

e-book
CURSO DE DIREITO

Ambiente Jurídico

**Uma compreensão do
ambiente em que vivemos**

Organizadores: Flávia Spinassé Frigini, Wagner José Elias Carmo

VOLUME 2

FAACZ
FACULDADES INTEGRADAS DE ARACRUZ

F897a Frigini, Flávia Spinassé.

Ambiente jurídico: uma compreensão do ambiente em que vivemos, nº 2, 2018 [recurso eletrônico] / Flávia Spinassé Frigini, Wagner José Elias Carmo (Org.). – Dados eletrônicos – Aracruz: FAACZ, 2018.

143p.

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-85-98744-05-6

1. Direito. I. Frigini, Flávia Spinassé. II. Carmo, Wagner José Elias. III. Título.

CDD 340

PREFÁCIO

Wagner J. E. Carmo.
Faculdades Integradas de Aracruz.

As Faculdades Integradas de Aracruz, mantida pela Fundação São João Batista, com satisfação oferece à Comunidade Acadêmica a segunda edição do E-book Ambiente Jurídico. Trata-se de uma publicação que externaliza o Projeto de Iniciação Científica do Curso, com abordagem diversificada e interdisciplinar, capaz de amplificar os debates jurídicos do curso de Direito da FAACZ para além dos muros.

A segunda edição E-book Ambiente Jurídico contém títulos que perpassam pelo Direito Ambiental, Direito Empresarial, Direito Constitucional e Direito Civil, todos refletindo os *ambientes* em transformação no seio da Sociedade e do Estado, com a pretensão de lançar mais luzes sobre importantes debates que imbricam o direito e as demais ciências.

A ideia é entrelaçar a vivência pessoal, profissional e científica vivida por discentes e docentes ao longo da estada na academia FAACZ, sem perder foco nas especificidades regionais que envolvem o município de Aracruz. Nesse sentido, o E-book se coloca como um recurso acadêmico que considera diferentes aspectos do direito e da sociedade.

É possível concluir, portanto, que o E-book *Ambiente Jurídico: uma compreensão do ambiente em que vivemos* é contemporâneo aos desafios da academia jurídica e, ao mesmo tempo, adequado para propagar os temas que são transversais ao Direito.

SUMÁRIO

A APLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	3
A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO LIMITADORA DE DELITOS	14
A NECESSIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA EM AÇÃO REVOCATÓRIA FALIMENTAR	24
ASPECTOS JURÍDICOS DO ESTUDO PRÉVIO DO IMPACTO AMBIENTAL	39
O DIREITO A ASCENDÊNCIA GENÉTICA FACE AO DIREITO DE INTIMIDADE NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA	55
O CONCEITO E A APLICAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO <i>CIVIL LAW</i> DIANTE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	75
PRODUÇÃO DE PROVAS NA 2ª INSTÂNCIA EM ÂMBITO RECURSAL E O CPC/15	94
UNIÕES PARALELAS E SEUS EFEITOS JURÍDICOS	127

A APLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Fabio Vargas Adami¹

Gabriela Costa²

RESUMO

Na atualidade, o Estado, na intenção de expandir sua personificação, começou a celebrar contratos bilaterais com terceiros, passando a ser parte na contratação direta das relações obrigacionais existentes nos contratos bilaterais. Desta forma, iniciou-se a discussão acerca da ideia de que a administração pública, tendo como princípio o interesse público, estaria sempre em vantagem sobre os terceiros com os quais pactua os contratos. Visando esse aspecto, o presente trabalho objetivou responder a esse questionamento, bem como elucidar sobre a limitação para a aplicação da teoria da imprevisão dos contratos administrativos sobre o particular. Sendo assim, o interesse pelo tema proposto neste artigo parte da consideração de toda problemática que envolve as questões relacionadas à aplicação da teoria da imprevisão dos contratos administrativos nos contratos celebrados entre a administração pública e o particular, tendo em vista, que em regra, deve prevalecer sempre o interesse público. A noção de estado como parte contratante ainda é pouco debatida e aclarada em alguns assuntos, por isso, o presente trabalho também se tornou relevante, pois elucidou pontos ainda não comentados ou que não tiveram uma conclusão sobre a problemática, fato que pretendeu ser esclarecido ao máximo nos alvos levantados neste trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da Imprevisão, Direito Administrativo, Contratos Administrativos, Inexecução de Contrato.

¹ Mestre em direitos e garantias fundamentais. Advogado.

² Graduanda em Direito nas Faculdades Integradas de Aracruz/ES.

1 INTRODUÇÃO

No modelo contemporâneo, o Estado com sua expansão da ideia de personificação, passou a pactuar contratos bilaterais, passando a ser parte na contratação e obtendo a relação obrigacional existentes nos contratos de bilateralidade. Congruentemente, apesar desse aspecto moderno de contratação, o Estado não pode perder sua característica própria, o que significa que os contratos também não podem ser totalmente livres a ponto de sair das condições a que deve se submeter o Estado.

É sabido que a administração pública deve reger sobre a ideia de prevalência do interesse público, e nesse sentido trabalha alguns princípios como a teoria do fato do príncipe e a teoria da imprevisão, que discorrem sobre o aspecto de contratação do Estado diante de situações imprevisíveis e excepcionais que provocam profundas alterações na equação econômico-financeira do contrato.

Com a noção de Estado como parte contratante, é por óbvio estabelecer que deva cumprir com as relações obrigacionais, o acordo de vontades pela qual as pessoas se submetem nas relações contratuais. No entanto, não pode ser desconsiderado o fato de que o Estado tem supremacia sobre o particular por ser regido pelo interesse público. Face o exposto, questiona-se: Qual o limite do Estado para aplicação da teoria da imprevisão dos contratos administrativos sobre o particular?

Em virtude desta problemática, o presente trabalho buscou estudar sobre como deve ser aplicada a teoria da imprevisão nos contratos bilaterais que envolvem o ente público, levando em consideração que podem ocorrer eventos imprevisíveis que tornam impossível ou dificultam a execução do contrato por parte do particular. Nesta situação, é necessário um estudo acerca do tema para elucidar sobre os limites que podem chegar à aplicação da teoria da imprevisão, além do limite da prevalência do interesse público sobre o particular, tendo em vista que neste âmbito, se trata de contrato bilateral, que traz obrigações para ambas as partes pactuadas.

Ainda acerca do tema, é interessante o estudo devido à escassez de discussões sobre o assunto, que é de ampla relevância e presente diariamente no âmbito jurídico. Além disso, o presente trabalho elucidou alguns pontos sobre a problemática que podem

esclarecer algumas dúvidas que são pouco debatidas ainda, contudo, que poderão se tornar grandes alterações e teses, considerando que se trata de uma área bem ampla e de grandes negociações, entretanto que ainda está se iniciando e é inovação no mundo jurídico, principalmente no direito administrativo.

O artigo em comento objetivou, desta forma, elucidar e explicitar pontos relevantes acerca dos contratos em geral, administrativos e da teoria da imprevisão.

2 SÍNTESE ACERCA DOS CONTRATOS EM GERAL

Os contratos em geral têm por conceito um acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o fim de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Para Maria Helena Diniz (1999), contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na harmonia da ordem jurídica, estabelecendo interesses entre as partes, com o fito de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Neste sentido, diante de uma concepção moderna, contrato é negócio jurídico bilateral com aspecto obrigacional para ambas as partes, que acordaram, de forma espontânea e recíproca, a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, conferindo, assim, a construção, modificação ou extinção do vínculo patrimonial. Desta forma, cabe elucidar que os contratos em gerais são pactuados entre dois ou mais particulares, não envolvendo aqui a figura do ente público.

2.1 SÍNTESE ACERCA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93) no parágrafo único do art. 2º diz que contrato administrativo é todo acordo que se estabelece entre entidades da Administração Pública e particulares em que existe a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas.

Carvalho Filho (2015), define contrato administrativo como sendo “o ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público.”

O cardeal dos contratos administrativos é ter por objetivo principal o interesse público, não bastando apenas que o Estado esteja participando de algum contrato, que tenha contratado com um terceiro. Os acordos e objetivos firmados no contrato devem sempre estar voltados para o interesse público, para que seja caracterizado um contrato administrativo, sendo, portanto, essa a fundamental diferença dos contratos em geral que envolvem apenas particulares dos contratos administrativos que tem como uma das partes o Estado, poder público.

Os contratos administrativos são regulados pela Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei 8.666/93) por se tratarem de contratos que envolvem a administração pública e por isso tem disciplina específica. Contudo, o Código Civil, que disciplina sobre os contratos em geral é aplicado subsidiariamente aos contratos administrativos, na falta de matéria especial.

3 TEORIA DA IMPREVISÃO

A teoria da imprevisão foi adotada no ordenamento jurídico brasileiro no Código Civil de 2002, e tem seu fundamento na cláusula *rebus sic stantibus*, segundo a qual se traduz no conceito de “retornar as coisas como eram antes”, tal teoria, deste modo, seria uma exceção ao princípio do *pacta sunt servanda*.

3.1 HISTÓRICO DA TEORIA DA IMPREVISÃO

A teoria da imprevisão, anteriormente era versada como cláusula *rebus sic stantibus*, surgindo na Babilônia, há aproximadamente 2700 A.C., através do Código de Hamurabi, em sua Lei 48, a qual determinava que: *se alguém tem um débito a juros,*

e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta d'água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano (RT 845/727).

A referida teoria, no entanto, ficou esquecida por muitos anos, tendo em vista que no direito romano a teoria não foi bem recebida e não era aplicada, pois na época não importava o que acontecesse, a obrigação deveria ser cumprida a qualquer custo.

Neste sentido, se passaram vários anos e nem notada era a referida teoria. Ao contrário, sublimavam o princípio da vontade humana e a força obrigatória dos pactos. Tal teoria foi lembrada novamente apenas no período em que se iniciaram as guerras mundiais, no momento em que ocorreram várias alterações no cenário econômico e social dos países, refletindo no mundo jurídico suavizando o rigorismo do *pacta sunt servanda* e fazendo renascer a antiga cláusula *rebus sic stantibus*, no entanto, com novas ideias e formas de aplicação, ganhando desde então atenção entre os doutrinadores.

Segundo Caio Tácito (1975, p. 297) “foi o conflito mundial da segunda década do século atual que veio reavivar a teoria. As violentas flutuações econômicas geradas pelo desequilíbrio social e político da guerra exigiram dos intérpretes e dos tribunais a mitigação do princípio rígido da imutabilidade dos contratos (*pacta sunt servanda*)”.

Diante do cenário de guerras que se iniciaram no século XX, as várias alterações econômicas sociais sofridas em variados países, a teoria da imprevisão ganhou espaço e reconhecimento entre as cortes e os doutrinadores, abrindo alhures por diversos países, inclusive o Brasil.

3.2 CONCEITO E ELEMENTOS DE APLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO

Os contratos unilaterais como sabido, trazem consigo relações obrigacionais e são regidos pelo princípio do *pacta sunt servanda*, segundo o qual os pactos devem ser cumpridos, constituindo desta forma, um princípio de força obrigatória do contrato. As partes têm total liberalidade para contratar, mas a partir do momento que celebram um contrato, o referido torna lei entre as partes, devendo ser cumprido e caso não seja, enseja indenização para a parte lesada.

Apesar de haver a obrigação contratual, podem ocorrer situações que acabam dificultando ou impossibilitando a execução do contrato, alterando valores, prazo de entrega, dentre vários outros fatores que não poderão ser cumpridos conforme determinado no contrato celebrado.

Nesse sentido, visando esses eventos novos e imprevisíveis, que subvertem a equação econômico-financeira do pacto, é que será aplicada a teoria da imprevisão, para autorizar a revisão contratual, ajustando as ocorrências supervenientes.

Para Hely Lopes Meireles (2012), a teoria da imprevisão consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevistos e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis, refletindo sobre a economia ou a execução do contrato, autorizam sua revisão, para ajustá-los às circunstâncias supervenientes. Segundo ele, é a aplicação da velha cláusula *rebus sic stantibus* aos contratos administrativos, a exemplo do que ocorre nos ajustes privados, a fim de que a execução se realize sem a ruína do contratado, na superveniência de fatos não cogitados pelas partes, criando ônus excessivo para uma delas, com vantagem desmedida para a outra.

Ainda na visão de Meireles (2012), a aplicação desta teoria, entre nós, era mais assentada para um julgamento justo no direito, pois não era consagrada para os contratos administrativos. Sendo assim, foi a jurisprudência pátria que, seguindo os rumos do Conselho de Estado da França e estimulada pela doutrina, acabou admitindo a revisão de ajustes administrativos em razão de fatos supervenientes e altamente onerosos para o particular contratado.

Cabe evidenciar, que a teoria da imprevisão é aplicada para casos que ocorrem fatos altamente onerosos, dificultando a execução do contrato naquele momento ou da

forma estabelecida no contrato, devendo ser feitos ajustes para assim ser possível a execução, fato que difere a presente teoria de eventos como força maior ou caso fortuito, que tornam impossível a execução do contrato. Desta forma, é importante salientar que o elemento característico da teoria da imprevisão é a álea econômica, segundo a qual corresponde a fatos globalmente considerados, conjunturais, naturais, cuja etiologia acaba por ser desconhecida, tais como as crises econômicas, desastres naturais e oscilações de câmbio.

A álea econômica deste modo é o principal elemento para aplicação da teoria da imprevisão. Em nosso ordenamento, a revisão está prevista no art. 65 (alínea “d” do inciso II e §§ 5º e 6º) da Lei nº 8.666/93, e objetiva a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Outro elemento característico da teoria da imprevisão que a difere de outros eventos é o fato de ser um evento imprevisível e novo, contudo esse não torna impossível a execução do contrato, mas somente cria uma situação altamente onerosa que naquele momento torna inadmissível a execução do contrato, devendo ser revisado e ajustado conforme o evento danoso. Vale ainda ressaltar que o fato danoso deverá ser imprevisível, sem culpa ou dolo da parte contratante, devendo consistir em evento totalmente inesperado.

No caso que ocorrem eventos de força maior ou caso fortuito, o contrato fica impossível de ser cumprido, ao contrário da teoria da imprevisão, que torna apenas mais difícil sua execução. Segundo a aparição de Carvalho Filho (2015), o primeiro evento é resultado de um fato causado pela vontade humana, que de alguma forma ocasionou aquela situação, como exemplo a greve, e o segundo, decorre de eventos provocados pela natureza, como catástrofes, ciclones, tempestade anormais, etc.

Não obstante as condições provocadas pela natureza e a vontade humana, o contrato administrativo pode ainda partir de um ato ou medida instituída pelo próprio Estado, com fundamento na teoria do fato do príncipe. A teoria do fato do príncipe é aplicável

quando o estado contratante, mediante ato ilícito, modifica as condições do contrato, provocando prejuízo ao contratado. (Carvalho Filho, 2015).

4 INEXECUÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

A inexecução do contrato pode ser culposa ou sem culpa. Na primeira hipótese, uma das partes tem culpa na inexecução, geralmente ajustam determinadas regras, prazos, e depois de tudo acertado e ajustado não consegue cumprir e deixa de observar o acordado.

Nos casos de inexecução culposa, o código civil é bem rigoroso, dispondo sobre alguns efeitos caso uma das partes deixe de cumprir com suas obrigações.

Art. 389. Não cumprida à obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

A inexecução sem culpa é onde está inserida a teoria da imprevisão, nesta modalidade, uma das partes não consegue cumprir o contrato nas mesmas condições em que foi consolidado, no entanto, a inexecução não se deu por sua culpa, pois como assevera Carvalho Filho (2015), a inexecução ocorre devido a fatos supervenientes à celebração, que acabaram impedindo ou dificultando a conclusão do contrato. Ainda na visão do autor, os fatos foram excepcionais, e a eles não deu causa a parte inadimplente.

5 APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A teoria da imprevisão ganhou status constitucional com a chegada da Constituição Federal de 1988. Seguidamente, ficou excluída da Lei nº 8.666/93, por veto presidencial, entretanto, retornou com o advento da Lei nº 8.883/94, que alterou o art. 65, I, “d” da Lei nº 8.666/93, dispondo que:

[...] para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Segundo entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017), com a nova redação dada ao artigo 65, às exigências para aplicação da teoria da imprevisão trata de fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, em que esses fatores retardam ou impeçam que o contrato seja executado e configure álea econômica extraordinária ou extracontratual.

Ocorre que o presente artigo não segue esse entendimento, acreditando que para que seja configurada e caracterizada a hipótese de aplicação da teoria da imprevisão, o fato deverá ser imprevisível, caso seja previsível, tratara de outro dispositivo, e não do que aqui está sendo estudado. O Superior Tribunal de Justiça é claramente discordante acerca da aplicação da teoria da imprevisão em casos de previsibilidade.

AgRg no AREsp 155702 / MS AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL

2012/0059562-0, Ministro Raul Araújo

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS. ART. 130 DO CPC. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. FACULDADE DO JUIZ. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. TEORIA DA IMPREVISÃO. INTEMPÉRIES CLIMÁTICAS. INAPLICABILIDADE. PRODUTOR RURAL. COMPRA E VENDA DE INSUMOS AGRÍCOLAS. REVISÃO DE CONTRATO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NÃO INCIDÊNCIA. COBRANÇA ABUSIVA DE JUROS. CAPITALIZAÇÃO. SÚMULA 7/STJ.2. **A jurisprudência desta Corte é pacífica em afirmar que a Teoria da Imprevisão como forma de revisão judicial dos contratos somente será aplicada quando ficar demonstrada a ocorrência, após a vigência do contrato, de evento imprevisível e extraordinário que onere excessivamente uma das partes contratantes, não se inserindo nesse contexto as intempéries climáticas (grifo nosso).**

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PLANO REAL. CONVERSÃO EM URV. TEORIA DA IMPREVISÃO. INAPLICABILIDADE AO CASO. [...]; 3. **É requisito para a aplicação da teoria da imprevisão, com o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que o fato seja imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto às suas consequências**; estranho à vontade das partes; inevitável e causa de desequilíbrio muito grande no contrato. E conforme entendimento desta Corte, a conversão de Cruzeiros Reais em URVs, determinada em todo o território nacional, já pressupunha a atualização monetária (art. 4º da Lei n. 8.880/94), ausente, portanto, a gravidade do desequilíbrio causado no contrato.4. Recurso especial não

provido.(REsp 1129738/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/10/2010, DJe 21/10/2010) (grifo nosso).

Na doutrina e jurisprudência ainda há divergência acerca da teoria da imprevisão, entretanto, é notório nos fundamentos aqui expostos, é manifesto também que foi bem recepcionada e é utilizada em diversas decisões judiciais, inclusive pelo nosso Superior Tribunal de Justiça.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo ficou evidenciado que a aplicação da teoria da imprevisão independe de sua natureza contratual, seja privada ou pública, existindo, portanto, sempre a possibilidade de sua aplicação quando ocorrem fatos imprevisíveis e supervenientes ao momento da contratação.

Vale ressaltar ainda, que sua aplicação se dá nos casos de inexecução sem culpa e quando a relação seja privado-público, o particular poderá revisar e ajustar conforme o evento danoso.

O limite de aplicação da teoria imprevisão nos contratos administrativos se dá no momento em que o particular fizer o reajuste do contrato conforme o evento danoso, não podendo, assim, que o estado cubra todo estrago, sendo esse reajuste contratual, apenas uma forma de dividir os prejuízos, sopesando os gastos e não prejudicando apenas uma parte contratante.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30^o. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

REIS, André. **Aplicação da Teoria da Aplicação nos Contratos Administrativos**. Direito Diário 27 dez. 2015. Disponível em: <<https://direitodiario.com.br/aplicacao-teoria-da-imprevisao-nos-contratos-administrativos/>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Décio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

OLIVEIRA, Alysson José de Andrade. **Aplicação da Teoria da Imprevisão aos Contratos Administrativos**. ConteudoJuridico, Brasília-DF: 14 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41743&seo=1>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. Volume 1, 3ª edição ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999.

MIRANDA, Maria Bernadete. **Teoria Geral dos Contratos**. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/artigos/cont.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

CAEIRO, Marina Vanessa Gomes. CECCON, Luis Ferando Ribas. **O histórico da teoria da imprevisão**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 maio 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-historico-da-teoria-da-imprevisao,26751.html>>. Acesso em: 05 nov. 2017

A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO LIMITADORA DE DELITOS

Eduardo Silva Bitti³

Alexandra Catherine PiancaTartaglia⁴

RESUMO

Não raro vê-se notícias dando conta do envolvimento de pessoas jurídicas vinculadas a atividade empresarial com delitos. É sabido que a prática desses delitos implica em grandes prejuízos à coletividade, seja pelo desvio do erário público, por exemplo, ou outros meios. Os crimes empresariais são previstos em leis esparsas. Porém, todos eles apresentam ponto comum: são, precipuamente infrações à função social da empresa. Ora, se a atividade empresária for desenvolvida em conformidade com o referido princípio, não é possível imaginar hipótese em que atente contra bem juridicamente tutelado. Logo, é possível perceber a função social da empresa como limitadora de delitos.

Palavras-chave: Direito empresarial, delitos empresariais, função social da empresa, princípios.

1 INTRODUÇÃO

O direito empresarial, também conhecido como comercial, tem por objeto o estudo das organizações econômicas que produzem bens e/ ou prestam serviços para

³Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos, Especialista em Direito Civil pelo Centro Universitário do Espírito Santo (UNESC), Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Espírito Santo (UNESC). Professor da graduação na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e das Faculdades Integradas de Aracruz/ES. Advogado.

⁴ Graduanda em Direito nas Faculdades Integradas de Aracruz.

satisfazer demandas. Tais demandas são ditadas pelo mercado, pela necessidade de determinada atividade.

Em que pese o vocábulo “empresa” nos remeter a ideia de um sujeito de direitos, empresa é uma atividade econômica organizada, cuja manipulação de fatores humanos, tecnológicos e materiais visa produzir ou circular bens e serviços.

Os indivíduos que exploram essa atividade são denominados empresários, a quem compete a gerencia da empresa. Normalmente a condução da empresa não fica a cargo de apenas um indivíduo, mas de vários, que atuam conforme suas atribuições. Entretanto, mesmo com um colegiado de gestores, para atender interesses egoísticos, a pessoa jurídica exercente da atividade empresarial acaba incorrendo nos chamados delitos empresariais.

Neste trabalho não objetivamos discorrer sobre os tipos criminais, mas tratar da função social da empresa como limitadora de delitos e, nesse contexto, o papel do programa de *compliance* como forma de auxílio ao exercício da atividade empresarial em conformidade com ditames legais.

2 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

A função social da empresa deriva da noção de função social dos contratos que, por sua vez, decorre da ideia de função social da propriedade. Esta, há muito é alvo de atenção de juristas de diversas nacionalidades. A função social da propriedade ganhou destaque durante a Revolução Francesa, em que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão consagrou como direito natural do indivíduo a propriedade. A Declaração surge em oposição ao direito absoluto dos monarcas sob a terra, exercidos até então.

Movimentos posteriores reafirmaram a necessidade de a propriedade cumprir uma função social, devendo ser usada de modo que contribua com os interesses da sociedade. No Brasil, um dos, se não o primeiro, dispositivo legal a fazer menção sobre a função social foi o Decreto-Lei nº 4.657/1942, também conhecido como Lei de

Introdução às normas do Direito Brasileiro. Consta do seu artigo 5º que, ao aplicar a lei, o juiz deverá atender aos fins sociais que se dirigem (as normas), bem como as exigências do bem comum.

Assim, vê-se a intenção do legislador de equilibrar as relações jurídicas e impor a observação de seus efeitos perante terceiros ao ressaltar o respeito ao bem comum. Por meio da Lei 4.504/64, também conhecida como Estatuto da Terra, novamente a função social volta a ser dirigida para propriedade, constando do art. 2º que o direito à propriedade está condicionado ao atendimento da função social.

