também traz competências quanto a investigação criminal, principalmente, no art. 26.

¹⁸⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. p. 152

¹⁸⁹ CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. **O Ministério Público e suas investigações independentes. Reflexões sobre a inexistência de monopólio na busca da verdade real**. Malheiros editores Ltda. São Paulo. 2007. p. 88



A Resolução nº 13 do CNMP é norma que detalha e aprimora os procedimentos investigativos no âmbito do Ministério Público, no entanto, há juristas que defendem a inconstitucionalidade dessa resolução, com o principal argumento de que essa matéria não poderia ser regulamentada por norma infralegal, mas sim, por lei em sentido estrito, zelando, portanto, pelo princípio da legalidade.

Nesse diapasão, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF) Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3836) contra a Resolução nº 13/2006, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), sob o fundamento de que o dispositivo, ao tratar sobre matéria processual penal, confronta a Constituição Federal (CF) em seu artigo 22, inciso I.¹⁹⁰

Diante dessa e outras divergências relativas ao tema, sobretudo, diante da repercussão da rejeição da PEC nº 37, alguns parlamentares elaboraram Projetos de Lei versando sobre a investigação criminal. Tais projetos serão apresentados a seguir.

5 PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS E POSICIONAMENTO DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Sabendo das controvérsias inerentes a matéria até então discutida, o Congresso Nacional tem recebido diversos projetos de lei no intuito de pacificar a celeuma.

Dentre os principais destacam-se: Projeto de Lei 5776/2013¹⁹¹, elaborado pela Deputada Federal Marina Santana, do PT/GO; o Projeto de Lei 5816/2013¹⁹² do Deputado Federal Arthur Oliveira Maia, do PMDB/BA; o PL 5837/2013¹⁹³ do Deputado Bernado Santana de Vasconcelos, do PR/MG; o PL 6057/2013¹⁹⁴ do

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **OAB pede declaração de inconstitucionalidade de Resolução do Ministério Público.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=68750>> acesso em 21 Abr 15.

¹⁹¹ Define a investigação criminal no Brasil, em especial a atuação conjunta da Polícia Judiciária e do Ministério Público, bem como as formas de interação deste com os órgãos técnicos que colaboram com a apuração das infrações penais.

¹⁹² Define a investigação criminal no Brasil, em especial a atuação conjunta da Polícia Judiciária e do Ministério Público, bem como as formas de interação deste com os órgãos técnicos que colaboram com a apuração das infrações penais.

¹⁹³ Estabelece normas gerais sobre investigação civil e criminal no Brasil.

¹⁹⁴ Define a investigação criminal no Brasil, em especial a atuação conjunta da Polícia Judiciária e do Ministério Público, bem como as formas de interação deste com os órgãos técnicos que colaboram com a apuração das infrações penais.



Deputado Costa Ferreira, do PSC/MA; o PL 7402/2014¹⁹⁵ da Comissão de Legislação Participativa; o Projeto de Lei 401/2015¹⁹⁶ do Deputado Alberto Fraga do DEM/DF;¹⁹⁷

Por mais de uma década, o Supremo Tribunal Federal é palco de debates sobre a possibilidade (constitucionalidade) de o Ministério Público realizar investigações criminais diretamente.

O RE 593727/MG, de 02 de outubro de 2008, é a base desta pesquisa, o qual foi dada a repercussão geral, requisito de admissibilidade ao Recurso Extraordinário, nos termos do art. 102, III, §3º, CF/88.

Após os votos dos ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Brito, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Rosa Weber e Carmen Lúcia, em que reconheciam o poder de investigação do Ministério Público, assim como os votos dos ministros Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, que reconheciam em menor extensão, o poder de investigação do Ministério Público; o ministro Marco Aurélio, após pedir vistas em 19/12/2012 e devolver os autos para julgamento em 26/08/2014, vota no sentido de negar o poder de investigação ao Ministério Público. Finalmente, o Recurso Extraordinário em tela foi decidido em 14/05/2015, assim, o Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso e afirmou a tese de que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal.¹⁹⁸

5.1 POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS

Paccelli ensina que a legitimidade do *Parquet* encetar procedimentos investigatórios tem assento constitucional e infraconstitucional, conforme dispositivos já citados anteriormente. O autor ainda cita, em sua obra¹⁹⁹, diversos julgados dos quais destaca o RE 535478, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 21.11.2008.