A aplicação do princípio da função social da propriedade revelou-se um fenômeno e o conceito foi expandido para relações jurídicas não vinculadas ao uso da propriedade. Assim, a função social da propriedade foi incluída no art. 157, inciso III, da Constituição Federal de 1967, como princípio da ordem econômica, sendo reiterado em diplomas legais posteriores, incluindo a Constituição Federal de 1988, cuja menção a função social da propriedade é feita no art. 5º, XXIII, e novamente como princípio da ordem econômica no art. 170, III.

A doutrina já se manifestava pela incidência da função social nas relações jurídicas, mas somente com o Código Civil de 2002, houve menção expressa a função social dos contratos, pelo art. 421, segundo o qual os contratantes estão limitados pela função social. O dispositivo aparece como condicionante/limitador a autonomia da vontade das partes.

[...] a paridade entre os indivíduos, que assegurava a expressão livre da vontade, foi substituída pela imposição do conteúdo dos contratos pelos grandes capitalistas; o equilíbrio social foi minado pela desmedida exploração do mais fraco. Isso, em última instância, significava o exercício ilimitado e irrestrito do direito de propriedade, que se viabilizava através dos contratos.

Esta é, portanto, a ponte que comunica a função social da propriedade com a dos contratos; na medida em que se impõe à propriedade uma função social, cujo cumprimento pressupõe a satisfação não apenas do interesse do proprietário, mas também do interesse social, a mesma razão pode-se-lhes aplicar, enquanto instrumento posto a serviço da circulação de riquezas (propriedade) (BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. 2007, LXXXV).

Como bem anota a autora, o contrato pode ser visto como instrumento pelo qual se promove a circulação de riquezas. Depois de percebida a necessidade de atender a

função social nas relações contratuais, é decorrência lógica sua incidência também na atividade empresarial, que justamente promove a circulação de bens e serviços. Assim, decorre a função social da empresa da função social dos contratos.

No ordenamento nacional poucas são as referências expressas a função social da empresa, sendo prevista na Lei nº 6.404/76, que trata das Sociedades por Ações, impondo ao administrador que observe a função social no exercício de suas atividades (artigo 116, parágrafo único, e artigo 154, *caput*). Por esse motivo, a fim de dirimir quaisquer dúvidas, o Conselho de Justiça Federal, na I Jornada de Direito Civil, editou o enunciado 53, segundo o qual “Deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa”.

Exaustivamente a jurisprudência se manifesta nesse sentido, reconhecendo a necessidade de atendimento da função social pela empresa

[...] A livre iniciativa é fundamento do Estado Democrático de Direito, e sua coexistência com o valor social do trabalho, no inciso IV, do art. 1º, da Constituição, revela que a atuação da empresa deve ser norteadada pela finalidade social, pois o lucro não é um fim em si mesmo ou bem que se possa alcançar abstratamente, uma vez que, como todas as coisas humanas, deve retirar a sua matéria da sociedade, que institui a convivência entre os homens e orienta-se pela realização do progresso e bem estar da coletividade (TRT-1 - RO: 00679007620045010302 RJ, Relator: Rogerio Lucas Martins, Data de Julgamento: 08/07/2015, Sétima Turma, Data de Publicação: 16/07/2015)

Na ausência de definição legal da função social da empresa, encarrega-se Mario Engler Pinto Junior (2013, p. 323) de esclarecer o princípio

A função social envolve o poder-dever de atuar no interesse alheio, mais especificamente no interesse coletivo, servindo de limitação às prerrogativas individuais da propriedade privada. A função social possui um componente negativo inspirado na ideia de vedação ao abuso de direito, e outro positivo que vislumbra a obrigação de cada sujeito colaborar para construção do bem comum, ao invés de perseguir apenas a satisfação de interesses egoístas, conforme sugere o liberalismo clássico, ainda que tal comportamento tenha o condão de aumentar a riqueza agregada. A doutrina mais progressista tem se esforçado para expandir o conceito de função social, que, nesse sentido, não se resume apenas à imposição de limites à liberdade de uso, gozo e disposição do dominus, mas também serve de fundamento para exigir prestações positivas em benefício da coletividade.

Explica o autor que a função social da empresa corresponde a um poder na medida em que trata da possibilidade dos empresários de gerirem recursos para obtenção de seus desígnios, visto como “função”. O vocábulo “social”, por sua vez, presume que os objetivos a serem atendidos serão os da coletividade e não unicamente do empresário, embora ambos possam ser satisfeitos no exercício das atividades.

Assim, através do princípio da função social da empresa, não podemos percebê-la apenas como manifestação da livre iniciativa, mas como atividade econômica que, se exercida dentro de critérios de legalidade e observando os princípios que a norteiam, colabora para promoção de interesses a coletividade, fornecendo bens, prestando serviços, gerando empregos e afins. Porém, além do aspecto positivo (poder-dever), a função social tem um aspecto negativo, no sentido de abstenção de condutas que vão de encontro aos interesses da sociedade.

Em que pese a conceituação do princípio da função social por renomados juristas, continua-se diante de um conceito amplo, sendo difícil ao interprete delimitar como a função social pode ser atendida. Percebendo esse déficit, Engles (2013, p. 330) afirma que

a função social da empresa é entendida como dever genérico que pode ser satisfeito de formas alternativas, a critério do acionista controlador e dos administradores da companhia. Apenas a omissão completa ou insuficiência notória poderia caracterizar o descumprimento da obrigação legal e ensejar eventualmente a adoção de medidas coativas por parte dos interessados ou de seus substitutos legais.

Dessa forma, citar meios pelos quais se pode atender a função social seria meramente exemplificativo. Contudo, tanto mais fácil é perceber seu caráter negativo. Se a função social da empresa implica em contribuir para o bem da coletividade, logicamente, qualquer atuação em sentido contrário resulta em infração ao princípio da função social, além dos institutos legais específicos.

Em mesmo sentido, o Conselho de Justiça Federal, na I Jornada de Direito Comercial, editou o enunciado nº 26, afirmando que “O contrato empresarial cumpre sua função social quando não acarreta prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial”.

Assim, é possível compreender que o princípio da função social, além de coibir práticas abusivas, pretende direcionar a atividade empresarial a se desenvolver de forma proba. O papel da função social merece especial destaque na atualidade, em que a circulação de informações, bens e serviços demanda da atividade empresarial mais transparência.

Frequentemente tem-se notícia da ocorrência de delitos resultantes da busca desenfreada por lucros. Além da infração a dispositivos legais específicos, ocorre também violação do princípio da função social, que busca evitar uso indevido do poder (econômico, político) proveniente da atividade empresarial.

É nesse contexto que, recentemente, ganhou força no país o *compliance*, termo derivado da expressão anglo-saxã “*to comply*”, que significa estar em conformidade com as normas e exigir que terceiros também as observem nas relações cambiárias.

3 COMPLIANCE

Compliance pode ser visto como programa ou atividade, adotados pela pessoa jurídica empresarial, resultando na implementação de medidas internas éticas e íntegras, objetivando a prevenção a fraudes, segurança de informação e outras vantagens que fortalecem a atividade empresarial. Além disso, a prática de *compliance* facilita o contato com parceiros comerciais e clientes, que creem na adoção de boas práticas.

O programa de *compliance* teve origem nos Estados Unidos, nos anos 1930, com o Banco Central norte americano, ao adotar medidas internas que facilitassem a condução adequada de suas atividades. Posteriormente, mais precisamente em 1977, surgiram diplomas legais implementando a prática, tendo os britânicos e espanhóis acompanhado a tendência.

No Brasil, o instituto ganhou mais visibilidade com a promulgação da Lei nº 12.846/2013, também chamada de Lei Anticorrupção. Apesar de evitar o uso da

expressão estrangeira, a lei incentiva o programa de *compliance*, conforme se extrai do art. 7º, inciso VIII, segundo o qual serão atenuadas as sanções das pessoas jurídicas empresariais que incorrerem nos delitos previstos na referida lei se essas contarem com *mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica*;

Sobre o dispositivo acima citado e a adoção de programas de *compliance*, Marinela, Paiva e Ramalho (2015, p 130)

Por certo é que tais programas não devem se limitar à busca do cumprimento estrito da legalidade, mas principalmente fomentar uma cultura empresarial ética e de combate à corrupção, o que exige de fato uma mudança de mentalidade sob diversos aspectos.

Não restam dúvidas quanto aos benefícios desse novo momento para o setor empresarial que a partir de agora deverá também impor como prioridade mecanismos que visem prevenir, investigar e descobrir desvios de condutas e eventuais violações às leis, perpetrados por seus funcionários e/ou dirigentes.

O artigo 1º da Lei também instituiu a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas, de forma objetiva, pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Com isso, as pessoas jurídicas passaram a ser responsabilizados independente de agirem com dolo ou culpa, basta que a conduta delitiva seja perpetrada por seus administradores, funcionários e afins.

Dessa forma, é presumível que os administradores da empresa tenham maior interesse em implementar o programa de *compliance*, prevenindo a prática de delitos empresariais pelos quais podem ser responsabilizados.

Através das informações até aqui trazidas, é possível perceber que o direcionamento dado a atividade empresarial sempre foi alvo de estudos jurídicos e de atenção do legislador. Também se pode compreender que o princípio da função social há muito busca atrelar o exercício da empresa a ética e probidade. O *compliance*, por sua vez, revela ter o mesmo objetivo, buscando a adoção de boas práticas na atividade comercial.

Notavelmente, há similaridades entre os institutos. Mas, se ambos objetivam o mesmo fim, ainda que com meios diferentes, é realmente necessário o surgimento de novas figuras para reiterar o que se espera de institutos já positivados? Havendo a implementação de novas práticas, essas têm se demonstrado eficazes?

Em que pese o *compliance* ser cada vez mais estimulado no país, diariamente veiculam notícias de pessoas jurídicas empresariais de grande relevância para a economia do Brasil estarem envolvidas em escândalos criminais. Bom, pelo porte das companhias não se pode justificar a inocorrência em crimes pela falta de assessoramento técnico ou desconhecimento de práticas como o *compliance*.

Esses fatos revelam que a mera implementação de práticas ou mesmo diretorias exclusivas de *compliance* não asseguram o acertado desenvolvimento da atividade empresarial. Isso ocorre porque as normas de *compliance* são internas, desenvolvidas pelas mesmas pessoas que não praticam o exercício adequado da empresa. Muitas vezes as normas internas se limitam a duplicar textos legais. Ora, se esses não têm se mostrado suficientes para frear a prática de ilícitos, teria o programa de *compliance* êxito nesse intento?

O Fórum Econômico Mundial divulgou índice mundial de corrupção, estando o Brasil em quinto lugar, referente aos anos de 2017/2018. Se tratam justamente dos crimes empresariais previstos na Lei 12.846/13, aqui citada. Com isso, percebe-se que mesmo havendo normas repressivas, balizadores da atividade empresarial e a valorização da adoção de medidas éticas, há ainda um longo caminho a ser percorrido.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preocupação sobre as atividades empresariais e o impacto que elas trazem a sociedade é alvo de debate há bastante tempo, conforme demonstrado pelo desenvolvimento histórico dos conceitos jurídicos aqui mencionados. Sendo perceptível o potencial das empresas, tanto de promoverem o bem da sociedade quanto de prejudica-la, surge a figura da função social da empresa, um dever-poder

de não limitar a atividade empresarial a um fim egoístico, mas proveitoso a coletividade.

A ideia de função social como limitadora, de forma geral, não é recente. Porém, no contexto nacional atual, é questionável se seu caráter repressivo tem sido eficaz. O evidente abuso de poderes das pessoas jurídicas empresariais implicou no fortalecimento de programas de *compliance*, que direcionam a atividade comercial. Através do *compliance* deveriam ser colocados em prática valores açambarcados pela função social. Vendo-o dessa forma, se revelaria mais útil do que seu predecessor ou apenas mais um indicador do excesso de positividade no Brasil?

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DÁVILA, Renata Almeida. **A propriedade e sua função social**: : histórico e incorporação no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10161>. Acesso em: 20 nov. 2017.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos Contratos no Novo Código Civil**. 3.ed. São Paulo: SARAIVA, 2007

ULHOA, Fábio Coelho. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 12. ed. São Paulo: SARAIVA, 2008. V. 1. 511 p.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2016. 815 p. v. 1.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**. 9. ed. São Paulo: ATLAS, 2016. V. 1. 415 p.

MARINELA, Fernanda; PAIVA, Fernando; RAMALHO, Tatiany. **Lei Anticorrupção**: Lei 12.846 de 1º de agosto de 2013. São Paulo: Saraiva, 2015. 235 p.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa Estatal** : Função e Dilemas Societários. São Paulo: Atlas, 2013. 516

A NECESSIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA EM AÇÃO REVOCATÓRIA FALIMENTAR

Eduardo Silva Bitti¹

Jamilli Alves Barbosa²

RESUMO

O presente texto aponta a desconsideração da personalidade jurídica como instrumento que integra a ação revocatória, não sendo necessária a interposição de medida judicial autônoma para tanto.

Palavras-chave: ação revocatória; desconsideração de personalidade jurídica; ação autônoma.

INTRODUÇÃO

O presente texto, fruto de projetos de pesquisa e iniciação científica do Curso de Direito da Fundação São João Batista – Faculdades Integradas de Aracruz, faz uma verificação dos efeitos da ação revocatória em processo falimentar, considerando a responsabilização de sócios por dívidas do falido.

A construção de novos enfoques sobre as consequências contratuais serve de anteparo para novas perspectivas práticas para a disciplina. Até por isso, o problema de pesquisa adotado neste projeto repousa na seguinte questão: há necessidade de

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos, Especialista em Direito Civil pelo Centro Universitário do Espírito Santo (UNESC), Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Espírito Santo (UNESC). Professor da graduação na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e das Faculdades Integradas de Aracruz/ES. Advogado.

² Graduanda em Direito nas Faculdades Integradas de Aracruz/FAACZ

ação autônoma para que credores de boa-fé prejudicados por pleitear a desconsideração da personalidade jurídica de sociedade empresária falida?

Da pergunta acima, serão comentados dois pontos distribuídos em dois subitens, uma para a função da ação revocatória falimentar e, o outro, quanto à necessidade de desconsideração da personalidade jurídica.

1 A AÇÃO REVOCATÓRIA E DE INEFICÁCIA NA FALÊNCIA

Seguindo a ideia de Waldemar Ferreira (1965, *passim*), Amador Paes de Almeida (2013, p. 210) diz que a ação revocatória não se confunde com a ação pauliana, que pertence ao direito civil e que também possui efeitos revocatórios, mas direcionados à anulação do negócio. Afirma que “a ação revocatória é, pois, o meio judicial de que se vale o administrador (e na sua omissão qualquer credor), para que, com a declaração da ineficácia ou revogação do ato, o bem seja restituído à massa”, possuindo duas espécies: a por eficácia e a por fraude.

José da Silva Pacheco (2013, p. 392) é direto ao afirmar que “a ação revocatória falencial é a ação da massa de credores para tornar sem efeitos certos atos praticados pelo falido, dentro de certo termo e dentro de certas condições”.

De fato, com a análise da Lei nº 11.101/2005, o instituto em comento possibilita as duas situações.

Na primeira, contida no art. 129, é preceituado, de maneira objetiva, que “são ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores”, “podendo ser declarada de ofício pelo juiz, alegada em defesa ou pleiteada mediante ação própria ou incidentalmente no curso do processo” as seguintes hipóteses: (I) o pagamento de dívidas não vencidas realizado pelo devedor dentro do termo legal, por qualquer meio extintivo do direito de crédito, ainda que pelo desconto do próprio título; (II) o pagamento de dívidas vencidas e exigíveis realizado dentro do termo legal, por qualquer forma que não seja a prevista no contrato; (III) a constituição

de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal, tratando-se de dívida contraída anteriormente; se os bens dados em hipoteca forem objeto de outras posteriores, a massa falida receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada; (IV) a prática de atos a título gratuito, desde 2 (dois) anos antes da decretação da falência; (V) a renúncia à herança ou a legado, até 2 (dois) anos antes da decretação da falência; (VI) a venda ou transferência de estabelecimento feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a esse tempo existentes, não tendo restado ao devedor bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, no prazo de 30 (trinta) dias, não houver oposição dos credores, após serem devidamente notificados, judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos; (VII) “os registros de direitos reais e de transferências de propriedade entre vivos por título oneroso ou gratuito, ou a averbação relativa a imóveis realizados após a decretação da falência, salvo se tiver havido prenotação anterior”.

O tom de objetividade acima decorre da proteção oferecida aos credores em sede de falência, que dependem dos efeitos dos princípios da *par conditiocreditorium* da universalidade para terem alguma chance quanto ao recebimento dos respectivos créditos. Esta postura protetiva visa facilitar o retorno, à massa falida, de bens vendidos ou doados.

Na segunda situação, posicionada no art. 130 da mesma lei, informa-se que “nenhum dos atos referidos nos incisos I a III e VI do art. 129 (...) que tenham sido previstos e realizados na forma definida no plano de recuperação judicial será declarado ineficaz ou revogado”. Revela-se aqui uma proximidade ao que dispõe os artigos 158 e 159 do Código Civil, que justificam a ação pauliana por fraude contra credores por ato gratuito ou oneroso. Aqui, existe subjetividade a ser enfrentada pelo julgador que deverá confrontar a situação.

Como leciona Sergio Campinho (2008, p. 370-371), exigiu-se no artigo 130 a demonstração do prejuízo advindo - *eventus damni* – e da fraude – *consilium fraudis* -, que decorre da intenção de prejudicar os credores do devedor, bastando “a comprovação de que o terceiro, pelas condições em que o ato foi praticado, tinha ciência de que era prejudicial aos credores, não se exigindo a prova da real intenção em prejudica-los”.

Logo, concorda-se com José da Silva Pacheco (*ibidem*, p. 391) quando ele diz que “bem faz a lei em falar de ineficácia, que significa inexistência de efeitos; e em revogação, que significa retirar a força, em relação à massa”.

O próprio Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a importância do assunto. No julgamento do recurso especial 1119969/RJ pela Quarta Turma, em 15 de agosto de 2013, tendo como relator o Ministro Luís Felipe Salomão.

1.1 Legitimidade passiva na ação revocatória: ineficácia objetiva (LEF)

A ação revocatória, com essa facilidade prevista pela lei falimentar, que só pode ser proposta pelo administrador judicial, por qualquer credor ou pelo Ministério Público, como preceitua o artigo 132 também da LEF, num prazo de 03 (três) anos contados da decretação da falência, mas pode ser promovida, de acordo com o artigo 133, contra (I) “contra todos os que figuraram no ato ou que por efeito dele foram pagos, garantidos ou beneficiados”; (II) “contra os terceiros adquirentes, se tiveram conhecimento, ao se criar o direito, da intenção do devedor de prejudicar credores”; (III) “contra os herdeiros ou legatários das pessoas indicadas” nas duas hipóteses anteriores.

Com competência do juízo da falência na forma do art. 134, a sentença da ação revocatória (artigo 135) “determinará o retorno dos bens à massa falida em espécie, com todos os acessórios, ou o valor de mercado, acrescido de perdas e danos”, fazendo (artigo 136) com que as partes retornem ao estado anterior, e o contratante de boa-fé venha a ter direito à restituição dos bens e valores entregues ao devedor.

2 A NECESSIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CONTEXTO DOS JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A desconsideração da personalidade jurídica, como instrumento de combate à utilização fraudulenta de pessoas jurídicas como esconderijos de patrimônios dos

sócios, ou dos bens destes naquelas, é prevista pelo artigo 50 do Código Civil e pelo artigo 133 do Código de Processo Civil, como um incidente próprio, podendo estar inserido no corpo das petições regulares do processo.

No contexto revocatório, no entanto, busca-se atingir o patrimônio do falido e, por vezes, há a necessidade de atingirem-se os bens dos sócios e, para isso, questiona-se se seria crível a interposição de peça autônoma.

Do cenário jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, destaca-se casuísticas que demonstra a tendência de julgamentos naquela corte.

No agravo em recurso especial 548529/SC, julgado pela Terceira Turma, em 18 de outubro de 2016, tendo como relator o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, este expressou voto no sentido de que, em razão de a desconsideração da personalidade jurídica ser "instituto absolutamente diverso e incompatível com a ação revocatória", "naquele busca-se a extensão dos efeitos de certos e determinados negócios jurídicos celebrados em nome de pessoas jurídicas aos seus sócios e administradores", tendo como pressuposto o abuso da personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Isso, segundo ele, em voto, destoa da ação revocatória, que teria por objetivo "recuperar bens desviados pelo falido às vésperas da falência, em conluio com terceiros para prejudicar credores, mediante a desconstituição de atos jurídicos". Assim, "seria desnecessária a ação autônoma para se aplicar a desconsideração da personalidade jurídica em processo falimentar, nos casos em que configurada a fraude, o abuso de direito e a confusão patrimonial".

Em outro caso, o contido no recurso especial 1266666/SP, com relatoria da Ministra Nancy Andrighi na Terceira Turma, julgado em 09 de agosto de 2011, julgou-se a "situação na qual dois grupos econômicos, unidos em torno de um propósito comum, promovem uma cadeia de negócios formalmente lícitos", mas com propósito principal de efetuar desvios quanto ao patrimônio empresarial em situação pré-falimentar. Nele, além da extensão dos efeitos da quebra aos demais componentes do grupo, somou-se a desconsideração da personalidade jurídica para que os administradores não sócios fossem atingidos.

2. 1 Legitimidade passiva: descon sideração da personalidade jurídica e sociedades coligadas

A lei prevê que serão legitimados passivos a pessoa jurídica e seus sócios, entretanto, a exemplo do recurso especial 1266666/SP, acima mencionado, não é tão incomum vermos grupos econômicos, em conluio travestido com o manto da licitude, promover desvios de patrimônio empresarial, pertencentes à pessoa jurídica já em estado de insolvência, esvaziando o patrimônio que deveria ser utilizado para satisfação do passivo desta.

Desta forma, assim agindo, resta evidente a finalidade de prejudicar credores, bem como, visivelmente se consubstanciando o abuso da personalidade jurídica.

Entretanto, apesar de o Código de Processo Civil, em vigor, em seu art. 135 dispor que serão citados “os sócios ou a pessoa jurídica”, não trazendo expressamente a possibilidade de chamar no polo passivo as sociedades coligadas e os integrantes do mesmo grupo econômico, a jurisprudência tem adotado entendimento pacífico que tais sujeitos são legitimados a ocupar o polo passivo, juntamente com a pessoa jurídica, na descon sideração da personalidade, estendendo aos mesmo todos os efeitos da decretação desta. Se assim não fosse, o bem escondido no patrimônio de sociedades coligadas restaria inalcançável.

Não há dúvidas quanto a independência da pessoa jurídica, sendo esta desassociada da figura dos sócios que a compõem. Porém, apesar de sua independência, por vezes, seus sócios, que se encontram encobertos pela autonomia da mesma, utilizam-na para fins ilegítimos, buscando assim, não sofrer a responsabilização da prática do ato, deixando os ônus da ação para a pessoa jurídica que atuou como agente ativo.

Para evitar que a pessoa jurídica fosse responsabilizada por tais atos, a descon sideração da personalidade jurídica veio trazendo a possibilidade de alcançar os sócios e demais pessoas, tanto físicas quanto jurídicas, que atuaram de forma desconforme, ao arrepio da finalidade e da função social para qual a pessoa jurídica foi concebida, para que respondam pelos prejuízos causados, alcançando assim, o patrimônio dos mesmos.

Neste contexto, o Superior Tribunal de Justiça vem afirmando a necessidade da desconsideração da personalidade jurídica de pessoa jurídica já falida, para o alcance de patrimônio e sujeitos, sócios e não sócios, acobertados pelo manto da personalidade.

3 (DES) NECESSIDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA NA AÇÃO REVOCATÓRIA FALIMENTAR

Considerando o exposto, passamos a tecer algumas considerações quanto à ação revocatória falencial.