¹⁹⁵ Regulamenta a investigação criminal no Brasil, a atuação conjunta das forças policiais de investigação, do Ministério Público e dos demais técnicos que colaboram com a apuração das infrações penais.

¹⁹⁶ Altera dispositivos do Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. O PL não exclui a competência investigativa do Ministério Público.

¹⁹⁷ BRASIL. Câmara dos deputados. **Projetos de Lei e outras proposições**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=947654>> acesso em 21 Abr 2015.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa Avançada. **Poder de investigação do Ministério Público**. Relator: Ministro César Peluso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandament.asp> acesso em 30 Set 15.

¹⁹⁹ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. Curso de processo penal. 17 ed. rev. Ampl. E atual. De acordo com as Leis n.ºs 12654, 12683, 12714, 12735, 12736, 12737 e 12760 todas de 2012. São Paulo. Atlas. 2013



Paccelli traz importantes colaborações em que expõe com franqueza e propriedade suas experiências como Procurador da República e seu ponto de vista sobre o tema que, por fim, é favorável.²⁰⁰

Fernando Capez também é favorável à investigação pelo Ministério Público. O autor faz paralelo com o direito alienígena, expondo alguns países que se assemelham com o Brasil no que tange a persecução criminal. Não suficiente, o doutrinador ainda dar ênfase a jurisprudência ao colacionar diversas ementas de decisões de cortes Judiciais do País, de forma a embasar o seu posicionamento.²⁰¹

Renato Brasileiro de Lima destaca posicionamentos favoráveis e não favoráveis na doutrina e apresenta a abordagem de alguns casos nas jurisprudências dos tribunais, em especial, do Egrégio Tribunal, por fim, corrobora com a possibilidade da investigação pelo Ministério Público.²⁰²

Mirabete também se posiciona favorável à investigação pelo Ministério Público. Ele consigna que “os atos de investigação destinados à elucidação dos crimes, entretanto, não são exclusividade da polícia judiciária. Tem o Ministério Público legitimidade para proceder a investigações e diligências, conforme determinarem as leis orgânicas estaduais”.²⁰³

Choukr também defende a legitimidade de investigação criminal direta pelo Ministério Público e fundamenta na própria CF/88 e pela Convenção Americana de Direitos Humanos como decorrência da sua condição de titular da ação penal.²⁰⁴

Semelhante aos autores supracitados, a maioria dos autores referenciados ao longo dessa obra são favoráveis a investigação criminal pelo Ministério Público, doravante, serão apresentados alguns posicionamentos divergentes, todavia, cabe ressaltar que se trata de uma corrente minoritária.

²⁰⁰ Ibidem. p. 86

²⁰¹ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 20 ed. de acordo com a Lei n. 12736/2012. São Paulo. Saraiva. 2013. p. 155-164.

²⁰² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal, Volume único. 2 ed. 3ª tiragem. rev. ample atual.** Salvador. Editora JusPodivm. 2014. p. 173-174

²⁰³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 18 ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005. São Paulo. Atlas. 2006. p. 58 e 59

²⁰⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Investigação Criminal e o Ministério Público.** In: Anais do III Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo. 24 a 27 de agosto de 2005. Volume 1. São Paulo. 2006. p.163



5.2 POSICIONAMENTOS CONTRÁRIOS

Guilherme de Souza Nucci deixa claro seu pensamento em não admitir a referida possibilidade. Em ponto específico de sua obra, o autor consigna que é inadequado o Ministério Público contornar as regras constitucionais para criar um procedimento investigatório autônomo e independente, que seria presidido pelo membro do Ministério Público.