A Lei 11.101/2005 ao delimitar os legitimados a ocupar o polo passivo da ação revocatória, previu uma ampla abrangência dos efeitos da ação revocatória falencial. Sendo assim, todos que tiveram participação no ato passível de revogação, bem como todos que receberam qualquer benefício por efeito deste, os adquirentes, até mesmos os herdeiros e legatários dos então citados, são alcançados por seus efeitos.

Seguindo ensinamentos de Gladston Mamede (2016, p.406-407), uma vez julgada procedente a ação revocatória, as partes retornarão ao estado anterior, devolvendo-se à massa falida os bens e/ou valores que foram objetos do ato jurídico.

Assim, a presente ação visa a devolução dos bens que, de forma fraudulenta, passaram a pertencer ao patrimônio de terceiros, trazendo prejuízo à massa falida, prejudicando a satisfação dos credores.

Aqui, o manto da personalidade jurídica não é capaz de obstar os efeitos da revogação nem de ocultar os sujeitos envolvidos no ato ou beneficiados por ele, uma vez que, o negócio jurídico celebrado pelo falido perde seu efeito em relação à massa falida. Assim, não se faz necessário a retirada de eficácia da própria pessoa jurídica, bastando a retirada da eficácia dos atos praticados com a intenção de prejudicar credores, de forma onerosa ou gratuita.

Apesar do caráter subjetivo, sendo necessário a comprovação do prejuízo da massa falida e do consilium fraudis para a caracterização dos atos revogáveis, uma vez comprovados estes requisitos, todos aqueles que contrataram com o falido e até mesmo os que não fizeram parte do ato, mas foram e/ou serão beneficiados com o mesmo, são atingidos pela ação revogatória, desconsiderando assim, de plano, a personalidade jurídica do falido.

Desta forma, a desconsideração da personalidade jurídica já constitui a ação revocatória, uma vez que o manto da personalidade não é capaz de impedir o alcance de seus efeitos, nem proteger sócios, coligados e integrantes do mesmo grupo econômico.

O referido diploma, em seu art. 135, como já dito, prevê o retorno dos bens à massa falida, em espécie, com todos seus acessórios, ou o valor de mercado, acrescidos de perdas e danos, buscando assim, ressarcir a perda suportada pela massa e garantir o adimplemento dos credores.

Por tratar-se de ação revocatória, é requisito indispensável para seu ajuizamento a existência de falência decretada. Sabemos que, a pessoa jurídica nasce com seu devido registro, gozando de personalidade jurídica, sendo sujeito de direitos e deveres. Nesse sentido, a falência equivaleria à extinção da pessoa jurídica e, conseqüentemente, o fim de sua personalidade.

Ocorre que, o processo de falência é constituído de três fase, a saber: fase declaratória, fase de sindicância e fase de liquidação. A declaração da falência põe termo à fase declaratória, iniciando-se a fase de sindicância, onde serão apurados ativos e passivos, sendo investigadas condutas do devedor e possíveis crimes falimentares.

Até o término da terceira fase, qual seja, a fase de liquidação, o falido mantém sua personalidade jurídica, entretanto, encontra-se restringido de dispor de seus bens e atuar de forma a interferir na satisfação de direitos de credores, na forma do art. 102 e art. 103 da Lei 11.101/05, não podendo administrar seus bens, devendo cumprir todos os deveres previstos no art. 104 do mesmo diploma, passando a ser

representado pelo síndico, que será responsável por fazer todo o levantamento necessário e efetuar a liquidação.

Efetuada a liquidação, após o administrador judicial apresentar suas contas, saciados todos os requisitos legais, dispostos na Lei de Falências, todos os órgãos serão informados da falência do devedor, promovendo-se o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica, conforme o art. 51, §3º, do Código Civil vigente.

Após essas breves considerações, nota-se que, tão logo seja decretada a falência do devedor, o mesmo é destituído de seu patrimônio, formando, assim, a massa falida, classificada como ente despersonalizado, conforme disposto no art. 75, V, do CPC, que corresponde a todo o patrimônio passivo e ativo do falido, que será administrada pelo administrador judicial até sua efetiva liquidação.

Assim, observa-se que, a ação revocatória é interposta em favor da massa falida, mas não contra o falido, buscando patrimônio que deveria, a priori, integrar a massa falida, mas por força de negócio jurídico celebrado no intuito de prejudicar credores, foi transferido para a esfera patrimonial de outrem.

Diferentemente da desconsideração de personalidade jurídica, que necessita retirar a eficácia da própria pessoa jurídica para conseguir atacar os atos praticados com abuso de personalidade, a ação revocatória atinge os atos praticados com intenção fraudulenta sem a necessidade de afetar a personalidade jurídica do devedor, não sendo impedida sua atuação pelo manto da personalidade.

Pois, a pessoa jurídica, já falida, não se encontra mais na administração de seus bens, sendo seu patrimônio constituinte da massa falida, que é ente independente, que mesmo não possuindo personalidade jurídica própria, possui capacidade judiciária, assim, o que se busca são os bens pertencentes à massa falida que se encontra sob propriedade de terceiros, em consequência de ato praticado mediante fraude pelo devedor.

A desconsideração da personalidade jurídica tem como beneficiário a própria pessoa jurídica, que terá sua responsabilidade afastada, em casos de atos praticados na

forma do art. 50 do Código Civil, recaindo os mesmos sobre os sócios que o realizaram. Assim, os bens recuperados, em sede de ação de desconsideração de personalidade jurídica, retornariam a esfera patrimonial da própria pessoa jurídica.

Todavia, na ação revocatória, os bens não retornarão para a pessoa jurídica, visto que a mesma, após a decretação da falência, será completamente despojada de seus bens, sendo que estes formarão a massa falida, que será representada em juízo pelo administrador judicial.

A própria massa falida, por meio do administrador judicial, mitigará o prejuízo causado pela dilapidação do patrimônio do falido, realizada de forma deliberada e fraudulenta, propondo ação revocatória, fazendo, assim, retornar a sua coletividade de bens os bens que se encontravam sob propriedade de terceiros, independentemente de se tratar de sócios, coligados, integrantes do mesmo grupo econômico, empresas ou pessoas físicas.

A dúvida quanto à necessidade da ação de desconsideração da personalidade jurídica na ação revocatória falimentar, provavelmente, nasce da hipótese trazida pela lei de falências, em seu artigo 133, inc. II, que prevê que os terceiros adquirentes só poderão compor o polo passivo quando tiverem conhecimento da intenção do devedor, antes de se criar o direito.

Fora a hipótese trazida, o terceiro adquirente não suportará os efeitos da ação revocatória, mantendo em sua propriedade o bem ou valor que tiver adquirido, mesmo que os mesmos tenham sido parte de conluio fraudulento contra credores.

Nestes casos, o prejuízo causado à massa com retirada do bem ou valor, que passou a pertencer à esfera patrimonial de terceiro adquirente, passa a ser suportado pela própria pessoa jurídica falida.

Entretanto, uma vez que a falida se encontra despojada de seus bens e valores, em sua totalidade, não podendo dispor ou interferir na forma de disposição dos mesmos, como poderia a devedora arcar com os prejuízos sofridos pela massa falida?

É neste ponto que nasce a dúvida quanto à necessidade da desconsideração da personalidade jurídica da falida para alcançar os bens dos sócios, para que estes possam ser responsabilizados pelos danos causados, respondendo com o patrimônio particular.

Ocorre que, na esfera da responsabilidade, em regra, os sócios respondem subsidiariamente com a sociedade, ou seja, exaurido o patrimônio da pessoa jurídica, os sócios responderão pelas obrigações com o próprio patrimônio.

Ressalte-se que, o patrimônio da pessoa jurídica deve ser exaurido no pagamento das dívidas, sendo que, só após o exaurimento os sócios serão chamados para responder pelas dívidas, e, tratando-se de sociedade limitada, os sócios responderão no limite de sua participação na sociedade.

Isso porque, os sócios possuem como responsabilidades fundamentais, para com a pessoa jurídica, o dever de cooperação econômica, de formação e administração do capital social e de responsabilidade para com terceiros.

Abstrai-se daí que os sócios são afetados pelos efeitos da falência, vindo a responder pelas consequências advindas da falência, dentre elas, as dívidas sociais que a falida não conseguir satisfazer com seu patrimônio. Assim, a responsabilidade dos sócios só se exaure com a total satisfação do passivo da sociedade falida.

Assim, não seria necessário a interposição de ação de desconsideração da personalidade jurídica para fazer com que os sócios respondam pelos prejuízos da falida, após o exaurimento de ativo.

Então, valores e bens que estiverem em poder de terceiro adquirente, que não tinha o conhecimento da intenção do devedor antes da criação do direito, e que, por conseguinte, não retornem à massa falida, serão restituídos pelos sócios do devedor, visto que os possuem responsabilidade subsidiária quanto às dívidas sociais e dever de cooperação econômica e responsabilidade para com terceiros, não sendo, assim, necessário desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade para alcançá-los.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se, em observação detida das jurisprudências acima elencadas, que o Superior Tribunal de Justiça tem demonstrado a necessidade da desconsideração de personalidade jurídica na ação falimentar. Nos casos apresentados, tratou-se de sociedades coligadas e grupos econômicos, que por meio de um feixe de atos jurídicos, eivados de fraude, embora transvestidos de licitude, realizaram esvaziamento patrimonial da sociedade, em benefícios de seus sócios, levando-as à insolvência, com posterior decretação de falência.

Para alcançar as sociedades coligadas, que foram beneficiárias dos atos, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser necessário a retirada da eficácia da própria pessoa jurídica, desnudando o manto que escondia os sócios.

Entretanto, apesar do tema possuir redação afirmativa, é com a negativa de necessidade de desconsideração da personalidade jurídica que se conclui a presente abordagem. Pois, a ação revocatória não necessita, previamente, despir a personalidade da (s) pessoa jurídica para atacar a eficácia dos atos praticados pela mesma.

Para tanto, basta que reste comprovado a intenção do devedor de prejudicar credores com aquele ato, causando efetivo prejuízo suportado pela massa falida, bem como o conluio fraudulento.

Considerando que os bens do falido já não estarão sob seu poder, face ao despojo que a declaração de falência acarretará, considerando ainda que, todo o patrimônio do devedor, formará uma coletividade que formará a massa falida, ente despersonalizado, que, por sua vez, será representado pelo administrador judicial, o pleito dos prejuízos já não poderá ser feito face o próprio falido, visto que já não dispõe de patrimônio disponível, cabendo recorrer aos sujeitos que com ele trataram, para que devolvam à massa falida os bens que dela deveriam constar.

De igual modo, a realização da desconsideração da personalidade jurídica do devedor, parece-nos infundada, pois, uma vez que os bens formam um ente independente da pessoa jurídica, e a personalidade jurídica da mesma já sofre algumas restrições no exercício de alguns direitos, tanto os bens, quanto os agentes que contrataram com o falido, independente de ser sócios, sociedades coligadas, participantes do mesmo grupo econômico ou administrador não sócio, já se encontram desprotegidos e plenamente alcançáveis pela ação revocatória.

A ação revocatória vem como uma solução eficaz e célere da problemática da dilapidação proposital do patrimônio do devedor, efetuando a retirada de efeitos de atos praticados de forma culposa pelo falido, em conluio fraudulento, sem a necessidade de retirar o efeito da personalidade para alcançar os demais agentes que participaram do ato.

Assim, parece-nos mais correto que a desconsideração de personalidade jurídica não seja necessária em ação revocatória falimentar, visto que, esta não carece dos efeitos daquela para alcançar seu fim. Ao retirar os efeitos do ato praticado, a revogação não necessita atacar a personalidade jurídica, visto que, faz com que as partes retornem ao seu estado anterior, devolvendo à massa falida o bem ou valor que lhes serviram de objeto, suprimindo o prejuízo causado e garantindo a satisfação dos créditos dos credores.

Uma vez que os sócios respondem subsidiariamente com a pessoa jurídica pelas dívidas sociais, devendo restituir bem ou valores que não possam ser alcançados pela ação revocatória, por pertencerem a terceiro adquirente de boa-fé; considerando que, os sócios deverão responder pelo passivo existente após o exaurimento do patrimônio da sociedade, sendo os efeitos da falência estendidos aos sócios, e cessando apenas após a completa satisfação das obrigações do devedor, a interposição de ação de desconsideração da personalidade jurídica na ação revocatória se torna inteiramente obsoleta, uma vez que se apenas servirá para dilatar o tempo em busca de efeitos que já incidirão de forma independente e inata.

Diante de tudo o exposto, conclui-se que desnecessária a interposição de ação de desconsideração de personalidade jurídica na ação revocatória falencial, bastando esta para alcançar e reaver os bens retirados da esfera patrimonial da devedora, em

conluio fraudulento e com a intenção de prejudicar credores, devolvendo-os à massa falida e protegendo o direito dos credores. Não sendo necessária também para satisfazer o passivo da falida, uma vez que os sócios da mesma, de forma subsidiária, responderão pelas obrigações que restarem após o exaurimento do patrimônio da sociedade.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresas*. 27 ed. São Paulo: SARAIVA, 2013.
2. CAMPINHO, Sergio. *Falência e recuperação de empresas: o novo regime da insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2008.
3. FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: SARAIVA, 1965.
4. PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. ed. 4, Rio de Janeiro: FORENSE, 2013.
5. MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: Falência e recuperação de empresas*. ed. 8, vol. 4. São Paulo: ATLAS, 2016.
6. COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentário à lei de falência e de recuperação de empresas*. ed. 10, São Paulo: SARAIVA, 2014.
7. TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas*. ed. 5, vol.3. São Paulo: ATLAS, 2017.
8. RODRIGUES, L. T. P. MAGALHÃES, R. A. A perda da personalidade jurídica na falência. *Revista de Direito bancário e do mercado de capitais*, v. 72, abril – junho, 2016, São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2016. Disponível em:<
http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_bibliotec

a/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDBancMecCap_n.72.12.PDF
> . Acesso em: 09 nov 2017.

9. PINHO, H. D. B. de. FONSECA, M. S. O incidente de descon sideração da personalidade jurídica do Novo CPC. Periódico GEN Jurídico. [S.l], [s.n], 2016. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/01/19/o-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-do-novo-cpc/>>. Acesso em 09 nov 2017.

ASPECTOS JURÍDICOS DO ESTUDO PRÉVIO DO IMPACTO AMBIENTAL

Wagner José Elias Carmo¹

Bárbara Sandi Caliman²

Naiane De Assis Quintão Miranda³

RESUMO

De acordo com o inciso IV do §1º do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, o Poder Público deve exigir o estudo prévio de impacto ambiental para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente. O estudo prévio de impacto ambiental é condição *sine qua non* para o licenciamento ambiental de atividades potencialmente poluidoras. A lei 6.938/81 instituiu o CONAMA- Conselho Nacional do Meio Ambiente, órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), responsável pela edição de normas e critérios para o licenciamento de atividades potencialmente degradantes ao meio ambiente, conforme aduz o artigo 8º, inciso I, da Lei 6.938/81. Assim, no exercício da competência a ele garantida pelo artigo 8º, inciso I, da Lei 6.9328/81, o CONAMA expediu a Resolução nº 01/86, a qual em seu artigo 2º apresenta um rol exemplificativo das atividades que dependem, obrigatoriamente, da elaboração do estudo de impacto ambiental para seu licenciamento. Por sua vez, ponto controverso sobre a matéria é a análise da exigibilidade do estudo prévio de impacto ambiental nas atividades não abrangidas pelo rol exemplificativo do artigo 2º da Resolução nº 01/86. Com a finalidade de solucionar a controvérsia, o CONAMA editou a Resolução 237/97 em que seu artigo 3º atribui a autoridade ou órgão competente a discricionariedade para avaliar se aquela determinada atividade a ser

¹ Doutorando do programa de pós graduação em Ciência, Tecnologia e Inovação em Agropecuária – PPGCTIA da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Mestre em Tecnologia Ambiental pelas Faculdades Integradas de Aracruz (2014). Especialista em Direito de Estado pela Universidade Gama Filho e Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (2000). Professor e Coordenador do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Aracruz - FAACZ - Mantida pela Fundação São João Batista - FSJB. Professor convidado da Pós Graduação da Faculdade Estácio de Sá Vitoria ES. Advogado Militante. Secretário Municipal de Meio Ambiente de Aracruz - ES. Autor do Livro Gestão Ambiental na Federação Brasileira.

² Graduanda em Direito nas Faculdades Integradas de Aracruz/ES.

³ Graduanda em Direito nas Faculdades Integradas de Aracruz/ES

licenciada enquadra-se no conceito de atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental, a fim de dispensar ou exigir, conforme determinado pelo texto constitucional, o estudo prévio de impacto ambiental. Desta forma, percebe-se que o ponto central para verificar se será aplicada a exigência constitucional ou a dispensa do estudo prévio de impacto ambiental é o conceito de atividade potencialmente poluidora ou causadora de significativa degradação ambiental, o qual não se encontra delimitado em texto legal.

Palavras-chave: estudo de impacto ambiental. licenciamento ambiental. atividade potencialmente causadora de degradação ambiental.

INTRODUÇÃO

A qualidade de vida é um direito almejado por toda a sociedade, em que se busca a coexistência harmônica entre desenvolvimento social e econômico e o meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual é garantido a todos por força do mandamento legal insculpido no artigo 225 da Constituição Federal.

É na pretensão de se alcançar o meio ambiente ecologicamente equilibrado que deve se pautar todo e qualquer projeto de desenvolvimento econômico uma vez que a disciplina dessas atividades permite a renovação e a não extinção dos recursos ambientais.

Nesse mesmo viés, ou seja, com o intuito de disciplinar a atividade de exploração dos recursos ambientais e de preservá-los, surgiu-se o Direito Ambiental, haja vista que, nas palavras de Paulo Afonso Leme de Machado:

O direito Ambiental tem a tarefa de estabelecer normas que indiquem como verificar as necessidades de uso dos recursos ambientais. Não basta a vontade de usar esses bens ou a possibilidade tecnológica de explorá-los. É preciso estabelecer a razoabilidade dessa utilização, devendo-se, quando a utilização não seja razoável ou necessária, negar o uso, mesmo que os bens não sejam atualmente escassos. (2016, p.49).

Destarte, o Direito Ambiental deve atuar de forma preventiva, aplicando-se os princípios da prevenção e precaução, a fim de evitar o impacto ambiental.

Contudo, o que podemos entender por impacto ambiental? O impacto ambiental, conforme definição estabelecida na Resolução nº 01/86 do CONAMA, consiste em qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria e energia resultante das atividades humanas.

Assim, como a função do direito ambiental é precipuamente preventiva, no início e no desenvolvimento de qualquer atividade proposta sobre o meio ambiente, isto é, que utilize dos recursos fornecidos por este para o seu exercício, deve se fazer a avaliação sobre quais impactos ambientais serão produzidos por esta atividade, visto que há situações em que se faz necessário ponderar entre, de um lado, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assentado na necessidade de mitigação dos impactos ambientais e, de outro, a satisfação de demandas básicas da sociedade, onde o último direito normalmente prepondera.

É possível inferir de tal contexto que determinadas atividades desenvolvidas pelo ser humano são autorizadas ainda que gerem impacto ambiental, devendo o direito ambiental e a autoridade que autorizou o exercício dessa atividade disciplinarem de que forma será desenvolvida a fim de amenizar o impacto ambiental, ou até, compensar o prejuízo causado ao meio ambiente.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, § 1º, inciso IV, exige o estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de degradação do meio ambiente, bem como o artigo 2º, da Resolução 1/86, do CONAMA, exemplifica as atividades que dependem, de forma obrigatória, da elaboração do estudo de impacto ambiental.

Desse modo, é possível perceber que toda e qualquer atividade que pode vir a degradar o meio ambiente exige o estudo prévio do impacto ambiental. Todavia, o artigo 2º da Resolução anteriormente citada possui rol exemplificativo, não incorporando todas as atividades que necessitam de estudo prévio a respeito do impacto ambiental para serem licenciadas.

Com a falta de previsão legal que determine a obrigatoriedade de estudo prévio de impacto ambiental para a realização de determinadas atividades que podem vir a degradar o meio ambiente, houve a edição da resolução 237/1997, na qual em seu artigo 3º, remete à autoridade administrativa a discricionariedade para avaliar se a atividade a ser licenciada é capaz de causar significativa degradação ambiental.

Além disso, o CONAMA, em resoluções, fixou a dispensa ou substituição do estudo prévio de impacto ambiental por estudos técnicos, desde que as decisões administrativas sejam motivadas e fundamentadas.

Assim, propomo-nos neste trabalho a analisar os aspectos controversos existentes na legislação a respeito do estudo prévio do impacto ambiental, mais precisamente, sobre a contrariedade entre o disposto no artigo 225, §1º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 o qual afirma que todo licenciamento ambiental deve ser precedido do estudo de impacto ambiental e a resolução 237/99 do CONAMA a qual permite a administração discricionariamente avaliar acerca da necessidade ou não de estudo prévio de impacto ambiental nas atividades que não se encontram no rol exemplificativo disposto no artigo 2º, Resolução 1/86, do CONAMA.

1.LICENCIAMENTO AMBIENTAL: CONCEITOS E OBJETIVOS

O licenciamento ambiental é mecanismo que restringe e que controla as atividades humanas desenvolvidas a partir da exploração de recursos ambientais a fim de impedir ou mitigar os danos sob o meio ambiente.

Nesse sentido, o licenciamento busca manter uma compatibilidade entre o exercício da atividade potencialmente poluidora e as normas ambientais.

O conceito de licenciamento ambiental está disposto no artigo 1º, I, da Resolução 237/97 do CONAMA, qual seja:

Art. 1º - Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:

I - Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

O licenciamento ambiental não se encontra expressamente previsto na Constituição Federal, todavia, pelo inciso IV do §1º do artigo 225 da CF, o constituinte implicitamente estipulou a obrigatoriedade do licenciamento por meio da exigência de estudos prévios de impactos ambientais. Já a competência para fixação de normas e de padrões para o licenciamento foi conferida ao CONAMA.

Além disto, o Decreto no 99.274, de 6 de junho de 1990, estabelece que o licenciamento ambiental deve ser realizado em etapas, as quais permitem de forma individual e conjuntamente uma análise preventiva sobre a implantação do empreendimento e dos requisitos necessários para o seu funcionamento de acordo com as normas e princípios ambientais.

2.IMPACTO AMBIENTAL

O conceito de impacto ambiental não é simples. As consequências geradas no meio ambiente em razão da intervenção humana são tão amplas, que se torna uma missão extremamente difícil avaliar esta multiplicidade de resultados, visto que qualquer atividade humana é desenvolvida através da exploração de recursos naturais.

Assim, é possível inferir-se que a intervenção humana na natureza pode ser positiva ou negativa. Da mesma maneira, é o impacto ambiental, este pode ser positivo ou negativo dependendo do resultado obtido com a intervenção humana no meio ambiente.

Portanto, de uma forma rasa e concisa, podemos conceituar o impacto ambiental como o resultado obtido através da intervenção humana na natureza.

2.1. CONCEITO JURÍDICO DE IMPACTO AMBIENTAL

Impacto ambiental, no conceito fornecido pela Resolução nº01/86 do CONAMA, é qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria e energia resultante das atividades humanas.

3 A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DOS ESTUDOS DE IMPACTO AMBIENTAL

Conforme preleciona o inciso IV do §1º do artigo 225 da Constituição Federal incube ao Poder Público exigir na forma da lei, estudo prévio de impacto ambiental para a instalação de qualquer obra ou atividade potencialmente causadora de degradação ao meio ambiente.

Diante da norma prevista no artigo supracitado, é possível perceber que a Constituição Federal de 1988 instituiu a obrigatoriedade do estudo prévio do impacto ambiental, todavia, tal norma não estabeleceu quais são os instrumentos capazes de efetivar a exigência constitucional.

Dessa maneira, o texto do inciso IV do §1º do artigo 225 é aberto, ficando a critério de o legislador ordinário criar lei apta a concretizar o comando constitucional, bem como que seja capaz de definir o conceito de atividade potencialmente causadora de degradação ambiental.

3.1 LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA- EVOLUÇÃO HISTÓRICA

3.1.1 DECRETO LEI Nº 1413/1975

A primeira norma introduzida no ordenamento jurídico brasileiro que fez referência ao estudo do impacto ambiental foi o artigo 1º do Decreto-Lei nº1413 de agosto de 1975, o qual dispunha que: “As indústrias instaladas ou a se instalarem em território nacional

são obrigadas a promover as medidas necessárias a prevenir ou corrigir os inconvenientes e prejuízos da população e da contaminação do meio ambiente”.

Assim, mesmo anteriormente a uma política nacional de meio ambiente, o referido artigo constitui marco fundamental para a obrigatoriedade jurídica do estudo prévio do impacto ambiental.

3.1.2 LEI N°6803/1980

A lei n° 6803 de 1980, a qual *dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento ambiental nas áreas críticas de poluição*, contribuiu, por sua vez, para a consolidação da necessidade do prévio estudo do impacto ambiental, referindo-se especificamente a implantação de zonas de uso estritamente industrial, conforme asseveram os parágrafos 2° e 3° do artigo 10 da supracitada Lei⁴.

3.1.3 LEI N° 6938/1981

A lei n°6938 de 1981 teve por finalidade criar um sistema organizado e estruturado de mecanismos aptos a efetivarem os objetivos contidos neste texto legal.

Pela redação do inciso III do artigo 9° da referida Lei, é possível verificar que a avaliação de impactos ambientais foi constituída como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, sem, todavia, que o referido enquadramento provocasse mudanças quanto às formalidades exigidas pela avaliação, uma vez que permaneceram vigentes às exigências contidas nos artigos 9° e 10 da Lei n° 6803/80.

⁴Art. 10. Caberá aos Governos Estaduais, observado o disposto nesta Lei e em outras normas legais em vigor: (...)

§ 2° Caberá exclusivamente à União, ouvidos os Governos Estadual e Municipal interessados, aprovar a delimitação e autorizar a implantação de zonas de uso estritamente industrial que se destinem à localização de polos petroquímicos, cloro químicos, carboquímicas, bem como a instalações nucleares e outras definidas em lei.

§ 3° Além dos estudos normalmente exigíveis para o estabelecimento de zoneamento urbano, a aprovação das zonas a que se refere o parágrafo anterior, será precedida de estudos especiais de alternativas e de avaliações de impacto, que permitam estabelecer a confiabilidade da solução a ser adotada.

A lei 6938/81 instituiu o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), criado para assessorar e estudar as medidas a serem tomadas pelas políticas governamentais para a exploração e preservação do meio ambiente, sendo, além disto, responsável pela edição de normas e critérios para o licenciamento de atividades potencialmente degradantes ao meio ambiente, conforme aduz o artigo 8º, inciso I, da Lei 6.938/81.

Comumente, as normas editadas pelo CONAMA são resoluções, sendo que a de mais relevância dentro do estudo do impacto ambiental é a resolução nº 1 de janeiro de 1986, a qual teve como atribuição estabelecer as diretrizes e critérios básicos para a implementação da Avaliação de Impacto Ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, instituindo o EIA- Estudo de Impacto Ambiental e o RIMA- Relatório de Impacto Ambiental, bem como definindo o regramento e as aplicações de tais instrumentos dentro do estudo prévio do impacto ambiental.

4 ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL

O estudo prévio de impacto ambiental, nas palavras de Édis Milaré é:

Instrumento de política ambiental, formado por um conjunto de procedimentos, capaz de assegurar, desde o início do processo, que se faça um exame sistemático dos impactos ambientais de uma ação proposta (projeto, programa, plano ou política) e de suas alternativas, e que os resultados sejam apresentados de forma adequada ao público e aos responsáveis pela tomada de decisão, e por eles considerados. Além disso, os procedimentos devem garantir a adoção das medidas de proteção do meio ambiente de- terminadas, no caso de decisão sobre a implantação do projeto". (2010, p.429).

Por sua vez, a Resolução 237/97 no inciso III de seu artigo 1º define o estudo de impacto ambiental como:

[...] todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco.

Assim, é através do estudo prévio do impacto ambiental que é possível inferir como e com que intensidade aquela determinada atividade desenvolvida pelo ser humano irá afetar o meio ambiente, podendo, assim, diante de tal estudo, analisar e implantar mecanismos que mitiguem o dano ambiental muitas vezes inerentes ao exercício de atividades essenciais para o desenvolvimento da sociedade.

O estudo de impacto ambiental possui caráter prévio uma vez que deve ser anterior ao licenciamento ambiental da obra ou atividade licenciada.

4.1 A NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÃO DO ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL

No ordenamento jurídico brasileiro o estudo prévio de impacto ambiental tem natureza jurídica de instituto constitucional além de ser instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, conforme assevera o §3º do artigo 9º da Lei 6.938/81.

Importante frisar que o estudo prévio de impacto ambiental é um instrumento protetivo que tem por função fornecer a Administração Pública uma base de informações para que a partir destas a autoridade ou órgão competente possa tomar decisões mais equilibradas, com base na ponderação de interesses entre o desenvolvimento sócio e econômico e a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou seja, é um juízo de valor o qual pode ser favorável ou desfavorável ao desenvolvimento do projeto.

4.2 A EXIGÊNCIA DO ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL NOS CASOS ESPECIFICADOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O estudo prévio de impacto ambiental encontra-se previsto como uma exigência do constituinte para a viabilidade de instalação de atividades potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente.

A Constituição Federal ao regulamentar a matéria usou o termo “exigir”, ou seja, a questão não é uma faculdade sujeita à discricionariedade da Administração.

Assim, com o intuito de complementar, ou melhor, regulamentar o disposto no inciso IV, §1º do artigo 225 da CF/88 foi expedida a Resolução nº 237 de 19 de dezembro de 1997 do CONAMA, a qual tem por intuito atender as determinações da Política Nacional de Meio Ambiente, disposta na Lei nº 6.938/81, indicando os procedimentos e critérios para o licenciamento ambiental, fomentando o desenvolvimento sustentável.

Em seu artigo 3º a resolução transcreve o mandamento constitucional anteriormente exposto e determina que o licenciamento ambiental para empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação ao meio ambiente dependerá de prévio estudo de impacto ambiental (EIA) e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (RIMA).

Todavia, no parágrafo único do supracitado artigo há a dispensa do estudo prévio de impacto ambiental e seu respectivo relatório (EIA/RIMA) quando o órgão competente verificar que a atividade ou empreendimento não é potencialmente causadora de significativa degradação ao meio ambiente.

Desta maneira, percebe-se que o artigo 3º, parágrafo único, da Resolução nº 237/1997 concedeu ao órgão ou autoridade competente a discricionariedade de definir o que é e quais são as atividades ou empreendimentos potencialmente causadores de significativa degradação ao meio ambiente, no que diz respeito as atividades não inseridas no rol exemplificativo do artigo 2º da Resolução nº1/86 do Conama.

Ademais, a Resolução 308/2002 do CONAMA concede ao órgão ambiental a dispensa do EIA/RIMA quando constatado por estudos técnicos que o empreendimento não causará significativa degradação ao meio ambiente.

O poder de dispensar o estudo prévio de impacto ambiental, dado pela supracitada resolução, não encontra óbice no ordenamento pátrio, desde que seja devidamente fundamentado, posto que, nas palavras do jurista Paulo de Bessa Antunes, “ a dispensa, imotivada, ou em fraude à Constituição, do Estudo de Impacto Ambiental deve ser considerada falta grave do servidor que a autorizar”.

Ou seja, apesar do artigo 3º da supracitada Resolução permitir que a autoridade competente aja discricionariamente ao definir as atividades que exigem o estudo prévio de impacto ambiental, no que tange as não abrangidas pelo artigo 2º da Resolução nº 01/86, o ato discricionário da autoridade competente, seja ao indicar a dispensa ou a exigência do estudo de impacto ambiental, deve ser devidamente fundamentado, a fim de que o ato seja proferido de acordo com os princípios que regem a Administração Pública, principalmente, no que diz respeito ao princípio da legalidade.

5 ATIVIDADES POTENCIALMENTE CAUSADORAS DE DEGRADAÇÃO AO MEIO AMBIENTE.

A Constituição afirma que o Estudo de Impacto Ambiental deve ser exigido quando se referir a atividade potencialmente poluidora ou que possa degradar o meio ambiente.

Porém, a discussão que se apresenta no exercício do comando constitucional é a correta interpretação do significado de atividades potencialmente poluidoras ou que possam degradar o meio ambiente, que demandam a presença do estudo prévio de impacto ambiental.

A lei 6.938/81 apresenta conceito extremamente amplo de degradação ambiental, considerando esta como qualquer alteração adversa das características do meio ambiente.

Além do mais, no artigo 3º da lei supracitada, a atividade poluidora é conceituada como aquela causadora de degradação da qualidade ambiental e que possa vir a resultar em prejuízos à saúde, ao bem-estar das populações, às atividades sociais e econômicas, à biota, às condições estéticas e sanitárias do meio ambiente e também ao lançamento de matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Destarte, na ausência de um conceito legal do que seja atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, são utilizados outros

critérios para balizar a amplitude deste conceito jurídico indeterminado, posto que, *a contrario sensu*, se a atividade não se enquadrar como atividade potencialmente poluidora ou degradadora do meio ambiente, o Estudo do Impacto Ambiental é inexigível.

Assim, com o intuito de restringir a interpretação do inciso IV do §1º do artigo 225 da CF/88, o artigo 2º da Resolução nº 01/86 do Conama indica um rol exemplificativo das ações que se enquadram como atividades potencialmente poluidoras, isto é, estabeleceu um mínimo obrigatório, que pode ser ampliado, mas jamais reduzido.

Ou seja, no que diz as demais atividades a serem licenciadas cabe ao Poder Executivo definir se ela se enquadra ou não como potencialmente poluidora, e para tal função, é possível utilizar diversos critérios, sendo um deles, o critério da seletividade (screening) em que há a identificação das ações potencialmente causadoras de degradação ao meio ambiente, com a dispensa das demais.

A seletividade das ações potencialmente causadoras de degradação ao meio ambiente pode ser realizada com base em histórico de projetos e revisões já desenvolvidas anteriormente para a mesma atividade ou atividade semelhante, em razão da natureza ou porte do projeto a ser licenciado, entre outros.

Os Estados Unidos com a finalidade de determinar se determinada atividade é potencialmente poluidora ou pode vir a degradar o meio ambiente, tem buscado estabelecer critérios qualitativos e quantitativos para tal fim.

Por sua vez, na Austrália, o processo de seletividade é realizado através da atuação discricionária da autoridade ambiental, que determina pela exigência ou não de submissão do projeto ao estudo prévio de impacto ambiental, através das informações constantes no próprio projeto e pelos antecedentes referentes ao desenvolvimento daquela atividade específica, visto que, cabe ao empreendedor demonstrar as razões pelas quais aquele projeto dispensa a realização do estudo prévio de impacto ambiental.

De uma forma geral, os sistemas de avaliação de impactos ambientais possuem um sistema misto, constituídos, de um lado, por uma listagem de atividades que devem se submeter a exigência do estudo prévio de impacto ambiental, e, de outro, pela ação discricionária por parte das autoridades em selecionar quais atividades serão submetidas à essa avaliação prévia; modelo este em que o Brasil se insere.

Isto posto, percebe-se que na legislação brasileira e estrangeira não há um conceito preciso do que seja atividade potencialmente causadora de degradação ao meio ambiente, mas somente mecanismos que restringem a sua interpretação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela análise da legislação pátria acerca da exigibilidade do estudo prévio de impacto ambiental e sua aplicação no licenciamento ambiental é possível concluir que o ponto central da discussão acerca da contrariedade apontada entre o disposto nas Resoluções do CONAMA e o texto constitucional está na definição do que sejam atividades potencialmente causadoras de degradação ao meio ambiente.

Ou seja, apesar de alguns juristas apontarem que, em alguns aspectos, as Resoluções expedidas pelo CONAMA contrariam o texto constitucional e que seu conteúdo ultrapassa a competência normativa conferida a este órgão pela Lei 6.938/81, somente será viável o julgamento da constitucionalidade destas resoluções quando houver o conceito delimitado do que são atividades potencialmente causadora de degradação ao meio ambiente, o qual não foi fornecido pelo constituinte, em razão de que qualquer interferência humana na natureza pode provocar degradação ambiental eis que estas atividades se utilizam dos recursos naturais.

Assim, diante da atual legislação pátria, as Resoluções expedidas pelo CONAMA somente são mecanismos que visam delimitar a discricionariedade do órgão julgador ao analisar pela dispensa ou exigibilidade do estudo prévio de impacto ambiental de determinada atividade a ser licenciada, posto que se faz necessário criar critérios mais rígidos para se alcançar maior segurança no processo de licenciamento ambiental, o qual somente poderá ser efetivado com a delimitação do conceito de atividade potencialmente causadora de degradação ao meio ambiente.

Nesse mesmo viés, é possível concluir que não há na legislação pátria ou estrangeira mecanismo que possa efetivamente retirar a discricionariedade do órgão ambiental em razão da indeterminação dos institutos a que esta matéria se insere.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 10. ed. Rio de Janeiro: Ed. *Lumen Juris*, 2007.

BARBOSA, Rildo Pereira. **Avaliação de Risco e Impacto Ambiental**. 1. ed. São Paulo: Ed. Érica, 2014.

BARSANO, Paulo Roberto, BARBOSA, Rildo Pereira, IBRAHIN, Francini Dias. **Legislação Ambiental**. 1. ed. São Paulo: Ed. Érica, 2014.

BECHARA, Erika. **Licenciamento e compensação ambiental na Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC)**. 1. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2009.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 nov. 2017.

———. Decreto-Lei n. 1413 de 31 de julho de 1975. Dispõe sobre o controle da poluição do meio ambiente provocada por atividades industriais. Diário Oficial da União, Brasília, 14 ago. 1975. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1413.htm>. Acesso em: 13 nov. 2017.

———. Lei n. 6803, de 2 de julho de 1980. Dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 2 jul. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6803.htm>. Acesso em: 13 nov. 2017.

———. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, Seção 1. 2 set. 1981, p. 16509.

———. Resolução Conama n. 1, de 23 de janeiro de 1986. Dispõe sobre procedimentos relativos a Estudo de Impacto Ambiental. Diário Oficial da União, Brasília, 17 fev. 1986, p. 2548 e 2549.

———. Resolução Conama n. 237, de 19 de dezembro de 1997. Dispõe sobre os procedimentos e critérios utilizados no licenciamento ambiental e no exercício da competência, bem como as atividades e empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental. Diário Oficial da União, Brasília, seção 1, 22 dez. 1997, p. 30841-30843.

———. Resolução Conama n. 308 de 21 de março de 2002. Dispõe sobre Licenciamento Ambiental de sistemas de disposição final dos resíduos sólidos urbanos gerados em municípios de pequeno porte. Diário Oficial da União, Brasília, 29 de jul. 2002. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=330>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

CARMO, Wagner. **Aspectos jurídicos do estudo prévio de impacto ambiental**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/aspectos-juridicos-do-estudo-previo-de-impacto-ambiental/>>. Acesso em: 10 out. 2017.

FIORILLO, Celso Pacheco. **Licenciamento ambiental**, 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2016.

NASCIMENTO, Sílvia Helena Nogueira. **Competência para o Licenciamento Ambiental na Lei Complementar Nº 140/2011**. 1. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

REVISTA DOS TRIBUNAIS, **Direito do ambiente**. 3. ed. São Paulo: p. 429, adotando a definição utilizada pela FEEMA – Fundação Estadual do Meio Ambiente, do Rio de Janeiro, 1990 apud CAVALCANTI, R. N., A efetividade dos instrumentos jurídicos para a proteção ambiental. Tese (doutorado) — Faculdade de Direito — Centro de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p. 64.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e legislação ambiental comentada**. 1 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

O DIREITO A ASCENDÊNCIA GENÉTICA FACE AO DIREITO DE INTIMIDADE NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Adriana Barcellos Soneghet¹

Fábio Vargas Adami²

Sheila Cristina Borges Rui³

RESUMO

Aborda-se o suposto conflito entre direitos fundamentais existentes no ordenamento jurídico constitucional brasileiro, que envolva a problemática para resguardar a dignidade da pessoa humana, notadamente, quanto ao direito fundamental à intimidade, em aparente oposição ao direito de conhecer a origem genética de seus genitores, na reprodução assistida.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Conflito. Origem genética. Reprodução assistida.

1 REPRODUÇÃO ASSISTIDA: CONCEITOS E ELEMENTOS JURÍDICOS INERENTES

O avanço da ciência no âmbito da genética humana possibilitou novas descobertas para que vários problemas relacionados à infertilidade fossem resolvidos, e, com respaldo constitucional ao planejamento familiar e o surgimento de diferentes técnicas, consequentes reflexos na área jurídica foram aparecendo, pois as técnicas de reprodução não possuem uma regulamentação específica, dificultando a solução de conflitos que advém de alguns métodos de procriação, notadamente as que não

¹ Mestre em tecnologia ambiental. Professora nas Faculdades Integradas de Aracruz/ES – FAACZ. Advogada.

² Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais. Advogado.

³ Graduada em Direito nas Faculdades Integradas de Aracruz/ES- FAACZ.

se utilizam de materiais extraídos dos próprios corpos dos casais com problema de fertilidade.

Destarte, passou a existir um grande desafio para os operadores do direito, no que tange a apresentar caminhos para ajudar a solucionar conflitos ainda não previstos no ordenamento jurídico, uma vez que o casal tem o direito de procriar e o indivíduo concebido pode ter o desejo de conhecer a sua história genética, a origem de sua vida, quem são seus pais biológicos, isto, podendo ser substancialmente necessário para que ele desenvolva sua personalidade, traçando semelhanças genéticas, aptidões, valores culturais e morais. Por outro lado, existe o direito do doador em ter sua intimidade preservada, o que também é respaldado constitucionalmente.

O conceito de reprodução humana assistida traz muitas expressões, uma delas é o sentido literal da palavra, inseminação artificial, inseminação in vitro e, ainda, a expressão reprodução humana assistida.

[...] pode ser definida como fecundação artificial, pela qual se dá a união do sêmen ao óvulo por meios não naturais de cópula” [...] “e deriva do latim, e tem origem no verbo inseminare formado pela preposição in (em) mais seminare, incorporando o termo sêmen que significa semente no sentido de procriar, gerar, propagar.” (LOUREIRO, 2009).

A técnica da inseminação artificial é aquela que recolhe o sêmen do homem para ser introduzido no aparelho genital feminino, utilizando-se a manipulação dos óvulos e dos espermatozoides. O método GIFT-Gameta Intra Fallopian Transfer - transferência intratubária de gametas, capta os óvulos da mulher com o aparelho de laparoscopia e retira o espermatozoide do homem para que posteriormente ocorra a fecundação no interior do útero feminino. A fertilização In Vitro ambiente artificial utiliza-se o método ZIFT-Zibot Intra Fallopian Transfer, que nestes casos ocorre à manipulação externa dos óvulos e dos espermatozoides, que logo após serão implantados na trompa uterina para que ele reconheça o embrião e inicie-se a gestação naquela que deseja engravidar (FERRAZ, 2011).

Quando a reprodução humana assistida é usada com o sêmen do marido vivo ou morto e introduzido no útero da mulher que deseja engravidar, recebe o nome de

inseminação homóloga. Nos casos em que a fecundação se dá com o espermatozóide de um doador fértil, ou seja, terceira pessoa chama-se de inseminação heteróloga, sendo aplicável, por exemplo, nos casos de esterilidade do marido e incompatibilidade sangüínea do fator Rh. A inseminação post mortem é aquela que através das técnicas de criopreservação do material genético do marido ou da esposa após o falecimento destes podem utilizar o material congelado para gerar o filho .

Além dessas modalidades existe ainda a “gestação substituta” ou “mães de substituição”, que vulgarmente é conhecida como “barriga de aluguel”. Consiste no recurso da transposição da gestação da doadora do material genético para outra mulher [...] (GONÇALVES, 2011), sendo utilizado quando o útero não tem condições de exercer a sua função, sendo este muito criticado, devido a mulher gestante ter que entregar a criança nascida aos pais genéticos, provocando na parturiente uma grande carga emocional e afetiva, que durante toda a gestação o instinto natural da maternidade conduz ao grande apego a criança.

No Brasil o Conselho Federal de Medicina através da resolução nº 1.358/92 admite esta técnica nos casos em que as doadoras de útero pertençam à família da mãe genética num grau de parentesco até o segundo grau, sem nenhum fim lucrativo, através de um contrato de cessão gratuita e temporária do útero, e somente é permitido naqueles casos em que os problemas com a infertilidade da doadora do material genético não podem ser contornados.

A reprodução assistida justifica-se pelo direito ao planejamento familiar, assegurado constitucionalmente a todo cidadão e regulamentado pela Lei nº 9.263, de 12/01/1996. Esse direito tem como fundamento a paternidade responsável, paternidade consciente, e a dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal admite como um direito de livre decisão do casal, de modo que ao Estado só compete, como dever, propiciar os recursos educacionais e científicos para o seu exercício.

A relação que se cria entre os indivíduos que procuram os métodos da reprodução humana assistida heteróloga é de afetividade, envolvendo pais e filhos, não se utiliza a verificação do critério biológico para definir a afinidade paterna. Por outro lado, a característica genética deixa de ser um instrumento da ciência para dar lugar ao que

se chama de paternidade sócioafetiva, que é aquela que reconhece o vínculo de parentesco através da relação do contato diário, ou seja, a presença do pai no convívio com o indivíduo. Para exercer o papel de pai no mundo social atual não basta apenas o filho receber de seu genitor uma pensão alimentícia, a paternidade atual abrange a criação dos filhos na presença daqueles que fornecem além de alimentos, uma vida construída com base na dignidade, nos valores, na educação, na convivência familiar que durante a vida está em constante evolução (FERRAZ, 2011).

Como resultado é inegavelmente que a reprodução humana assistida sob a técnica heteróloga provoca no âmbito jurídico inúmeros efeitos, como a presunção legal de paternidade, direitos do embrião, a responsabilidade civil de médicos, a relação do doador com a sua intimidade, o direito do indivíduo de buscar sua origem genética, estes são apenas alguns efeitos entre outros que ainda poderão ser suscitados diante dessa problemática (GONÇALVES, 2011).

Imperioso trazer à baila que relativo à reprodução humana assistida, surgem, no Brasil, normas éticas presentes na Resolução n. 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina (CFM), e no Novo Código de Ética Médica, aprovado pela Resolução CFM n. 1.931/2009, em vigor desde 13 de abril de 2010. Esta resolução proíbe selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do embrião, a não ser que evitem doenças ligadas ao sexo do bebê que vai nascer.

Ainda, a Resolução CFM 1.957/2010, n. 4, dos Princípios Gerais, diz que:

[...] as técnicas de RA [reprodução artificial] não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (sexagem) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

Importante também informar que o Novo Código de Ética Médica, no artigo 15, § 2º, inciso III, não concede ao médico, no que diz respeito à seleção do sexo, a realização da reprodução assistida para criar embriões com finalidades de eugenia, originar híbridos ou quimeras ou escolher o sexo.

Recentemente, por meio da Resolução CFM nº 2.168/2017, o órgão editou regras sobre temas como: descarte de embriões, gestação compartilhada e de substituição.

Uma das principais novidades é a inclusão de questões sociais na avaliação médica para os tratamentos de reprodução assistida e, também, a de pacientes em tratamento oncológico. É possível que as famílias planejem o aumento da família com o respaldo jurídico para o congelamento de gametas e embriões, não só do ponto de vista médico, mas, também, social (importante para aqueles que adiam a paternidade em função da carreira ou de estudos).