Francisco Sannini Neto traz uma abordagem mais defensora da investigação exclusiva pela polícia judiciária, todavia, ao final, ressalta que “o mais importante que se definir qual é a melhor instituição para investigar, é ver o aparato estatal funcionando de maneira integral e eficiente, talvez assim, se garantirá o melhor serviço público a sociedade”.²⁰⁵

Tucci diz que seria um contra-senso essa possibilidade de investigação, pois, na realidade, o Ministério Público titular da ação, na defesa do interesse punitivo estatal, mostra-se, ele próprio, inibidor da sua atuação investigatória, posto que, como logo acima ressaltado, manifestamente interessado na colheita de prova desfavorável ao investigado, e, reflexivamente, desinteressado da que lhe possa beneficiar.²⁰⁶

Vicente Greco Filho é um dos mais radicais doutrinadores contrário à investigação pelo Ministério Público, ao afirmar que: “não cabe ao Ministério Público querer substituir-se à função investigatória do Delegado de Polícia, porque isso comprometeria a dignidade e importância garantista da formação isenta da *opinio delicti*”.²⁰⁷

Assim como os doutrinadores acima referenciados, em que se posicionam em sentido contrário à investigação criminal pelo Ministério Público, ainda há outros, não menos importantes, que também compartilham desse posicionamento, todavia, como se depreende, é uma minoria. Destarte, doravante, passa-se a análise da jurisprudência.

²⁰⁵ SANNINI NETO, Francisco. **Polícia judiciária e a devida investigação criminal constitucional**. Jus Navigandi, teresina, ano 17, n. 3350, 2 set 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22533>> Acesso em: 28 Ago 2014.

²⁰⁶ TUCCI, Rogério Lauria. **Ministério Público e Investigação Criminal**. RT, São Paulo. 2004. p. 85

²⁰⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 10. ed. rev. E atual. Saraiva. São Paulo. 2009. p.97



5.3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O ponto de partida é o RE 593.727/MG, recurso que foi reconhecida a repercussão geral, portanto, há uma grande expectativa com relação ao cabo desse julgamento.

Em 26 de agosto de 2014, após análise do Ministro Marco Aurélio, foram devolvidos os autos para julgamento. Na sequência, em 25 de março de 2015, deu entrada no Egrégio Tribunal a petição nº 13408, pedindo prioridade na tramitação do feito, porém, somente em 14 de maio de 2015, o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, negar provimento ao recurso e afirmar a tese de que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, as investigações de natureza penal.²⁰⁸

Já no Recurso Extraordinário nº 535478 de 21 de novembro de 2008 da Relatoria da Ministra Ellen Gracie, embora o mérito do Recurso não tenha sido tratado estritamente sobre a legitimidade de investigação criminal pelo *Parquet*, a Ministra fez questão de dizer que: não há óbice a que o Ministério Público requirite esclarecimentos ou diligências diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal²⁰⁹.

5.4 JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No **HC45057/DF** da relatoria do Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, em síntese, ficou acordado por unanimidade que: “O Ministério Público é parte legítima para efetuar diligências com o fim de colher elementos de prova para o

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa Avançada. **Poder de investigação do Ministério Público.** Relator: Ministro César Peluso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandament.asp> acesso em 30 Set 15.

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa Avançada: **poder de investigação do Ministério Público.** Brasília. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184> Acesso em: 16 Abr 15.



desencadeamento da pretensão punitiva estatal, sendo-lhe vedado tão somente realizar e presidir o IP.”²¹⁰

O Habeas Corpus nº 9.023, relator Ministro Felix Fischer, não foge da linha dos demais quando assevera que: “A participação de membro do Parquet na busca de dados para o oferecimento da denúncia não enseja, per si, impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”, esse é o texto da Súmula 234 do STJ.”²¹¹

Embora o tema não esteja pacífico no Supremo Tribunal Federal, a maioria dos ministros são favoráveis à investigação criminal pelo *Parquet*, nessa mesma linha segue a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

CONCLUSÃO

Primeiramente, vale registrar que, com base no conceito constitucional do MP, sem nenhuma demagogia, ousa-se dizer que o *Parquet* é o próprio guardião da Constituição Federal, assim como, das normas infraconstitucionais, cumulativamente com todas as outras atribuições e competências que lhes são inerentes.