No nosso ordenamento jurídico civil não há o conceito de filiação, mas é necessário esclarecer isto, para que, possamos compreender alguns efeitos que serão suscitados, valendo dizer que

[...] é o conceito triangular irredutível, sob o aspecto natural, sendo que no conceito natural, envolve a paternidade propriamente dita e a maternidade premissas de que é resultante a filiação. Nem se quer os audaciosos avanços da ciência médica, obtendo a concepção em laboratório, fogem dessa triangularidade.” (MOURA apud GONÇALVES, 2011)

Este conceito demonstra que a maternidade e a paternidade surgem naturalmente na vida do casal, os filhos aparecem como consequência da relação não sendo suscitada depois, ou seja, o grau de parentesco está inserido na própria constituição familiar.

Nos casos em o casal procura as técnicas de reprodução assistida, o grau de parentesco surge a partir da presunção de paternidade, ou seja, se origina na constância do casamento, esta filiação, como a filiação originada através da relação matrimonial foram tuteladas no Código Civil de 2002 artigo 1597 (DINIZ, 2010).

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
[...]
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

Esta presunção quando se refere às técnicas de reprodução humana assistida heteróloga, se havida a autorização prévia do marido, é baseada na boa fé e no comportamento leal da esposa. Considera-se nesses casos, a vontade de procriar do marido, impedindo posteriormente de desconhecer a paternidade anteriormente

reconhecida, privilegiando o fundamento moral e a relação sócio afetiva, ou seja, o filho é presumido daquele casal em que estão unidos pelo laço do matrimônio não necessitando de prova contrária.

Por outro lado, pode surgir o questionamento do próprio indivíduo de querer conhecer a sua ascendência genética, naqueles casos em que são nascidos da reprodução humana heteróloga, pois é inserido na relação matrimonial, material genético de um terceiro que, mesmo presumindo esta paternidade, dá ensejo aquele que nasceu através desse método o direito de conhecer o seu genitor (LOUREIRO, 2009). Isto se fez possível através do artigo 227, § 6º da CF/88 “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Outra questão importante a respeito da presunção de paternidade, é que o marido quando autoriza a inseminação na forma heteróloga a faz verbalmente, não existindo a necessidade de documentação escrita, bastando o consentimento verbal, importando nesses casos a vontade de ser pai, a sua anuência para realização da fertilização, sendo este um critério avaliado como suficiente para substituir o critério biológico. Neste sentido, manifestou-se o Conselho de Justiça Federal juntamente com o Superior Tribunal de Justiça elaborando o enunciado¹⁰⁴.

Após aceitação, não será permitido o ajuizamento de uma Ação Negatória de Paternidade, invocando o direito constitucional à ação para que se desconstitua o vínculo paterno, pois ao ser consentido o ato, não poderá existir arrependimento, por ventura isso ocorrer, será considerado fato antijurídico e imoral ele renegar o que já havia sido consentido, devido à paternidade ser dada ao marido anuente (GONÇALVES, 2011).

Os direitos dos embriões congelados incita uma polêmica a respeito do assunto, nesses casos o que avalia é se o embrião fecundado possui personalidade civil ou não, nestes termos verifica-se que ao ser introduzido no útero materno, transforma-se em nascituro, adquirindo direitos de uma pessoa que será efetivado após o nascimento com vida. “[...] toda pessoa, inclusive o embrião, desde a concepção está dotada de dignidade intrínseca e é necessariamente pessoa, no sentido jurídico, e

sujeito de direito, tendo como direito fundamental o direito à vida. Se o embrião adquire direitos e é considerado como ser vivo o que deve ser analisado, é a partir de quando inicia-se a sua personalidade, para isso o direito civil estabeleceu as teorias da personalidade que buscam explicar quando que começa a formação da personalidade (LOUREIRO, 2009).

A partir da premissa de que um embrião possui vida e adquire direitos desenvolvendo-se e trazendo uma carga genética de seus genitores, deve ser preservado e protegido pelo ordenamento pátrio, mesmo que existam dúvidas a respeito do início de sua formação como ser vivo, pois é com a concepção que nascerá uma pessoa titular de direitos e deveres.

No que diz respeito ao direito do embrião, não podem ser desprezados, mas sim devem ser congelados a partir de sua fecundação para que garanta ao embrião excedente o direito à vida, evitando uma manipulação muitas vezes indevida. Aos embriões também é resguardado direito de serem doados a casais inférteis possibilitando a implantação em outras pessoas que desejam engravidar. Com o advento da lei 11.105/05, em observância do princípio da cedência recíproca, ficou estabelecido que embriões inviáveis possam ser utilizados em pesquisas envolvendo células-tronco, desde que não sejam aqueles possíveis de gerar um ser humano (GONÇALVES, 2011).

Outro aspecto que deve ser analisado sob a ótica jurídica é a responsabilização civil dos médicos que atuam na área genética, com as técnicas de reprodução humana assistida. A relação médico-paciente sempre é vista como uma relação contratual, onde o paciente contrata e espera desse profissional que realize os serviços acordados. Quando ocorre insuficiência dos serviços e ainda resulta danos aos pacientes, deve sim haver a responsabilização desses profissionais (TEIXEIRA, 2000). A obrigação de indenizar advém do grau de risco da responsabilidade praticada contra alguém e se o dano ocorreu com ou sem culpa considerando a complexidade do dano, se ocasionou prejuízos patrimoniais e morais.

No entanto, quando se trata de responsabilidade civil médica, o grau de culpa muitas vezes não tem como ser comprovada, pois a relação que se espera com o paciente é

a de informação, o qual estes profissionais devem esclarecer os procedimentos e técnicas de forma aberta e explicativa para que os pacientes entendam como será realizado todo o tratamento médico, portanto a informação e o consentimento são necessários.

Destarte, mesmo com todo esse cuidado em face da informação e do consentimento, não se descarta a possibilidade de responsabilização dos médicos, mesmo nos casos em que o dano não pode ser evitado e muitas vezes as clínicas de tratamento respondem solidariamente com eles. A responsabilização médica nos casos de reprodução assistida é entendida como um meio e não apenas como resultado, dando ensejo para interpretação disto ao Código de Defesa do Consumidor, devido à atividade da medicina ser vista como a de um profissional liberal, que desta forma, os médicos são obrigados a garantir o resultado daquilo que se busca e sonha utilizando os meios adequados para isso (SOUZA, 2008).

A relação do doador, sua intimidade é tutelada pelo texto constitucional conforme art. 5º inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, esta intimidade deve ser preservada tendo em vista os vários aspectos a ela relacionados. A descoberta de um novo ente poderia causar transtornos psicológicos e desestruturar a vida do doador. Ainda, a possibilidade de ser revelada a identidade do doador poderia provocar a diminuição de doadores de espermatozóide. Vislumbra-se, apenas, a hipótese de revelação da identidade do doador nos casos em que se necessite fazer uma busca genética para tratamento da criança gerada (HAMMERSCHMIDT, 2007).

3 ASCENDÊNCIA GENÉTICA E DIREITO FUNDAMENTAL

Ascendência genética corresponde à caracterização da individualidade genética, ou seja, as bases biológicas sobre as quais o homem constrói sua identidade pessoal. Esta, por sua vez, também conhecida como identidade antropológica, versa sobre as questões do indivíduo em seu desenvolvimento racional, sua autonomia, a construção

de consciência e sua personalidade. “A identidade pessoal, ela é concebida dentro da relação um com o outro, no quadro de uma comunidade de sentido” (TEIXEIRA, 2000).

A identidade genética ou biológica é aquela que traz as características inerentes de cada ser humano, o seu desenvolvimento biológico, físico, relação de consanguinidade e de parentesco conforme salienta SPAREMBERGER, 2010, “a identidade genética corresponde à dimensão da individualidade biológica do indivíduo, ao genoma de cada ser humano”. O indivíduo desenvolve-se então nessas duas dimensões, buscando para si o desenvolvimento biológico de acordo com sua carga genética e a construção de uma identidade pessoal, constituindo-se assim a integridade individual consagrada pelo direito de personalidade sob a visão do princípio da dignidade da pessoa humana.

Quando o indivíduo nasce por meio de técnicas de reprodução, especificamente, pelo método heterólogo, podem apresentar-se complicações em lidar com as duas dimensões da ascendência, pois a sua carga genética é diferente daqueles que são seus pais, entre estas, a dificuldade de entender algumas características físicas e comportamentais, influenciando-o na vontade de conhecer sua verdadeira ascendência genética.

Com a Carta Magna de 1988, houve a constitucionalização do conceito de filiação, o qual inseriu o avanço genético como um novo direito fundamental sob a ótica do princípio da Dignidade Humana e com o tratamento isonômico que deve ser atribuído aos filhos sem distinção de categorias. A paternidade aqui suscitada tem um caráter social sendo indispensável para a concretização do direito de personalidade, pois toda pessoa tem o direito de saber quem é o seu ascendente, direito este que se torna referência para sua identidade familiar, racial, linguística, política e religiosa, fatores importantes para constituição de sua individualidade. “Desta forma, o direito à ascendência genética tornou-se um direito fundamental, não podendo deixar de ser garantido a quem ele requerer” (AHMAD, 2009).

4 A INTIMIDADE DO DOADOR E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A CF/88 no inciso X do art. 5º, consagrou como direito fundamental a intimidade, corolário da dignidade da pessoa humana.

Numa visão filosófica, Zavala de Gonzáles aborda o tema, aduzindo que “a intimidade constitui uma condição essencial do homem que lhe permite viver dentro de si mesmo e projetar-se no mundo exterior a partir dele mesmo, como único ser capaz de dar-se conta de si e de fazer de si o centro do universo” (GONZÁLES, 1993).

Aquilo que a pessoa pensa, sente e deseja se refere à sua intimidade, relacionando-se às vinculações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, devendo ser protegida juntamente com as relações e os sentimentos que se encontram no âmbito familiar, para que não sofra invasão inesperada contra sua vontade.

O direito à intimidade configura-se em dois elementos: um objetivo o qual a intimidade genética refere-se ao genoma humano por derivação a qualquer tecido ou parte em que se encontra a informação genética, ou seja, limita-se a partes do corpo que poderão ser afetadas pelo pudor pessoal. O outro elemento é o subjetivo que se constitui na vontade do indivíduo de determinar quem e em quais condições pode-se acessar informações sobre suas características genéticas, pois estas são a própria integridade pessoal, de natureza individual familiar do sujeito (HAMMERSCHMIDT, 2007).

No que se refere às técnicas de reprodução assistida na modalidade heteróloga, a intimidade do doador é um dos requisitos para que o indivíduo doe o material genético, sendo resguardado o anonimato.

A garantia do anonimato representa ao indivíduo a não responsabilização com a pessoa que irá nascer, sendo uma forma de incentivar a doação de sêmen e possibilitando o sucesso das técnicas de reprodução. O Conselho Federal de Medicina regulamentou pela resolução nº 1957/2010, que a identidade do doador é vedada ao conhecimento daqueles que receberão o material genético e que somente deverá ser revelada a médicos em casos especiais de doenças genéticas ou para evitar relacionamentos consanguíneos.

A universalização dos direitos fundamentais manifestou-se com a Revolução Francesa por ensejo da Declaração dos Direitos do Homem. “Os direitos do homem ou da liberdade, se assim podemos exprimir, eram ali “direitos naturais, inalienáveis e sagrados,” (BONAVIDES, 2008), direitos tidos também por imprescritíveis, abraçando a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”, esta universalidade buscou consagrar a essencialidade dos direitos fundamentais com base na liberdade, referindo-se àquilo que é ideal para o homem. e na dignidade da pessoa humana.

Para BOBBIO (2004) os fundamentos que desenvolveram sobre os discursos de direitos humanos possuem problemas tanto históricos como teóricos. O histórico sustentou-se na afirmação de que esses direitos derivam de uma radical inversão de perspectivas onde a relação Estado/Cidadão não é mais vista como direitos do soberano, mas sim como direitos dos cidadãos não mais como súditos. O teórico sobressai o fundamento dos filósofos que tentam formular conceitos para explicar as circunstâncias caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades, ou seja, as próprias gerações de direitos sejam eles sociais ou ecológicos.

No que se refere à reprodução assistida na modalidade heteróloga, os direitos fundamentais são consagrados nas questões quando o indivíduo busca conhecer a sua ascendência genética, e bem como o doador em preservar a sua intimidade. Quando esses direitos são suscitados recorre-se aos princípios jurídicos para buscar diante do entendimento hermenêutico a solução mais viável para esses conflitos.

Os princípios jurídicos são reconhecidos como normas de direito, com positividade e vinculatividade, os quais, na interpretação e aplicação de outras normas, juntos limitam os comportamentos públicos e os privados, ou seja, estes necessitam de serem regulados quando não estão. A utilização dos princípios se torna mais importante, quando existe um conflito de normas e também dos próprios princípios, o qual eles servem como critério de avaliação, proporcionando uma solução para o caso em referência. Cada princípio possui um peso relativo e uma importância, os quais se harmonizam buscando uma ponderação entre eles, e no caso das normas são fixadas

e definidas sendo inviável a validade simultânea delas nos casos contraditórios (ESPÍNDOLA, 1999).

A ponderação de direitos constitucionais é muito utilizada quando existe conflito, ou melhor dizendo, suposto conflito entre bens juridicamente protegidos, bem como na solução de casos que exista suposta colisão entre direitos fundamentais, necessitando de uma adaptação ao caso concreto, ou seja, verifica-se a ocorrência de um balanceamento de direitos para a fundamentação das decisões judiciais, com base nos princípios constitucionais para que se consiga uma solução a esses supostos conflitos. Fala-se em "supostos", porque não há colisão entre direitos fundamentais, daí se aplicar a técnica de ponderação valores.

Assim também os princípios disciplinam a utilização das técnicas de reprodução assistida no Brasil, pois não existe na legislação pátria, texto normativo que regularmente a matéria em comento. Como já dito anteriormente busca-se amparo na resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1957/2010 e também no trato dos direitos fundamentais que são os pilares da interpretação hermenêutica.

Do mesmo modo, vale ressaltar a existência da Declaração Universal sobre a Bioética e Direitos Humanos da UNESCO /2005. Esta declaração é um instrumento que versa sobre as regras e normas que tratam sobre as questões éticas, em relação à medicina e os avanços tecnológicos proclamando princípios gerais, objetivando orientar os Estados nas soluções de conflitos e ainda na elaboração das legislações e políticas públicas que envolvem o progresso científico.

Como já foi suscitado anteriormente, a relação entre a hipótese do indivíduo em conhecer sua ascendência genética em face do doador em preservar sua intimidade provoca no âmbito jurídico diversos efeitos, que muitas vezes refletem conflitos entre eles, ocasionando uma insegurança jurídica quando necessita-se de aplicar o próprio direito. No sentido de buscar resolver esta aparente colisão de direitos fundamentais, isto, devido a Constituição Federal proteger simultaneamente valores e direitos que muitas vezes se tornam contrários entre si, busca-se através da utilização dos princípios pela interpretação e a sua aplicação no caso concreto, solucionar estes

problemas. Desse modo serão destacados princípios relevantes no que diz respeito à solução dessa problemática.

Princípios como o da efetividade que busca a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social; os princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, considerados, em conjunto, universais, passando a ter um caráter de estabelecer o direito à justiça, e é tido como um parâmetro de solução dos conflitos, dando um equilíbrio na decisão sentencial; da autonomia da vontade, que se baseia no respeito à pessoa, detentora de direitos, garantindo a ela a sua autonomia, tendo como características a privacidade e a veracidade, o reconhecimento de ser possuidora de escolhas, porém, sem prejudicar o interesse do outro; o da concordância prática ou da harmonização que serve de base para interpretação e combinação dos bens jurídicos em conflitos, e, o mais abrangente de todos, o princípio da dignidade da pessoa humana, que a partir do desenvolvimento jusnaturalista nos séculos XVII e XVIII, tem se tornado o fundamento do sistema constitucional brasileiro. Nesse sentido, Immanuel Kant, citado por LEVY, 2011, informa que “o homem não pode ser utilizado como meio para se obter um fim. Aja de tal maneira que uses a humanidade, para tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim nunca como meio”.

Ainda aos direitos individuais, bem como o direito à vida, e é considerado um valor supremo que concentra todos os direitos fundamentais, tornando o homem como um cerne de direitos essenciais, que deve ser respeitado independentemente de como ele é, ou seja, o valor da dignidade humana inerente a cada pessoa deve está embutido no cotidiano da convivência humana, sendo respeitado em suas várias dimensões assegurando as exigências básicas de cada ser humano, não podendo ser utilizado para outro fim; tais princípios, então, devem ser utilizados para dirimir conflitos da natureza ora em comento.

A problemática em questão refere-se de quando o indivíduo, concebido pelo método da reprodução assistida, tem o direito de conhecer sua ascendência genética sem que o direito à intimidade do doador seja violado. Esta é proposta quando por algum motivo tem-se a necessidade de conhecer o genitor biológico, seja por motivos psicológicos, sociais, ou problemas de saúde causados por doenças genéticas transmitidas pelo

genoma humano.

O direito de conhecer a ascendência genética encontra-se amparado no princípio da dignidade da pessoa humana reconhecido como um direito de personalidade do indivíduo, ou seja, suas características biológicas a partir da constituição genética da pessoa, a individualidade genética com suas predisposições e os fatores de risco, e ainda, na esfera social diante da proteção socioeconômica e limitando os níveis de discriminação configurando assim uma ideia de integridade genética.

O indivíduo que nasce a partir da realização das técnicas de reprodução assistida heteróloga conseqüentemente não possui a mesma hereditariedade de seus pais, ou seja, pai sócioafetivo, e por isso, quando revela o desejo de conhecer a sua paternidade biológica, e, ao ser negado a ele este direito, estará o Estado indo contra o que versa o princípio da dignidade da pessoa humana, pois este ato denigre sua identidade e sua integridade descaracterizando desta forma, sua essência genética e desvinculando sua origem.

De outro lado encontra-se o direito a intimidade do doador como já suscitado anteriormente é um direito inerente a pessoa não podendo ser violado, e encontra-se protegido pelos direitos fundamentais e também pela resolução do Conselho Federal de Medicina que concede ao doador a preservação de sua intimidade. No entanto, quando o indivíduo manifesta a vontade de conhecer a paternidade biológica, por sua vez, o direito ao anonimato fica ameaçado, com efeito, (HAMMERSCHMIDT, 2007).

Quando é suscitado o direito de conhecer a identidade genética e se for o sigilo do doador quebrado, o indivíduo não poderá pleitear e nem constituir uma relação de parentesco com aquele que possui um vínculo genético, pois o direito de personalidade nesses casos não pode ser confundido com o direito de filiação, ou seja, não poderá ser requerido ao pai genético pensão alimentícia, herança e o nome de família (DINIZ, 2007).

Por ser a reprodução humana assistida um meio de realizar o direito de procriação e solucionar problemas que envolvem a infertilidade, e não conter uma legislação específica sobre o tema, e segundo o Projeto de Lei 90/01-substitutivo- o sigilo da

doação deverá ser resguardado pelos serviços de saúde não permitindo o conhecimento de informações sobre os doadores e receptores.

No entanto o referido projeto prevê a quebra desse sigilo quando o indivíduo deseja conhecer sua história genética e assim manifeste sua vontade, desde que seja de forma consciente, desta maneira ele terá acesso às informações sobre o processo que o gerou, inclusive à identidade civil do doador. E para aqueles casos que por necessidade de preservar à saúde do indivíduo e também para as oposições de impedimentos do casamento, devido cruzamento de informações genéticas, estas deverão ser fornecidas ao médico solicitante ou ao oficial de registro civil, sendo que o anonimato deverá ser preservado.

De certo ambos são direitos resguardados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, ao considerar que um possui direito sobre o outro estará de fato, violando direitos igualmente reconhecidos. Com o propósito de buscar soluções para estas questões, os juristas têm se baseado na interpretação de princípios, devido possibilitarem uma uniformidade ao ordenamento jurídico oferecendo um direcionamento nas decisões judiciais.

Diante dessa problemática verifica-se uma aparente colisão de direitos envolvendo um conflito de princípios constitucionais que para Canotilho apud Espíndola (1999) “[...] em caso de *conflito entre princípios* estes podem ser objectos de ponderação, harmonização, pois eles contêm ‘exigências’ ou ‘standards’ que, primeira linha (*prima facie*), devem ser realizados.”, com esse entendimento existe a possibilidade de uma harmonização e uma ponderação entre eles, tendo em vista não haver uma hierarquia diante dos princípios constitucionais e sim uma prevalência de um sobre o outro, a partir de uma relativização dos direitos fundamentais de acordo com o importância que cada um predomina no caso concreto (FERRAZ, 2011).

A ponderação é efetivada com base na argumentação jurídica da fundamentação das condições de preferência de um princípio ao outro, ou seja, qual princípio será menos prejudicado se não aplicado em função de outro, ressaltando-se não haver direito absoluto entre direitos fundamentais.

“A possibilidade de o direito à intimidade de o doador ceder em favor do direito à origem genética da pessoa concebida artificialmente, em face da importância da informação sobre a ascendência para o bem-estar psíquico da pessoa.” (GAMA, 2003), e ainda “[...] terá relevância para garantir a integridade física e até mesmo a saúde da pessoa, em caso de doenças genéticas.”, existem situações em que a ponderação vai além de ser a solução de um conflito, mas sim a busca para preservar a vida do indivíduo, sendo este direito maior que qualquer outro (FERRAZ, 2011).

Sobre o assunto pensam os doutrinadores Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2000), “no conflito entre princípios, deve-se buscar uma conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual no caso concreto, sem que um dos princípios venha a ser excluído do ordenamento por irremediável contradição com o outro”. O que se propõe para a solução de aparente colisão de direitos é um juízo de valor buscando um significado jurídico para a abrangência do princípio ao caso concreto.

Sobre o assunto ALEXY apud BONAVIDES, 2008 “[...] em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão de prevalência pode resolver de forma contrária.” e ainda afirma “[...] que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera.”, quando existe um conflito de valores fundamentais deve ser considerado o grau de relevância que cada um possui, ou seja, busca-se a solução mais justa mantendo a valorização dos direitos predominantes na sociedade, nesses casos, pelo juízo da ponderação e por força do princípio da proporcionalidade exige o sacrifício de um direito em razão da prevalência de outro, desde que um não provoque prejuízos irreparáveis ao outro.

Quando existe a necessidade da aplicação dos princípios constitucionais para a solução dos conflitos o operador do direito deverá julgar os casos concretos verificando cada situação em questão delimitando a fronteira do admissível, o quanto a dignidade da pessoa o direito fundamental protege, isto de acordo com as ponderações éticas, psicológicas e sociais considerando a extensão dos benefícios, bem como os prejuízos, envolvendo as partes, evitando ocasionar o menor dano possível àquele direito que deverá prevalecer.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução científica juntamente com o reconhecimento constitucional ao direito de procriação e ao planejamento familiar fez com que os juristas buscassem soluções para questões nunca antes suscitadas, e introduziram novos conceitos a temas que foram se desenvolvendo a partir da realização das técnicas de reprodução humana assistida. A legislação pátria não acompanha os avanços tecnológicos que, a cada instante, se desenvolvem mais rapidamente e se modificam de acordo com a necessidade humana. As técnicas de reprodução humana assistida objetivam resolver o problema da infertilidade, que deixou de ser apenas um problema familiar e passou a ser tratado como um problema de saúde pública tornando também dessa forma, um problema do Estado, pois este concedeu o direito à pessoa estéril a possibilidade de recorrer aos avanços tecnológicos para satisfazer o desejo de ter filho.

Por outro lado, a utilização das técnicas de reprodução humana assistida vem desencadeando conflitos, quando o indivíduo nascido a partir desses métodos deseja descobrir sua identidade genética, esbarrando no direito à intimidade do doador.

Inegavelmente ambos direitos, quando suscitados, devem ser garantidos pelo aplicador do direito, contudo o que não pode acontecer é que para o reconhecimento de um o outro seja prejudicado em efeitos teóricos e práticos. Como ainda não existe legislação específica e por serem direitos resguardados constitucionalmente, sugere-se para a solução do conflito existente uma ponderação entre os princípios ao caso concreto como meio de interpretação e fundamentação das decisões judiciais.

Por fim, destaca-se a importância da medicina na transdisciplinaridade e da ética como mediadora dos conflitos existentes e sua utilização perante as técnicas de reprodução assistida, sempre com o objetivo de resguardar a individualidade do ser humano visando oferecer uma melhor condição de vida e reconhecendo valores que cada um carrega consigo. Portanto, há possibilidade sim do direito fundamental à intimidade ceder em relação ao direito de informação para efeitos práticos de proteção à dignidade da pessoa humana, notadamente, à vida.

REFERÊNCIAS

1 AHMAD, Roseli Borin Ramadan, **Identidade genética e exame de dna**. Curitiba: Juruá, 2009, p.21

2 BARBOSA, Camilo de Lelis Colani, Aspectos jurídicos da doação de sêmen. **Revista Magister Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, n 7, dez/Jan, 2009, p. 47-49

3 BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p.257

4 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Elsevier, 2004, p.4.

5 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.562.

6 BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da república federativa do brasil**. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado federal, 2002.

7 BRASIL, CNJ Enunciados. Enunciado Número 104. Disponível em: <http://www.daleth.cjf.jus.br/re_vista/enunciados/IJornada.pdf. Acesso em: 11. set. 2011.

8 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**.7 ed. São Paulo: Almedina, 2006, p.1237

9 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 22 ed. 5 vol. São Paulo: Saraiva, 2007, p.433.

_____. **Código civil anotado**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

10 ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípio constitucionais.** São Paulo: RT, 1999, p.48

11 FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução assistida e suas consequências nas relações de família.** Curitiba: Juruá, 2011, p. 45-51.

12 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.906.

13 GONÇALVES, Fernando David de Melo, **Novos métodos de reprodução assistida e consequências jurídicas.** Curitiba: Juruá, 2011, p. 12.

14 HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética & direitos da personalidade.** Curitiba: Juruá, 2007, p.286.

15 KANT, 1974, apud LEVY, Laura Affonso da Costa, Inseminação artificial post mortem e a reflexão constitucional. **Revista Síntese Direito de Família.** São Paulo, v.12 n 65, abr/maio, 2011, p. 21-43.

16 LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito.** São Paulo: RT, 1995, p.22.

17 LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. **Introdução ao Biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2009, p.98.

18 MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica. 2000, p.182.

19 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** São Paulo: Atlas, 2003, p.80.

20 OLIVEIRA, Fátima. *O estado da arte da regulamentação do “bebê de proveta no Brasil”* **blog saúde com a Dilma**, LOCAL, 14. ago. 2011. Disponível em: <<http://www.saudecomdilma.com.br/index.php2> 9/05/2011. Acesso em: 14/08/2011.

21 QUEIROZ, Victor Santos. *Direito à procriação: fundamentos e conseqüências*. Teresina, 2006. In: **NAVEGANDI, Jus**, Artigo. Disponível em: <http://www.jus.uol.com.br/revista/texto/7_905. Acesso em: 03.set.11.

22 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, 1999 Apud LEVY, Laura Affonso da Costa, Inseminação artificial post mortem e a reflexão constitucional. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo, v.12 n 65, abr/maio, 2011, p. 21-43.

23 SOUSA, Douglas Cavallini de. VOLPIM, Lucas Rodrigues. **A responsabilidade civil no tocante à relação médico-paciente diante as técnicas de reprodução humana assistida**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 57, 30/09/2008. Disponível em: <http://www.Ambitojuridico=revista_artigos_leitura&artigo_id=5152. Acesso em: 09.09.2011.

24 SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. **Revista Direitos Fundamentais e Garantias**. v. 7, jan./jun, 2010, p.34. In: Disponível em: <<http://www.revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>. Acesso em: 13. set. 2011.

25 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.93.

26 THIESEN, Adriane e SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes, Bioconstituição e identidade genética na concepção dos direitos humanos. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XII, n 269, 31. mar. 2008, p. 32-34.

27 ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. **Derecho a la intimidad**, p. 175, apud MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. **El deber Del profesional frente a la intimidad de su cliente**, Revista da Facultad de Derecho de México, tomo XLIII, enero-abril de 1993, ns. 187,188.

O CONCEITO E A APLICAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO CIVIL LAW DIANTE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Camilo José D'Ávila Couto⁴
Alexandre Pereira Alvarenga⁵

RESUMO

Este trabalho busca analisar o conceito e o modo de aplicação do sistema de precedentes, investigando as origens históricas da tradição do *Common Law*, berço

⁴ Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (1993). Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC (2002). Pesquisador visitante - estágio doutoral - na Università degli Studi di Firenze - em Firenze (Itália), sob a orientação do Prof. Doutor Remo Caponi (2010). Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo - USP (2011). Juiz de Direito - TJES. Professor Faculdades Integradas de Aracruz - FAACZ. Desenvolve pesquisas na área de direito público e direito processual civil..

⁵ Graduando do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Aracruz.

deste sistema e confrontando a definição obtida com o sistema do *Civil Law* e as normas efetivadas pelo Código de Processo Civil de 2015.

Palavras-Chave: Precedentes, *Civil Law*, *Common Law*, *Código de Processo Civil de 2015*.

INTRODUÇÃO

A complexidade de alguns institutos é elemento que às vezes causa aversão aos operadores do direito. É mais fácil aplicar uma regra absoluta e imutável do que trabalhar com elementos voláteis que demandem um pensamento racional e crítico. Claramente, 'precedentes' não é um tema que está engavetado pela Doutrina e pelos pesquisadores do Direito, considerando ainda a massiva quantidade de artigos e pesquisas que tratam desse assunto.

De todo modo, mesmo diante da grande quantidade de trabalhos científicos que versam sobre o instituto dos Precedentes, mais ainda quanto a sua aplicação no *Civil Law*, há compreensões que se colidem, quanto à forma de utilização do presente instrumento de aplicação do Direito.

Assim, se faz necessário encarar o tema, aprofundando na sua origem, ou seja, no *Common Law*, para que seja possível chegar a uma compreensão de como deve ser sua aplicação no *Civil Law*.

Inevitavelmente será necessário por em confronto o que se conhece por precedente no Brasil e aquilo que ele realmente é, fazendo possível entender se a aplicação dada pela tradição brasileira é aquela adequada ao instituto.

Ademais, é crucial identificar se a vigência do novo Código de Processo Civil é a norma fonte do sistema de Precedentes no Brasil, e se os dispositivos trazidos pelo novo CPC são o que torna viável a instituição de um sistema de Precedentes no atual sistema de *Civil Law* ao qual o Ordenamento Jurídico brasileiro integra.

Tais questões, todavia, só podem ser esclarecidas se for compreendido o que são os precedentes e se seu conceito e características são mutáveis quando transitam de um sistema jurídico para outro, além disso, deve ser esclarecida a viabilidade de um sistema de precedentes no *Civil Law*, questionando-se a sua compatibilidade com essa tradição.

Para isso, não se pode negligenciar as origens históricas dos dois sistemas jurídicos aqui envolvidos e como essa origem foi relevante para o surgimento dos institutos conhecidos atualmente.

AS REVOLUÇÕES FRANCESA E GLORIOSA COMO ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO CIVIL LAW E DO COMMON LAW

Primeiramente é relevante estipular que, quando se discute as similitudes e as divergências entre o *Common Law* e o *Civil Law*, muito se utiliza o termo “sistema jurídico”, que remete o leitor ao entendimento de que se trata de um conjunto de regras apenas, ocorre que, tratar desses dois elementos e suas características é discutir um caráter mais ligado a um conjunto de atitudes e hábitos que são inerentes a eles.

Neste sentido:

“Ao se comparar civil law e common law [...] mais do que uma análise de sistemas jurídicos, em verdade, está se realizando uma comparação entre tradições jurídicas. Isso porque a tradição jurídica consistiria em perspectiva mais ampla sobre o fenômeno uma vez que a tradição legal não implica o conjunto de regras jurídicas acerca dos principais institutos jurídicos de determinado ordenamento jurídico.

[...]

A tradição jurídica consiste, verdadeiramente, em um conjunto de práticas, costumes e hábitos profundamente arraigados em uma comunidade, historicamente condicionados, a respeito da natureza do direito, do papel do direito na sociedade e na política, a respeito da organização e da operação adequada de um sistema legal, bem como a respeito da forma que deveria criar-se, aperfeiçoar-se, aplicar-se e ensinar-se o direito.” (MERRYMAN, 2007 apud, STRECK; ABOUD, 2015, p.21)

As características do Common Law são herança da Revolução Gloriosa, que muito diferente da Revolução Francesa, foi apoiada e encabeçada, também, pelos

magistrados da época. Dessa forma, a confiança que a burguesia inglesa depositava nos magistrados era claramente bem mais alta do que a que os burgueses franceses depositavam nos magistrados da França, esses apoiadores do Monarca.

Esse grau de confiança gerou efeitos distintos e antagônicos entre os sistemas, pois, enquanto no Common Law o Juiz era tido como um aliado da Burguesia na contenção dos poderes do soberano, no Civil Law, eram os magistrados, também, quem deveriam ser controlados.

Por tal motivo, foi construído no Civil Law uma perspectiva de que o Magistrado deveria apenas dizer o que já estava estabelecido na lei consagrada pelo Legislativo, não lhe sendo permitido interpretar para além, aquém, ou qualquer outro parâmetro que não estivesse nos moldes do texto legal.

O oposto foi construído no Common Law, onde o magistrado, aliado da revolução foi constituído de poderes para controlar os atos discricionários do soberano. O magistrado possuía liberdade para ditar os limites dos poderes do Monarca, cabendo ao Judiciário, também, proteger o povo dos atos discricionários do chefe de Estado.

Como consequência da Revolução Gloriosa na Inglaterra, surgiu o entendimento da “Supremacy of the English Parliament”, ou da Supremacia do Parlamento Inglês, tal concepção não pode e nem deve ser confundida com os parâmetros estabelecidos pela supremacia do legislativo e do princípio da legalidade instituídos na sociedade Francesa pós-revolucionária.

A Supremacia do Parlamento Inglês não instituiu o Judiciário como um órgão menor do que o legislativo, e nem limitou a atuação dos magistrados, pelo contrário, visava dar aos Juízes legitimidade para atuar em face das atrocidades e dos atos “soberânicos” do Monarca, no fim, a Supremacia do Parlamento Inglês tornou o Judiciário mais forte do que antes, com poderes que afetavam diretamente as decisões do Soberano.

Por outro lado, na sociedade francesa pós-revolucionária, origem do Civil Law, o entendimento da supremacia do legislativo e da estrita legalidade, visavam impor ao próprio Juiz, que era tido como aliado do Monarca, limites a sua atuação.

Esse entendimento estipulava que, apenas aquilo que era produzido pelo Parlamento era dotado de valor normativo (deôntico), ou seja, os dizeres do parlamento são os dizeres do Direito.

A consequência disso era que ao Juiz não era permitido empregar no texto legal qualquer valor interpretativo, assim, bastava ao juiz aplicar a norma na sua estrita legalidade, o que “amarrava” hermeneuticamente o Magistrado, o qual se via sem brechas para atuar no sentido de satisfazer as vontades do Soberano absolutista.

Diante dessa filosofia, surgiu a compreensão no Civil Law, do Juiz “*Boche de loi*”, ou Juiz Boca da Lei, pois, a única função deste era a de declarar o que o texto legal dizia e aplicar a lei ao caso que lhe era apresentado, sem, supostamente, empregar qualquer valor interpretativo ao texto. Contudo, como já superado, tal fato é impossível, ora, não importa quão fechado está o sentido do texto, sempre haverá necessidade de valoração interpretativa, pois inerente ao ato da leitura e compreensão dos textos e símbolos.

Esses aspectos colidentes entre a história Francesa e Inglesa, foram alguns dos que fizeram com que esses sistemas jurídicos se distanciassem de modo que o Common Law e Civil Law tomassem caminhos hermenêuticos e estruturais distintos. Contudo, mesmo trabalhando o Direito de formas diversas, conseguiram influenciar um ao outro no decorrer da história.

Compreendida a diferença entre os juízes pós-revolucionários da Inglaterra e da França, passa-se a perceber que tais elementos refletem no Civil Law e Common Law conhecido atualmente, delineando as características desses sistemas jurídicos tão icônicos no mundo atual.

Considerando o que foi exposto, percebe-se que o *Common Law*, construiu desde seus primórdios um ambiente propício ao surgimento do sistema de precedentes, o

que não ocorreu no *Civil Law*, pois, estabelecer um respeito a precedentes judiciais é delegar nas mãos dos magistrados um poder de editar normas, concretas e individuais, as quais, inclusive, podem repercutir em situações futuras para além da decisão do caso concreto, isso não é algo que se podia imaginar no sistema do *Civil Law* pós-revolucionário, tendo em vista que a pretensão da burguesia revolucionária era além de tudo, limitar os poderes dos juízes.

Após compreender esses elementos, deve-se ir ao ponto mais importante que é não confundir o Common Law com o sistema de precedentes e com o *Stare Decisis*, sendo prática equivocada, pois,

a elaboração de regras e princípios regulando o uso de precedentes e a determinação e aceitação da sua autoridade são relativamente recentes, para não se falar da noção de precedentes vinculantes, que é mais recente ainda. Além de o common law ter nascido séculos antes de alguém se preocupar com tais questões.” (SIMPSON, apud, MARINONI, Luiz Guilherme. 2016, p.30).

O sistema de precedentes e o *stare decisis* surgiram em momento distinto do Common Law, sendo o nascimento daqueles, posterior a este. O objetivo desses institutos jurídicos era garantir a igualdade e a segurança jurídica na aplicação do Direito ao jurisdicionado, fator que era delegado à letra da Lei na tradição do Civil Law, isso se deve, como dito anteriormente, às características adquiridas por cada sistema jurídico.

A doutrina de *stare decisis* resulta de um aperfeiçoamento do trabalho com o sistema de precedentes e visava realizar uma melhor distinção entre aquilo que é *ratio decidendi* e *obter dictum*, a fim de ser identificado aquilo que é vinculante e o que não é, proporcionando uma uniformidade ao sistema quanto à aplicação dos casos precedentes.

Enquanto o sistema de precedentes originalmente tratava de uma sequência de casos que serviriam de base para o julgamento de casos posteriores, o sistema do *stare decisis* identifica elementos de *ratio decidendi* em uma única decisão que poderão servir como fundamento para um outro caso análogo futuro. (BERMAN, p.275, apud, STRECK; ABOUD, 2015, p.45)

Diante disso, no Civil Law onde as atitudes dos magistrados eram tidas como uma extensão das forças e interesses do Monarca, a Lei foi instituída como fator absoluto para garantia da Segurança Jurídica e a Igualdade, tendo em vista que sua produção se dava unicamente pelo Poder Legislativo, dominado pela Burguesia revolucionária da época, cabendo aos juízes apenas aplicar a letra fria do texto legislativo.

Por outro lado, no Common Law, onde o magistrado era uma força que trabalhava em conjunto com a classe revolucionária, desenvolveu-se um ambiente propício a adoção do sistema de respeito obrigatório de precedentes e ao surgimento do *stare decisis*.

O COMPLEXO CONCEITO DE PRECEDENTES

Ao se tratar de precedentes deve-se ter em mente que não se consegue esgotar o tema em algumas páginas, tendo em vista a complexidade que detém esse instituto.

O objetivo desse tópico é identificar o modo como deve ser tratado o conceito de precedentes, numa compreensão mínima do conteúdo, a fim de se rechaçar constatações equivocadas e aplicações indevidas, de modo que firmem a própria natureza do elemento aqui abordado.

Primeiramente, deve ser entendido que a decisão judicial possui uma divisão interna quanto ao seu conteúdo, sendo uma parte vinculante e a outra não, configurando apenas uma opinião ou mesmo um comentário feito na decisão que nada tem relação com o Direito a ser aplicado no caso análogo, ao primeiro elemento se dá o nome de *ratio decidendi* e ao segundo, *obiter dictum*.

A *ratio decidendi* será sempre um fundamento da decisão, contudo, nem todos os elementos da fundamentação são *ratio decidendi*, podendo configurar um *dictum*, a depender do caso concreto. Desse modo, toda *ratio decidendi* é um fundamento, mas nem todo fundamento é uma *ratio decidendi*.

Caberá ao julgador no momento da valoração, identificar se o fundamento utilizado na decisão anterior configura uma *ratio decidendi* ou um *obiter dictum*. Essa análise deve ser feita de forma que sejam confrontados o caso anterior (precedente) com o posterior, sendo que, verificando-se a existência de similitudes entre as duas situações cotejadas, deverá, então, ser aplicado o precedente ao caso futuro, nos limites do elemento vinculante.

Contudo, existem situações específicas em que o precedente poderá ser superado ou não aplicado ao caso futuro, aqui não serão conceituados especificamente cada um, contudo, é relevante entender, de forma básica, a sua aplicação, a fim de se obter uma melhor compreensão do conceito de precedentes.

O precedente é a *ratio decidendi* e por meio dela vincula decisões futuras, tornando obrigatória a sua replicação a casos posteriores análogos, de todo modo, existem dois elementos que afastam a aplicação de um precedente, que é o *distinguishing* e o *overruling*, o primeiro é a identificação de que o caso futuro e o caso passado não são análogos, existindo elementos que os diferenciam e impedem assim a aplicação adequada do precedente, do outro lado, o *overruling* configura uma superação do entendimento firmado no caso anterior, o que também inviabiliza sua replicação.

A vinculação dada ao precedente não é algo que está positivada nos códigos dos países que adotam o Common Law, e nem mesmo é algo que está na Constituição desses países, assim como nos ensinam os Professores STRECK e ABOUD (2015, p.34): “O precedente possui uma *holding*, que irradia o efeito vinculante para todo o sistema. Isso não está na Constituição, nem na lei, e, sim na tradição. ”

Pois, o fato de serem seguidos os entendimentos firmados pelos precedentes não decorrem de uma vinculação normativa positivada, mas da própria concepção de que um sistema deve ser unificado e não admite decisões conflitantes sobre o mesmo tema.

Outro aspecto inerente aos precedentes judiciais vinculantes é que estes são fabricados e produzidos pensando no caso concreto que está sendo julgado, e não almejando a aplicação em casos futuros, pois, o precedente é antes de tudo uma

decisão que julgou uma situação concreta, sendo a ela primariamente vinculado, tendo sua aplicação em casos vindouros de forma incidental, apenas.

Percebe-se, assim, que a aplicação dos precedentes não se dá modo automático, mas demanda intenso trabalho hermenêutico e interpretativo, sendo tanto o caso precedente, como o caso futuro dependentes de um intenso debate, a fim de que se fique claro o que é *ratio decidendi* e o que é *obiter dictum*, o que é vinculante e o que não é, o que será objeto de aplicação para casos futuros e o que não será.

Como aspecto relevante dos precedentes deve ser identificado que há neles uma força vinculante horizontal e outra vertical, pois, de forma vertical o precedente vincula todos os tribunais que estão em situação hierarquicamente inferior ao do tribunal que proferiu a decisão a ser replicada, de todo modo, esse mesmo tribunal vincula a si mesmo e o julgamento dos casos futuros que vier a analisar, decorre daí uma vinculação horizontal. (MARINONI, Luiz Guilherme, 2016, p.94).

Por fim, deve ser identificado que o sistema de precedentes é instituto de natureza única e que detém características específicas, sendo definido pelos elementos aqui evidenciados, inerentes ao conceito e o modo de se tratar esse instituto jurídico, independente da tradição em que será aplicado.

Desse modo, utilizar do sistema de precedentes judiciais e do *stare decisis* sem se atentar às características aqui expostas é prática equivocada, pois, sem os fatores básicos inerentes a esses institutos o que se aplica é outra coisa, que não precedentes e *stare decisis*.

Isto posto, é vital tratar da diferenciação entre Jurisprudência, Súmula e Precedentes, pois, embora considerados por muitos como se fossem a mesma coisa, cada um desses institutos é um elemento diferente que possui características próprias.

A súmula, seja ela vinculante ou comum, é um enunciado, extraído de uma reiteração de julgamentos a respeito de determinado tema, o objetivo desse instituto é promover uma uniformização na aplicação do direito pelos juízes e tribunais de hierarquia inferior ao Tribunal que editou o texto da súmula. A principal característica das

Súmulas é que reduzem, assim como a lei, a norma a um verbete, limitando a interpretação a ser empregada na aplicação (STRECK; ABBOUD, 2015, p. 68-80).

A jurisprudência, por outro lado, representa a reiteração de decisões a respeito de casos semelhantes, cuja principal finalidade é a identificação de regras que foram aplicadas em todos os julgamentos, as quais poderão ser reduzidas em verbetes sumulares, sendo assim, é pelo fato de haver reiteração de decisões sobre o mesmo fato que se replica aquele entendimento no momento de julgar um novo caso semelhante. (STRECK; ABBOUD, 2015, p.107)

O precedente, como já visto e discutido aqui, pode ser retirado de um único julgado apenas, e isso o difere da Jurisprudência que demanda uma reiteração de julgados, além disso, o precedente, no momento de sua aplicação, requer um trabalho hermenêutico exaustivo, fazendo “links” entre o caso passado (precedente) e o caso futuro, a fim de ser afastada a aplicação do *distinguishing* e do *overruling*, e identificada a *ratio decidendi*, o que o diferenciara da Súmula, cujo objetivo principal é limitar a atividade interpretativa do julgador.

Assim, entender esses institutos como sinônimos importa em um erro imenso, que é cometido por muitos operadores do direito, os quais não se aprofundam no estudo desses instrumentos jurídicos.

O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A ADOÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL

O Código de Processo Civil de 2015 é norma fruto de tradição jurídica do Civil Law, que é aquela vigente no ordenamento jurídico Brasileiro.

Muito se discutiu o fato de o Código trazer nos artigos 926, 927 e 928 referências aos termos Precedente e Jurisprudência e diante disso ter inaugurado no ordenamento jurídico Brasileiro um sistema de precedentes vinculantes, tendo em vista que as decisões elencadas no artigo 927 são normativamente vinculantes por força de lei.

No presente caso o aspecto mais relevante para análise é identificar se as decisões elencadas no artigo 927 do Código de Processo Civil podem ser conceituadas como precedentes e se diante disso foi instituído um sistema de precedentes vinculantes no atual ordenamento jurídico.

O artigo 927 assim está positivado:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Nesse ponto é necessário compreender que os provimentos jurisdicionais elencados pelo artigo 927 se tratam de institutos diferentes, pois, o controle concentrado não é a mesma coisa que súmulas vinculantes, que não é igual a súmulas comuns, de modo que, cada provimento elencado tem uma função específica que não se assemelha a função dos demais.

Autor que corrobora a compreensão aqui firmada é Luiz Guilherme Marinoni:

A norma diz que os juízes e tribunais devem observar hipóteses que não guardam qualquer homogeneidade. Mistura decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em Controle Concentrado de Constitucionalidade, súmulas, decisões tomadas em vias de solução de casos ou questões repetitivas e orientação do plenário do órgão especial, mas surpreendentemente, nada diz sobre precedente, *ratio decidendi* ou fundamentos determinantes da decisão” (2016, p.284-285)

Aqui cabe lembrar que não são sinônimos os termos súmula e precedente, fato já abordado previamente, além disso, do mesmo modo, não são sinônimos o termo precedente e os demais institutos trazidos pelo artigo 927 do Código de Processo Civil.