Embora ainda padeça de sedimentação, impende ressaltar que há diversos dispositivos, seja na esfera constitucional, seja na esfera legal e infralegal, que legitimam a investigação criminal pelo Ministério Público.

Além dos dispositivos constitucionais, o legislador elaborou normas específicas sobre a possibilidade de investigação criminal pelo Ministério Público: trata-se do art. 8º da LC 75/93 e do art. 26 da Lei nº 8.625/93.

Não contente ainda, o Conselho Nacional do Ministério Público elaborou a resolução nº 13/2006, regulamentando os dispositivos supracitados, estabelecendo o procedimento investigatório criminal a ser desenvolvido pelo órgão ministerial. Instituto que, a nosso ver, é uma espécie que Inquérito Policial, todavia, presidido pelo Ministério Público.

²¹⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência do STJ**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=HC+45057+DF> Acesso em: 16 Abr 15.

²¹¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sumulas**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt> acesso em 16 Abr 15.



Destarte, embora os argumentos contrários à investigação criminal pelo Ministério Público sejam plausíveis, *data máxima venia*, a legitimidade da investigação criminal pelo Ministério Público está muito bem caracterizada.

Embora, tenha se reconhecido a legitimidade da investigação criminal pelo Ministério Público, o ideal seria que não houvesse guerras de vaidades institucionais ou corporativismos radicais. Assim, as instituições trabalhariam integradas em prol do mesmo objetivo, ou seja, a melhor prestação desse tão importante *mister* à sociedade, a *persecutiocriminis*, se coadunando por fim, na melhor prestação jurisdicional.

Por fim, espera-se que, em breve, o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo pacifiquem essa celeuma, e, que toda a sociedade ganhe com isso, ao ver uma atuação legítima e eficiente do Ministério Público, como tem visto nos últimos anos, assim como, a Polícia desempenhando suas funções com eficiência também demonstrada nas mais diversas missões que lhes são delegadas.

REFERÊNCIAS

- AQUINO, José Carlos Xavier de. NALINI, José Renato. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed.rev., atual. E ampl. Revistas dos Tribunais. São Paulo. 2012.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- BONFIM, Edilson Mougnot. **Código de Processo Penal anotado**. 4 ed. atual. De acordo com a lei nº 12403/2011 (prisão). São Paulo. Saraiva. 2012.
- BRASIL. Câmara dos deputados. **Projetos de Lei e outras proposições**. Disponível em:
 <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=581251>>
 acesso em 21 Abr 2015.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 37/2011**. Disponível em:
 <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507965>>
 Acesso em: 29 Ago. 2014.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 13, de 12 de outubro de 2006**. Regulamenta o art. 8º da Lei Complementar 75/93 e o art. 26 da Lei



n.º 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/resolucoes/2915-resolucao-13>> acesso em 16 Mar 15.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Equipe Vade Mecum RT. 8ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2013.

BRASIL. Presidência da República. **Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm> acesso em 16 Abr 15.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L8625.htm> acesso em 16 Abr 15.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência do STJ**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=HC+45057+DF> Acesso em: 16 Abr 15.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa Avançada: **poder de investigação do Ministério Público**. Brasília. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184>> Acesso em: 28 Ago 14.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **OAB pede declaração de inconstitucionalidade de Resolução do Ministério Público**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=68750>> acesso em 21 Abr 15.