Primeiro, deve ser reiterado que um precedente é antes de tudo um caso concreto já julgado, cuja pretensão primária do julgador não era criar uma regra de julgamento que pudesse ser replicada a casos futuros, mas apenas analisar o caso concreto delegado a ele, a fim de que fosse dirimida a lide presente na situação.

A aplicação do entendimento firmado pelo julgado é apenas incidente, ou seja, acontece porque tempos depois algum outro julgador se deparou com uma lide semelhante àquela resolvida pelo julgador primário e diante das similitudes entres os casos, o julgador secundário, a fim de permitir uma coerência no sistema, aplicou a mesma regra de julgamento ao caso posterior, entendendo que os fundamentos da decisão primária eram relevantes e vinculantes.

Desse modo, a função primária de um precedente nunca será a de um instrumento desenvolvido para solucionar casos futuros, de modo que, todo precedente é uma decisão, contudo, nem toda decisão será um precedente e não cabe ao julgador primário ou ao legislador decidir se aquela decisão será, ou não, um precedente, mas as peculiaridades dos casos futuros que forem levados ao judiciário.

Portanto, pode-se concluir que há uma diferença entre os provimentos elencados pelo artigo 927 e o conceito de precedente, pois, aqueles são previamente estabelecidos pela lei para serem naturalmente vinculantes, ou seja, já são produzidos tendo em vista que serão utilizados para soluções de casos futuros, o que torna a sua produção diferente daquela destinada aos precedentes, cuja aplicação a casos futuros se dá apenas de modo incidental.

Outro aspecto que é relevante para a diferenciação entre Precedentes e os provimentos do artigo 927 é a razão da vinculação de cada um, ora, não se discute aqui se os dois são vinculantes ou não, porque obviamente são, contudo, a origem da vinculação.

Pois, como já visto, a vinculação dada aos precedentes decorre da tradição jurídica do Common Law, de modo que, o Juiz aplica obrigatoriamente um precedente a um caso semelhante porque na prática desse sistema jurídico construiu-se ao longo de sua história uma compreensão que os mesmos fundamento utilizados em uma

decisão anterior deveriam ser replicados a casos semelhantes futuros, a fim de permitir o respeito a unicidade do ordenamento.

Assim, não foi necessária nenhuma norma positivada para que os magistrados respeitassem essa regra de julgamento, mas a própria compreensão de que o Common Law era um elemento único e indivisível que não permitia duas respostas para o mesmo caso.

De certo que a doutrina dos precedentes no Common Law foi se aperfeiçoando e superou o mero entendimento de replicação de casos, desenvolvendo regras de utilização do próprio sistema de precedentes, como as concepções de *stare decisis*, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*.

Por outro lado, o que o Código de Processo Civil Brasileiro traz em seu artigo 927 é uma norma positivada que obriga devido a força vinculante atribuído à lei, diante disso, percebe-se um ponto relevante, aqui o que vincula não é a decisão e seus fundamentos, mas a própria lei com um efeito incidente sobre os provimentos descritos nos incisos.

Desse modo, pode-se enfim dizer que os provimentos elencados no artigo 927 não são precedentes, independente do termo utilizado por aquele que “lança mão” dos referidos artigos, pois não são cumpridos alguns requisitos essenciais inerentes ao conceito de precedentes.

Discernido esse fator, deve-se compreender o que são os provimentos trazidos pelo artigo 927, tendo em vista que não são precedentes.

Segue-se o entendimento firmado por Lênio Streck e Georges Abboud, de que os incisos do artigo 927, trazem algo que será denominado “Provimentos Judiciais Vinculantes”, pois, ora, são provimentos judiciais e por força da lei, são vinculantes, devendo ser aplicados nos casos concretos:

O precedente judicial do sistema do *stare decisis* não pode ser equiparado à atribuição de efeito vinculante à jurisprudência dos tribunais superiores, nos moldes do julgamento dos processos repetitivos [...] e ampliado para outros

provimentos conforme estabelece o artigo 927 do NCPC. Prova de que essa equiparação não é possível está no próprio 927, que ao elencar o rol de provimentos vinculantes, em nenhum momento, mencionou o *precedente judicial*.” (2015, p.105).

Nomear os institutos elencados pelos incisos do art. 927 dessa forma não é negar a eles a sua vinculação, mas apenas reconhecer que não cumprem requisitos básicos para serem chamados de precedentes sob pena de ser deturpado aquilo que os precedentes são de fato.

A NECESSIDADE DO RESPEITO A UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO E O SISTEMA DE PRECEDENTES

Para compreender se é possível ou não a aplicação de um sistema de precedentes no *Common Law* ou se há uma incompatibilidade entre esse instituto e a tradição jurídica adotada no Brasil, deve-se ter em mente que o ordenamento jurídico é um ente complexo formado por inúmeras normas jurídicas.

Essa linha de pensamento tem fundamento nas lições de Norberto Bobbio, o qual concebia como objeto do estudo do direito o ordenamento jurídico e não a norma jurídica, especificamente como fazia Kelsen.

Um fator que caracteriza o pensamento de Bobbio é compreender o ordenamento jurídico como um conjunto sistemático, ou seja, o ordenamento jurídico é um ente complexo composto por normas jurídicas individualmente consideradas, que estão conectadas por uma relação-dever de compatibilidade.

Diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis.” (BOBBIO, Norberto, 1995, p.80)

Após essa compreensão percebe-se que o ordenamento jurídico por ser um sistema, não admite a existência de antinomias, em outras palavras, normas distintas que veiculam mandamentos incompatíveis entre si.

Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, quer dizer que as normas de um ordenamento têm um certo relacionamento entre si, e esse relacionamento é o relacionamento de compatibilidade, que implica a exclusão da incompatibilidade” (BOBBIO, Norberto, 1995, p.80)

Desse modo, não pode o ordenamento jurídico, permitir a coexistência de normas incompatíveis entre si, sob pena de haver uma incoerência interna dentro do próprio sistema.

Ademais, ainda é importante frisar que o ordenamento jurídico não é exclusivamente composto por normas gerais e abstratas, estas produzidas pelo legislador, mas também compreende as normas individuais e concretas produzidas pelos magistrados.

Bobbio entendia que esse dever de compatibilidade se aplica a dois indivíduos, o produtor da norma, que é o legislador e ao aplicador, considerado como o magistrado, ao primeiro havia a imposição de não criar antinomias e ao segundo, o dever de retirá-las do ordenamento quando se deparasse com elas.

Aqui é necessário frisar que já foi superada a compreensão do juiz *boche de laloi*, de modo que o juiz deixa de ser apenas um aplicador da norma, para ser um produtor de normas individuais e concretas.

Por tal motivo, esse dever de não produzir antinomias e de compatibilidade entre normas se estende também aos magistrados, não sendo exclusivamente aplicado ao legislador no momento de produzir normas gerais e abstratas, mas também aos juízes quando produzem normas individuais e concretas.

Pois, um ordenamento jurídico deve ser coerente de modo que as normas sejam compreendidas pelo jurisdicionado e que este não se veja confundido com decisões contraditórias sobre casos semelhantes.

O ordenamento jurídico deve emanar segurança àqueles que estão submetidos a ele, de modo que saibam de antemão as consequências pelos seus atos, sejam positivos ou negativos, em conformidade ou discordância com o ordenamento.

Há várias formas de se garantir a segurança jurídica, no sistema de *Civil Law* a segurança é depositada, primariamente, na lei que deve ser aplicada de modo uniforme a todos os homens, na medida das desigualdades de seus casos.

Constituição Federal da República Federativa do Brasil:
Artigo 5º, Caput: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]

Por outro lado, no *Common Law* essa estabilidade jurídica é confiada no sistema de precedentes, não abominando, entretanto, a edição de leis:

De qualquer forma, se, no primitivo direito inglês, havia baixa produção de leis, isso não ocorre no *common law* contemporâneo. É provável que um estado típico dos Estados Unidos tenha tanta legislação quanto um país europeu ou latino-americano, a qual obviamente deve ser interpretada pelos juízes.” (MERRYMAN, John Henry, 2007, p.47, apud, MARINONI, Luiz Guilherme, 2016, p.32).

Nessa mesma linha de pensamento, o *Civil Law* não se opõe a utilização do sistema de precedentes, podendo e devendo ser utilizado nesse.

Entretanto, não é a imposição legal que tornará a aplicação de precedentes judiciais e o *stare decisis* uma tradição no atual ordenamento jurídico brasileiro, principalmente, considerando que lei e precedentes não se confundem.

Assim, não há óbice na aplicação do sistema de precedentes em uma tradição jurídica como o *Civil Law*, sendo necessário ponderar, contudo, que a utilização de precedentes não pode e nem deve ser tida como uma imposição legal, pois, a sua concepção não decorre da aplicação de uma norma positivada, mas da unicidade normativa emanada do próprio ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

Assim, pode-se perceber que a conceituação e aplicação dos precedentes é algo absolutamente complexo, mais ainda quando se tem por base um sistema de *Civil*

Law. Compreender as especificidades desse instrumento jurídico demanda mais do que uma leitura superficial.

O conceito de precedente judicial supera os enunciados de súmula e as ementas dos julgados, sendo sua estrutura muito mais labiríntica do que aquilo que acostumadamente se compreende como tal.

É possível perceber ainda a relevância do contexto histórico na construção da estrutura das tradições jurídicas do *Common Law* e *Civil Law*, e como tais influências refletiram no surgimento dos precedentes no sistema jurídico anglo-saxônico e não no latino-germânico.

Obviamente, o conceito de precedente não seria o que é sem as influências históricas e sociais que sofreu, portanto, sem dúvida alguma, em vão é um estudo do presente instituto sem um aprofundamento no seu passado.

Outrossim, não se pode entender o que é um precedente judicial sem dissecar o instituto e saber reconhecer as suas partes, quando unidas no todo, ou seja, é necessário que o jurista saiba identificar a “*ratio decidendi*” e o “*obiter dictum*” quando estiver diante das decisões judiciais, que naturalmente são complexas e compostas por partes que podem ser vinculantes ou não.

Tendo isso em mente, não se pode equivocadamente reduzir o conceito de precedentes judiciais àquilo que se conhece por súmula, jurisprudência ou até mesmo aos institutos trazidos pelo artigo 927 do Código de Processo Civil, sendo diferentes quanto ao conteúdo, estrutura, origem e extensão da vinculação, além de outros elementos que afastam os precedentes dos demais institutos.

Claramente foi possível identificar que o Código de Processo Civil não instituiu um sistema de precedentes, haja vista que a vinculação deste decorre da unicidade do próprio ordenamento jurídico, não emanando de uma norma específica, mas do todo normativo.

A unicidade do ordenamento jurídico sempre esteve aí, ignorado por muitos juristas brasileiros.

Não é necessário que o legislador institua uma nova ordem jurídica para que se façam vinculantes os precedentes judiciais, basta apenas que os cientistas do direito aprendam a trabalhar com um instrumento que o ordenamento instituiu para sua própria manutenção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior Tradução de Maria Celeste C. J. Santos, Revisão Técnica de Cláudio de Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6. ed. 1995.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei 13.105 de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira.; SARLET. Ingo Wolfgang.; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

DIDIER JR., Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4.ed.rev.atual e ampl. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. v. 3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. et al. *Novo CPC - fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PRODUÇÃO DE PROVAS NA 2ª INSTÂNCIA EM ÂMBITO RECURSAL E O CPC/15

Camilo José D'Ávila Couto ¹
Andréa Cristina Cazarim²

RESUMO

O trabalho tem por objetivo examinar a possibilidade, ou não, de produção de provas em segunda instância, ou seja, em instância recursal. O exame das noções de tutela jurisdicional, acesso à justiça, direito à prova e as regras do CPC/15, revelam que é sim possível a provas em segundo grau, ou seja, em instância recursal.

Palavras-chave: Acesso à justiça, direito à prova, segundo grau.

INTRODUÇÃO

O processo é instrumento da jurisdição cuja finalidade é a resolução de conflitos jurídicos.

Os conflitos jurídicos podem surgir de desacordos vários, desde a interpretação da lei até os aspectos fáticos do caso. Os sujeitos do conflito podem concordar que os fatos se deram de determinada forma, mas divergem sobre os efeitos jurídicos dele decorrentes. Mas eles podem divergir dos aspectos fáticos, um dizendo que tal fato ocorreu e o outro negando que o fato tenha ocorrido ou que tenha se dado de determinada forma.

¹Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (1993). Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC (2002). Pesquisador visitante - estágio doutoral - na Università degli Studi di Firenze - em Firenze (Itália), sob a orientação do Prof. Doutor Remo Caponi (2010). Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo - USP (2011). Juiz de Direito - TJES. Professor Faculdades Integradas de Aracruz - FAACZ. Desenvolve pesquisas na área de direito público e direito processual civil.

² Graduanda em Direito nas Faculdades Integradas de Aracruz/ES.

Quando se tem desacordo fático, ou seja, sobre a ocorrência mesma do fato ou sobre como ele ocorreu, a única forma de que dispõe o Estado-juiz para pacificar o conflito com justiça é decidir conforme a verdade, ou seja, de acordo com o que efetivamente aconteceu. Para tanto, ele necessitará de elementos capazes de demonstrar se e como os fatos ocorreram. Em suma, ele necessitará de provas.

Ante a necessidade de que o processo produza resultados úteis e justos, é imprescindível que o juiz tenha acesso às provas necessárias para bem julgar. Mas é raro o julgamento se encerrar em primeiro grau, sendo muito mais comum as partes recorrerem à segunda instância pleiteando o reexame da causa.

Em regra, os julgadores de segundo grau apenas reexaminarão o material sobre o qual se debruçou o julgador de primeiro grau, ou seja, os argumentos e provas a este submetidos.

Pode acontecer, porém, de os julgadores de segundo grau sentirem a necessidade de mais provas para bem julgar, seja por considerarem que foram produzidas poucas provas, seja por considerarem que as provas foram mal produzidas.

Assim, o trabalho visa examinar a possibilidade ou não de produção de provas em segundo grau. Examinando as noções de tutela jurisdicional, acesso à justiça, direito à prova e as regras do CPC/15, se verificará que a resposta é positiva, ou seja, é possível determinar a produção de provas em segundo grau, como se passa a demonstrar.

1. TUTELA JURISDICIONAL

No mundo, os bens são finitos, mas o desejo de acessá-los é infinito. Entre essa escassez de bens e abundância de desejos surge o conflito entre os sujeitos desejosos.

Os conflitos podem ser de várias ordens, morais, econômicas, afetivas, esportivas e jurídicas. Importam-nos os conflitos jurídicos, ou seja, aqueles estabelecidos em torno de bens juridicamente relevantes e pelo direito regulados.

Os conflitos podem ser resolvidos consensualmente. Os sujeitos do conflito encontram pontos de equilíbrio e se resolvem pacífica e civilizadamente.

Mas os conflitos podem não encontrar solução consensual. Pelas mais variadas razões, os sujeitos do conflito são incapazes disso. Se não foi possível uma solução pacífica, nem por isso pode deixar de ser civilizada.

O modo de solução civilizada de conflitos não resolvidos consensualmente é o processo. O processo existe para resolver conflitos. Esse é o seu fim. Sem conflito, o processo não tem nenhuma razão de ser.

A solução do conflito pode ser denominada de tutela jurisdicional, assim compreendido o “amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num litígio deduzido em processo”³.

Mais amplamente, a tutela jurisdicional

consiste na melhoria da situação de uma pessoa, pessoas ou grupo de pessoas, em relação ao bem pretendido ou à situação imaterial desejada ou indesejada. Receber tutela jurisdicional significa receber sensações felizes e favoráveis, propiciadas pelo Estado mediante o exercício da jurisdição⁴.

Assim,

em um processo no qual litiguem dois sujeitos em posições antagônicas, só um deles receberá a tutela jurisdicional. Poderá ser o autor, mas também poderá ser o réu, conforme a convicção do juiz e, conseqüentemente, conforme o teor da sentença que pronunciar. A dialética do processo de conhecimento, pondo ordinariamente em choque a *tese* do autor e a *antítese* do réu, conduz à *síntese* representada pela sentença; e o julgamento contido nesta será no sentido ditado pelo contexto dos fatos confirmados ou não pelas provas, pela qualificação desses fatos em determinada categoria jurídico-substancial (v.g. mútuo, depósito, responsabilidade contratual ou extracontratual *etc.*) e pela correta interpretação dos textos jurídicos⁵.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V.I. 6ª Ed. Malheiros. 2009, p. 107.

⁴ *Ibid.*, p. 107.

⁵ *Ibid.*, p. 108.

Em síntese, prestar tutela jurisdicional é outorgar proteção jurídica a quem tem razão em um conflito de interesses juridicamente relevantes. É para isso que o processo jurisdicional serve.

2. ACESSO À JUSTICA

O art. 5º, XXXV, CF/88, prescreve que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Como está claro, o referido dispositivo assegura o direito à tutela jurisdicional aos implicados em conflitos juridicamente relevantes.

Conforme ensina Cândido Rangel Dinamarco, para se falar em acesso à justiça

não basta alargar o âmbito de pessoas e causas capazes de ingressar em juízo, sendo também indispensável aprimorar internamente a ordem processual, habilitando-a a oferecer resultados úteis e satisfatórios aos que se valem do processo⁶.

Isso demonstra que o direito de ação constitucionalmente garantido se caracteriza pela aptidão do processo de produzir resultados, ou melhor, de conceder efetiva proteção a quem tem razão.

Como ensinam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero

o direito de ação deixou de ser pensado apenas em *perspectiva conceitual* e passou a ser pensado também em uma *perspectiva funcional*. (...). Isso significa que o direito de ação deixou de ser confundido com o direito de demandar e passou a ser compreendido como o direito à tutela adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo. Com isso, abriu-se a oportunidade para o direito de ação incorporar técnicas processuais capazes de viabilizar a *tutela específica dos direitos* (técnicas de distribuição do ônus da prova, técnicas antecipatórias, técnicas de julgamento, sentenças diferenciadas e técnicas executivas idôneas) (...). Tudo isso significa que pensar o direito de ação como simples direito à sentença constitui página virada na história da cultura processual civil. É preciso compreendê-lo como direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo⁷.

Arrematando a importância do processo civil de resultados como fim-último do direito fundamental de ação, escreve Cândido Rangel Dinamarco:

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V.I. 6ª Ed. Malheiros. 2009, p. 117.

⁷in *Novo Curso de Processo Civil*. V.1. 2ª Ed. RT. 2016, p. 342-343.

as promessas e limitações residentes nas diversas garantias constitucionais e interligadas pelo fio condutor que é o devido processo legal têm um só e único objetivo central, que é o *acesso à justiça*. O processo justo, celebrado com meios adequados e produtor de resultados justos, é portador de tutela jurisdicional a quem tem razão, negando proteção a quem não a tenha. Nem haveria justificativa para tanta preocupação com o processo, não fora para configurá-lo, de aperfeiçoamento em aperfeiçoamento, como autêntico instrumento de condução à *ordem jurídica justa*. Tal é o que se propõe quando se fala em *processo civil de resultados*⁸.

Ora, se justo é o processo que outorga tutela jurisdicional a quem tem razão, ou seja, àquele a quem assiste a verdade, tem-se que a adequada e ampla produção de provas é fundamental para a realização da garantia do acesso à justiça.

3. DIREITO À PROVA

Em geral, as leis processuais disciplinam o direito probatório, indicando tanto regras gerais quanto específicas, minudenciando cada tipo de prova em espécie.

A título de exemplo, o Código de Processo Civil apresenta regime probatório nos arts. 369 e 483, sem prejuízo de outras regras espalhadas ao longo de suas disposições, ocorrendo o mesmo com o Código Civil, que contém regras gerais (arts. 212 a 232) e específicas (v.g. arts. 1.543 a 1.547) sobre provas.

Nesses termos, parece clara a existência de um direito à prova. Não fosse assim, faltaria razão para existir dispositivos consagrando e disciplinando o direito probatório.

Mas é importante verificar se tal direito possui um fundamento constitucional. Afinal, se houver, eventuais restrições a ele deverão gozar de justificativa perante a ordem constitucional, sendo clara a relevância desse ponto para o objeto deste estudo.

Nenhum dispositivo da Constituição reconhece expressamente um direito à prova. Há regra de exclusão, presente no art. 5º, LVI, segundo o qual, “são inadmissíveis, no

⁸*in Instituições de Direito Processual Civil*. V.I. 6ª Ed. Malheiros. 2009, p. 253.

processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Falta, porém, uma disposição positiva, reconhecendo expressamente o direito à prova.

Nada obstante, a doutrina é unânime em reconhecer o *status* constitucional do direito à prova, a ponto de dizer que há um direito fundamental à prova.

Como adverte Cândido Rangel Dinamarco, “a imensa importância da prova na experiência do processo erigiu o *direito à prova* em um dos mais respeitados postulados inerentes à garantia política do devido processo legal”⁹.

Especificamente, situa o direito à prova como um corolário da garantia do contraditório: “para cumprir a exigência constitucional do contraditório, todo modelo procedimental descrito em lei contém e todos os procedimentos que concretamente se instauram devem conter momentos para que cada uma das partes *peça, alegue e prove*”¹⁰.

Concorda-se com tal entendimento, sobretudo porque hoje o contraditório é entendido como garantia de informação, reação, influência e não surpresa¹¹.

O processo é dialógico, estrutura-se por uma lógica dialética. A formulação *tese-antítese-síntese* se faz presente, em suma, pela postulação de uma parte (*tese*), pela resistência da outra (*antítese*) e pela decisão do juiz (*síntese*). O caráter dinâmico do processo e, conseqüentemente, do contraditório, faz com que nem sempre a *tese* seja apresentada pelo autor e a *antítese*, pelo réu, embora a *síntese* sempre caiba ao juiz. De todo modo, a estrutura dialética sempre estará presente.

Resumidamente, o processo se inicia com a postulação do autor. Ali ele já exerce parcialmente o contraditório, pois apresenta alegações, eventuais provas e formula pedidos, visando convencer o juiz das suas razões (*tese*). Por outro lado, o réu só poderá exercer semelhantes situações jurídicas processuais quando tiver ciência da postulação do autor. Tal é a manifestação do contraditório como *informação*. E apenas

⁹ in Segunda Perícia e Direito à Prova. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4ª ed. V. I. Malheiros. 2001, p. 463.

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. O Princípio do Contraditório e sua Dupla Destinação. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4ª Ed. Malheiros. 2001, p. 126.

¹¹ A propósito, conferir: THEODORO JR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e Sistematização*. Forense. 2015, p. 83-116.

depois disso é que o réu poderá exercer o contraditório, apresentando alegações, pedidos e provas, visando convencer o juiz das suas razões (*antítese*). Eis aí o contraditório como *reação*. Como dito, nada impede que o réu alegue fato novo, quando se terá uma *tese* que deverá ser submetida à reação do autor, para apresentação da sua *antítese*.

Mas o contraditório não é exercido plenamente apenas com as garantias de informação e reação. Elas são fundamentais, mas insuficientes. A manifestação tem de ser tal que oportunize uma efetiva capacidade de influir no convencimento do juiz, ou seja, as alegações e provas das partes devem ser consideradas detida e expressamente pelo juiz em sua decisão. Eis o contraditório como garantia de *influência*. Esse contraditório efetivo pode ser lido, com Ovídio Baptista da Silva, como exigência de que o juiz forneça respostas às postulações das partes:

tendo em vista a natureza dialógica do processo, é necessário que o julgador assegure o contraditório efetivo a ambas as partes, compreendido nesse princípio o direito, reconhecido a ambos os litigantes, não apenas de alegar e provar as suas alegações, mas, fundamentalmente, o direito, reconhecido tanto ao vencedor quanto ao vencido, de obter “respostas” para suas alegações e provas¹².