CALABRICH, Bruno. **Investigação pelo Ministério Público “apenas para alguns crimes”**. Breve crítica à tese intermediária Penal. In: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Temas Relevantes. Coord. Vilvana Damiani Zanellato. Verbo Jurídico. Porto Alegre. 2013.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 20 ed. de acordo com a Lei n.º 12736/2012. São Paulo. Saraiva. 2013.

_____. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. São Paulo. Saraiva. 2014.



CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. **O Ministério Público e suas investigações independentes. Reflexões sobre a inexistência de monopólio na busca da verdade real.** Malheiros editores Ltda. São Paulo. 2007.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Investigação Criminal e o Ministério Público.** In: Anais do III Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo. 24 a 27 de agosto de 2005. Volume 1. São Paulo. 2006.

DUARTE, Antônio Pereira. **Ministério Público e Técnicas de Investigação Criminal.** In: I Encontro do Ministério Público da União - Anais. ESMPU. Brasília. 2001.

ESSADO, Tiago Cintra. **O Poder-dever material de investigação do Ministério Público.** In: Anais do III Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo. 24 a 27 de agosto de 2005. Volume 1. São Paulo. 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** 7 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Revista dos tribunais. 2012.

FISCHER, Douglas. *Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais.* **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html> Acesso em: 13 mar. 2015.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal.** 10. ed. rev. E atual. Saraiva. São Paulo. 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 18 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Saraiva. 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal, Volume único. 2 ed. 3ª tiragem. rev. ampl.e atual.** Salvador. Editora JusPodivm. 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional,** Volume I. 4ª Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público.** 6 ed. rev. atual. Saraiva. São Paulo. 2007.

_____. **Regime Jurídico do Ministério Público.** Análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do



Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público paulista. 6 ed. rev. ampl. atual. São Paulo. Saraiva. 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18 ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005. São Paulo. Atlas. 2006.

MENDES, Gilmar ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva. 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo. Atlas. 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro. Forense. 2014.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. Curso de processo penal. 17 ed. rev. Ampl. E atual. De acordo com as Leis n.ºs 12654, 12683, 12714, 12735, 12736, 12737 e 12760 todas de 2012. São Paulo. Atlas. 2013.

_____. **Curso de processo penal**. 18 ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nº 12830, 12850 e 12878, todas de 2013. São Paulo. Atlas. 2014.

OLIVEIRA, Eugenio Paccelli de. FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 5 ed. Encarte. Atualização- Lei de Organizações Criminosas. São Paulo. Atlas. 2013.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 12 ed. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. Método. 2014.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **PEC 37/2011**. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/pec-372011/>> acesso em 19 Mar 15.

RANGEL, Paulo. Investigação direta pelo Ministério Público: visão crítica. 4 ed. rev. ampl. e atual. De acordo com a decisão recente do STF: junho de 2012. São Paulo. Atlas. 2012.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. **O Poder Investigatório Do Ministério Publico como Instrumento de Efetividade do Direito Fundamental à Segurança Pública**. In: Teoria Geral do Ministério Público. Coord. Gregório Asagra de Almeida. Belo Horizonte. Del Rey. 2013.

SANNINI NETO, Francisco. **Polícia judiciária e a devida investigação criminal constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n.º 3350, 2 set 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22533>> Acesso em: 28 Ago 2014.



SEGURA, Eder. **Investigação Criminal Constitucional: Ausência de exclusividade.**In: Anais do III Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo. 24 a 27 de agosto de 2005. Volume 1. São Paulo. 2006.

SILVA, Octacílio Paula. **Ministério Público.** 1ª edição. Sugestões literárias S/A. São Paulo.1981.

STRECK, Lenio Luiz. **Pec 37 — A Emenda da Insensatez e os Pés de Curupira.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-jun-21/senso-incomum-pec-37-emenda-insensatez-pes-curupira>. Acesso em 13 mar 15.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal. 9ª ed. Revista, ampliada e atualizada.** Juspodivm. Salvador-BA. 2014.

TUCCI, Rogério Lauria. **Ministério Público e Investigação Criminal.** RT, São Paulo. 2004.