Importante notar que não se mostra suficiente a indicação, pelo juiz, das razões do seu convencimento, tendo ele de explicitar, igualmente, as razões pelas quais não se convenceu dos argumentos e provas contrários ao da solução vencedora. Principalmente porque a exigência encontra-se positivada no art. 489, § 1º, IV, CPC, segundo o qual não se considera fundamentada a decisão que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. Em suma, o julgador deve explicitar a valoração do labor argumentativo e probatório tanto do vencedor quanto do vencido.

Nota-se uma forte conexão entre o contraditório e o dever de fundamentação, pois aquele exige que esta abranja toda a atividade das partes, expressando se e como elas influíram no convencimento do julgador. Daí Daniel Mitidiero afirmar que “o dever

¹²in *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Forense. 2008, p. 152.

de motivação das decisões judiciais é *inerente* ao Estado Constitucional e constitui verdadeiro *banco de prova do direito ao contraditório* das partes”¹³. E acrescenta:

o problema da extensão do dever de motivação das decisões judiciais tem de ser resolvido à luz do contraditório. É por essa razão que o nexo entre os conceitos é radical. E a razão é simples: a motivação das decisões judiciais constitui o último momento de manifestação do direito ao contraditório e fornece seguro parâmetro para aferição da submissão do juízo ao contraditório e ao dever de debate que dele emana¹⁴.

De fato, sem que o juiz responda a atividade postulatória das partes não se tem como saber, efetiva e objetivamente, a extensão da influência delas na formação do seu convencimento. Não se trata de confiar ou não no juiz, mas da necessidade de que ele exerça seu poder legitimamente, dentro dos limites constitucionais, sendo a motivação um limite ao exercício do poder jurisdicional.

No exame de casos particulares, com ou sem aplicação desses parâmetros aproximativos, um critério fundamental deve prevalecer, que é o do *dever de motivação como elemento de limitação ao poder do juiz*. É inerente à garantia constitucional do devido processo legal a oposição de limites ao poder estatal como um todo, que o juiz exerce *sub specie jurisdictionis*. Decidir sem fundamentar suficientemente é exercer o poder sem dar atenção às partes e aos órgãos superiores da Magistratura, a quem compete, pela via dos recursos que lhe chegam, examinar os motivos expostos e se pronunciar sobre eles – seja para confirmá-los, seja para repudiá-los. E isso, como chega a ser intuitivo, não só viola as exigências de motivação postas pela lei e pela Constituição, como ainda desconsidera as exigências do *due process of law*¹⁵.

Consequência de tudo isso é a absoluta impossibilidade de o juiz decidir qualquer questão antes de submetê-la à manifestação das partes. Isso vale para questões incidentes e principais, inclusive aquelas cognoscíveis de ofício. Não se pode confundir o fato de uma questão poder ser decidida de ofício com o fato de ela poder ser decidida sem antes ouvir as partes. O fato de que determinadas questões só podem ser decididas pelo juiz se for provocado pelas partes não autoriza concluir que ele pode decidir as questões cognoscíveis de ofício sem antes provocar a manifestação das partes. Fredie Didier Jr explora esse ponto:

¹³ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a partir da Decisão Judicial. *in* A Força dos Precedentes – Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR – org. MARINONI, Luiz Guilherme. 2ª Ed. Jus Podivm, 2012, p.125.

¹⁴ Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a partir da Decisão Judicial. *in* A Força dos Precedentes – Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR – org. MARINONI, Luiz Guilherme. 2ª Ed. Jus Podivm. 2012, p. 126-127.

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. O Dever de Motivar. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4ª Ed. V. II. Malheiros. 2001, p. 1080.

E, aqui, entra uma distinção que é muito útil, mas pouco lembrada. Uma circunstância é o juiz poder conhecer de ofício, poder agir de ofício, sem provocação da parte. Outra circunstância, bem diferente, é poder o órgão jurisdicional agir sem ouvir previamente as partes. *Poder agir de ofício é poder agir sem provocação; não é o mesmo que agir sem provocar as partes, que não lhe é permitido*¹⁶ (destaques do original).

Trata-se do contraditório como garantia de *não surpresa*, positivado no art. 10, CPC:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Em síntese, salta-se da dimensão meramente formal do contraditório como bilateralidade da audiência, ou seja, como *informação e reação*, para a dimensão substancial do contraditório, compreendido também como *influência e não surpresa*.

Assim, é possível compreender o direito à prova como corolário do contraditório substancial, afinal a prova é elemento de influência por excelência. Daí o contraditório como garantia de influência ser o fundamento constitucional do direito à prova. Mesmo porque, sem provas a parte exerce pouca ou nenhuma influência sobre o convencimento do juiz. Daí não se poder pensar em dimensão substancial do contraditório sem que nisso esteja inserido o direito à prova.

É precisamente este o entendimento de Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael de Alexandria Oliveira: “o direito à prova é conteúdo do direito fundamental ao contraditório. A dimensão substancial do princípio do contraditório o garante. Nesse sentido, o direito à prova também é um direito fundamental”¹⁷. Referidos autores também ensinam que o direito à prova compõe-se das seguintes situações jurídicas:

a) o direito à adequada oportunidade de requerer provas; b) o direito de produzir provas; c) o direito de participar da produção da prova; d) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; e) o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida¹⁸.

¹⁶ in *Curso de Direito Processual Civil*. V.1. 17ª Ed. Jus Podivm. 2015, p. 81.

¹⁷ in *Curso de Direito Processual Civil*. V.2. 11ª Ed. Jus Podivm. 2016, p. 46.

¹⁸ in *Curso de Direito Processual Civil*. V.2. 11ª Ed. Jus Podivm. 2016, p. 47.

Assim, fica fora de dúvida o fundamento constitucional do direito à prova¹⁹.

Vale ressaltar, ainda, o claro fundamento supralegal do direito à prova. Com efeito, julgando o Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, o STF decidiu que os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil e vigentes em nossa ordem jurídica interna gozam de *status* de supralegalidade, ou seja, acima das leis e abaixo da Constituição²⁰. Como o direito à prova está consagrado em dois tratados dessa natureza vigentes na ordem jurídica brasileira interna, a saber, no art. 8º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, incorporado pelo Decreto 678/92, e no art. 14.1, alínea “e” do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, incorporado no Brasil pelo Decreto 592/92²¹, conclui-se que a prova goza de condição supralegal no direito brasileiro. Se o direito à prova não tivesse assento constitucional, eventuais restrições a ele somente se justificariam à luz de normas supralegais.

Feitas essas considerações, tem-se claramente postos o fundamento constitucional do direito à prova e seu conteúdo. Importante referir, também, a finalidade desse direito fundamental, dado relevante para a determinação da produção de provas em segundo grau, questão que constitui o problema de pesquisa deste trabalho.

¹⁹ No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª Ed. RT. 2014, p. 743-750.

²⁰ Eis a ementa do referido julgado: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe 04-06-2009. PUBLIC 05-06-2009). A questão do *status* supralegal dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos está bem colocada no voto do Ministro Gilmar Mendes, cuja leitura se sugere, transcrevendo-se apenas o seguinte trecho: “O Supremo Tribunal Federal acaba de proferir uma decisão histórica. O Brasil adere agora ao entendimento já adotado em diversos países no sentido da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica interna. Se tivermos em mente que o Estado constitucional contemporâneo é também um Estado cooperativo - identificado pelo Professor Peter Haberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais-, se levarmos isso em consideração, podemos concluir que acabamos de dar um importante passo na proteção dos direitos humanos em nosso país e em nossa comunidade latino-americana. Não podemos nos esquecer que o Brasil está inserido nesse contexto latino-americano, no qual estamos todos submetidos a uma ordem comunitária em matéria de direitos humanos; uma ordem positiva expressada na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), cuja proteção jurídica segue avançando a passos largos pelo profícuo trabalho realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”.

²¹ DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. V.2. 11ª Ed. Jus Podivm. 2016, p. 46.

De acordo com Eduardo Cambi, o direito fundamental à prova tem por finalidade o alcance de uma tutela jurisdicional justa. Escreve o autor:

nesse contexto, a efetividade do direito à prova significa o reconhecimento da máxima potencialidade possível ao instrumento probatório para que as partes tenham amplas oportunidades para demonstrar os fatos que alegam', influenciando, assim, no convencimento do julgador²².

Registre-se que o direito fundamental à prova não é absoluto. O sistema possui inúmeras exceções ao direito à prova, seja em nível constitucional, como é o caso do já citado art. 5º, LVI, CF/88, que veda a produção de provas obtidas por meios ilícitos²³, seja em nível infraconstitucional, como é o caso das regras sobre o momento de produção da prova, que fixam preclusão, e das restrições de determinados tipos de provas em certos procedimentos (v.g. o procedimento do mandado de segurança, que não admite prova diversa da documental). Não importa aprofundar, aqui, todas as restrições probatórias no direito brasileiro, mas especificamente o modo como tais regras incidem, ou não, quanto à produção de provas em segundo grau.

Antes, porém, se faz necessário definir qual é o objeto da prova.

²²apud DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. V.2. 11ª Ed. Jus Podivm. 2016, p. 47.

²³ O tema da proibição da prova obtida por meios ilícitos é rico e palpitante, impossível de ser abordado nesse trabalho em razão dos seus próprios objetivos e limites. Para uma visão panorâmica desse assunto, recomenda-se a leitura de: NERY JR, Nelson. ABOUD, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro*. RT. 2017, p. 208-221. Apenas para ilustrar a riqueza do assunto, se transcreve duas passagens da referida obra: "A ilicitude do meio de obtenção da prova seria afastada quando, por exemplo, houver justificativa para a ofensa a outro direito por aquele que colhe a prova ilícita. É o caso do acusado que, para provar sua inocência, grava clandestinamente conversa telefônica entre outras duas pessoas. Age em legítima defesa, que é causa de exclusão da antijuridicidade, de modo que essa prova, antes de ser ilícita, é, ao contrário, lícita, ainda que fira o direito constitucional à inviolabilidade da intimidade, previsto na CF 5º X, que, como já se disse, não é direito absoluto" (cit. p. 209). Noutra passagem, elogiando decisão proferida pelo STF, escrevem os autores: "houve, no sistema constitucional anterior, decisão do STF negando eficácia à prova obtida ilicitamente. Com fundamento nessa decisão, tem-se generalizado a opinião de que, em ação de separação judicial, não pode ser feita prova de adultério por meio de gravação obtida por um dos cônjuges. (...) o caso encerrava hipótese em que o marido, já separado de fato da mulher, ingressara indevidamente na intimidade dela, que era a única assinante da linha telefônica, fazendo gravações clandestinas sem o conhecimento da mulher. A violação da intimidade foi patente e agiu com inteiro acerto o Pretório Excelso ao executar a prova ilicitamente obtida" (cit. p. 213).

Seria possível pensar que o objeto da prova são os fatos. Sem razão, porém. O objeto da prova são as alegações de fato, e não os fatos mesmos. A lição é de Cândido Rangel Dinamarco:

O objeto da prova é o *conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para todos os julgamentos a serem feitos no processo, não sendo esses fatos notórios nem presumidos*. Fazem parte dele as *alegações* relativas a esses fatos e não os fatos em si mesmos. Sabido que o vocábulo prova vem do adjetivo latino *probus*, que significa *bom, correto, verdadeiro*, segue-se que *provar* é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade. O *fato* existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. Não há fatos bons, corretos e verdadeiros nem maus, incorretos, mentiras. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de *prová-las*, ou seja, demonstrar que são boas e verazes²⁴.

Dito isto, resta saber quais alegações de fato podem ser objeto de prova.

Para Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, ao vedar a prova obtida por meios ilícitos, *a contrario sensu* a Constituição autoriza a admissão de qualquer prova lícita, assim por eles compreendida aquela que recai sobre alegação de fato controvertida, pertinente e relevante. Veja-se:

Uma prova é *admissível* quando a alegação de fato é *controvertida, pertinente e relevante*. A alegação é *controvertida* quando pendem nos autos duas ou mais versões a seu respeito. É *pertinente* quando diz respeito ao mérito da causa. E é *relevante* quando o seu esclarecimento é capaz de levar à verdade. Reunindo a alegação de fato todas essas *qualidades objetivas*, o juiz tem o dever de admitir a produção da prova²⁵.

Embora presente menor relevância prática, diga-se que também pode ser objeto de prova o direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário (art. 376, CPC). Ou seja, a parte que invocar tais direitos tem o ônus de prová-lo²⁶. A invocação do direito local ou estrangeiro exige o ônus de comprovar a sua vigência²⁷. O direito consuetudinário não possui vigência formal, razão pela qual deve ser demonstrado por todos os meios de prova em direito admitidos. A caracterização do direito

²⁴in *Instituições de Direito Processual Civil*. V.III. Malheiros. 2009, p. 57.

²⁵in *Curso de Direito Constitucional*. 3ª Ed. RT. 2014, p. 744-745.

²⁶ O STJ já decidiu que o juiz tem o dever de conhecer o direito do Estado e do Município em que tramita a demanda: REsp 98.377/DF, 1ª T., rel. Min. Garcia Vieira, j. 17.03.1998, DJ 03.08.1998, p. 84).

²⁷ Sobre a noção de ônus da prova, consultar: COUTO, José Camilo D'Ávila. *Dinamização do Ônus da Prova no Processo Civil. Teoria e prática*. Juruá. 2014. Em especial o capítulo 1, p. 17-47.

consuetudinário depende da cumulação de dois elementos: o uso e a *opinio juris necessitatis*. A propósito, ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

O uso é caracterizado pela prática reiterada de um ato no seio da sociedade. Essa prática deve estar incorporada na vida social, e, por isso, além de *pública*, obviamente não pode ser *episódica* e proveniente apenas de *algumas pessoas*. A *opinio juris necessitatis* consiste na convicção da necessidade da prática do ato para a obtenção de um efeito jurídico, ou seja, na convicção social da *necessidade jurídica* da prática do ato²⁸.

Feita essa observação, importa concentrar na afirmação anterior, qual seja, a de que o objeto da prova é a alegação de fato controvertida, pertinente e relevante.

4. PRODUÇÃO DAS PROVAS

4.1. A PRODUÇÃO DE PROVAS EM PRIMEIRO GRAU

Acabou de ser visto que o objeto da prova é a alegação de fato controvertida, pertinente e relevante. Resta ver o momento de produzir provas.

A doutrina ensina que o procedimento probatório possui quatro fases: proposição, admissão, produção e valoração da prova.

Na fase de proposição, a parte requer a produção de determinado meio de prova. Na fase de admissão, o juiz decide se a prova requerida tem por objeto alegação de fato controvertida, pertinente e relevante, deferindo a sua produção em caso positivo, e indeferindo em caso negativo. Na fase de produção da prova, desenvolve-se o procedimento previsto em lei (v.g. a juntada do documento, a realização da perícia, a oitiva da testemunha etc.). E na fase de valoração das provas, que se faz na decisão, o juiz atribuirá o valor que a prova exerceu sobre o seu convencimento²⁹.

Aqui, duas observações devem ser feitas.

²⁸ *in Prova e Convicção*. 3ª Ed. RT. 2015, p. 155-156.

²⁹ Por todos, conferir: DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. V.2. 11ª Ed. Jus Podivm. 2016, p. 82-83.

Em primeiro lugar, as fases de proposição e de admissão da prova, aquela a cargo das partes e esta do juiz, podem dar a impressão de que apenas provas requeridas pelas partes podem ser produzidas no processo, o que não é verdade. O art. 370, CPC, é expresso no sentido de que o juiz tem poderes instrutórios, ou seja, pode determinar a produção de provas de ofício, independentemente de requerimento das partes. Doutrina³⁰ e jurisprudência são amplamente majoritárias neste sentido. Quando o juiz determina a produção de provas de ofício não há as fases de proposição e admissão, sendo substituídas simplesmente pela fase de ordenação oficial das provas³¹.

Em segundo lugar, costuma-se dividir o iter procedimental entre as fases postulatória, instrutória e decisória. A primeira seria a fase em que as partes apresentam suas alegações – o autor, a petição inicial, e o réu, a contestação –, a segunda aquela em que são produzidas as provas e a terceira aquela em que o juiz julga, valorando argumentos e provas. Isso pode gerar a impressão de que o momento de produção da prova é sempre a fase instrutória, o que não é verdade. A prova documental, por exemplo, deve, em regra, ser produzida já na fase postulatória, tanto pelo autor, na inicial, como pelo réu, na contestação (art. 434, CPC), mas se admite a juntada posterior dos documentos novos (art. 435, CPC), inclusive em grau de recurso, conforme veremos.

Com esses reparos, pode-se acolher a relevância didática da divisão das fases do procedimento probatório entre fase de proposição, de admissão, de produção e de valoração.

Para ilustrar a divisão dessas fases do procedimento probatório, imagine uma demanda em que se pede indenização por dano estético causado por erro médico. Nessa hipótese, o autor indicará, já na inicial, seu interesse em produzir prova pericial

³⁰ Por todos, conferir: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 7ª Ed. RT. 2013. Em sentido contrário, embora minoritário, conferir: COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas Considerações sobre as Iniciativas Judiciais Probatórias. In RBDPro - Revista Brasileira de Direito Processual. Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 154-174.

³¹ DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. V.2. 11ª Ed. Jus Podivm. 2016, p. 82.

(art. 319, VI, CPC). Se o réu, em contestação, negar o fato constitutivo do direito do autor, alegando não ter cometido qualquer erro, sendo a cicatriz resquício inexorável do procedimento médico necessário à preservação da vida do autor, o autor requererá a produção da prova pericial (fase de proposição), que, como recai sobre alegação de fato controvertida, pertinente (diz respeito ao mérito) e relevante (verificar se a cicatriz é resquício natural ou de erro médico importa à elucidação dos fatos), deverá ser admitida (fase de admissão). Na sequência, haverá a definição do perito por nomeação do juiz (art. 465, CPC) ou acordo entre as partes (art. 471, CPC), seguida do procedimento legal (arts. 465 e ss., CPC) até a efetiva realização do exame para detectar a causa da cicatriz reclamada pelo autor (fase de produção). Por fim, o juiz julgará o pedido examinando os argumentos e as provas, atribuindo o valor que coerentemente merecerem no caso concreto (fase de valoração).

A análise dos dispositivos legais que tratam da produção de prova indica que, em regra, ela deve ser produzida em primeiro grau. Tanto isso é verdade que uma das finalidades da fase de saneamento é justamente a definição dos meios de prova admitidos (art. 357, II, CPC).

Assim, é possível sistematizar as fases processuais assim: a fase postulatória inclui o momento em que o autor apresenta a petição inicial e o réu apresenta sua resposta; a fase instrutória inclui o momento que vai desde quando o juiz saneia o processo, define as provas que serão produzidas até a sua efetiva produção; e a fase decisória consiste no momento em que o juiz julga o(s) pedido(s) a ele submetido(s).

Todavia, algumas regras indicam a possibilidade de as provas serem produzidas a qualquer tempo, inclusive em grau recursal. É o caso da juntada de documento novo, nos termos do já citado art. 435, CPC, que prescreve:

Art. 435. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.

Portanto, não é correto excluir a possibilidade de produção de provas em segundo grau, ainda que essa não seja a regra. Ou seja, já se sabe que, em tese, é possível

produzir provas em grau recursal. Sendo assim, passa-se a examinar especificamente a questão da produção de provas em segundo grau.

4.2. A PRODUÇÃO DE PROVAS EM SEGUNDO GRAU

Para se falar em produção de provas em segundo grau, ou seja, em grau recursal, é conveniente fornecer conceitos básicos da teoria do recurso, especialmente o conceito de recurso e de efeito devolutivo, pois estão diretamente relacionados à produção de provas em segundo grau.

Na sequência, para orientar o raciocínio, será verificado em quais condições a prova pode ser produzida em segundo grau por iniciativa das partes e do juiz, de ofício.

4.3. O CONCEITO DE RECURSO

Falar em produção de provas em segundo grau é aludir à sua realização no curso do julgamento de um recurso, daí que se faz imprescindível definir este instituto.

José Carlos Barbosa Moreira conceitua recurso como “remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”³².

A voluntariedade significa que só há recurso se a parte prejudicada interpusse recurso, por ato de vontade seu. Não há recurso de ofício.

A interinidade do recurso, ou seja, o fato de ser interposto no mesmo processo, significa que o recurso é um tipo de meio de impugnação de decisão judicial e se caracteriza, além da voluntariedade, por ser empregado no mesmo processo em que proferida a decisão. A ação rescisória é um meio de impugnação, mas não é recurso porque não se maneja no mesmo processo em que proferida a decisão impugnada, por exemplo.

³²*in* Comentários ao Código de Processo Civil. V.V. 15ª Ed. Forense. 2009, p. 233.

A reforma, invalidação, esclarecimento ou integração da decisão são os possíveis pedidos recursais. A eles correspondem as possíveis causas de pedir recursais, a saber, o erro de julgamento, o erro de atividade, a obscuridade ou a contradição e a omissão, respectivamente.

4.4. OS PEDIDOS E CAUSAS DE PEDIR RECURSAIS

Pedir a reforma é pleitear o rejuízo do pedido sob o fundamento de que o juiz valorou mal os argumentos jurídicos ou fáctico-probatórios apresentados.

Pedir a anulação é pleitear o desfazimento da decisão sob o fundamento de que o juiz violou regras referentes à validade do procedimento (v.g. impediu a parte de produzir provas, incorrendo em cerceamento de defesa).

Pedir o esclarecimento é pleitear a iluminação de ponto obscuro e incompreensível ou a sanção de contradição que torna elementos internos da decisão contraditórios entre si (v.g. a fundamentação contrasta com o dispositivo ou trechos da fundamentação são autoexcludentes).

Finalmente, pedir a integração é pleitear a supressão de omissão, examinando o juiz questões de fato ou de direito, incidentes ou principais, cognoscíveis de ofício ou não, que deveria ter examinado e não examinou.

4.5. CORRELAÇÃO ENTRE DECISÃO E RECURSO

Cabe ao legislador definir os recursos existentes, bem como suas respectivas hipóteses de cabimento, ou seja, indicar qual recurso serve para impugnar cada tipo específico de decisão.

Como há um tipo específico de recurso para cada tipo de decisão em sentido amplo é importante saber quais são e em que elas consistem. Há quatro decisões, basicamente: a decisão interlocutória, a sentença, a decisão monocrática e o acórdão.

Nos termos do § 1º do art. 203 do CPC, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. O conceito de sentença se tira pela junção do conteúdo (aqueles dos arts. 485 e 487, CPC) e finalidade (extinguir a fase de conhecimento ou a execução).

Já o § 2º do mesmo art. 203 do CPC considera decisão interlocutória todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º. Como se vê, a decisão interlocutória não se diferencia da sentença por seu conteúdo, mas apenas por seu impacto sobre o procedimento, ou seja, a sentença extingue o procedimento, a decisão interlocutória não.

Para exemplificar, imagine que A demande em face de B pedindo a condenação deste a pagar indenização por danos morais. Verificando o juiz que a pretensão está prescrita, proferirá sentença, pois como esse é o único pedido não restará mais nada para julgar. Mas se A também pedisse a condenação de B, a ressarcir danos emergentes e esta pretensão não estivesse prescrita, aquela decisão que reconheceu a prescrição em relação à indenização por danos morais seria decisão interlocutória, eis que ainda há atividade cognitiva a realizar, consistente no exame do pedido de ressarcimento dos danos emergentes. Como se vê, a diferença entre a sentença e a decisão interlocutória não pode ser estabelecida a partir do conteúdo do provimento, mas apenas do seu impacto sobre o procedimento.

Já a diferença entre decisão monocrática e acórdão é apenas quantitativa. O acórdão é uma decisão colegiada, ou seja, proferida por órgão composto por vários julgadores, ao passo em que a decisão monocrática é aquela proferida por apenas um julgador integrante de órgão colegiado.

Em regra, os recursos são julgados por órgãos diferentes daqueles que proferiram a decisão recorrida. Fala-se que o primeiro é o juízo *a quo* e o segundo é o juízo *ad quem*. Normalmente, os juízos de primeiro grau ou instância possuem apenas um julgador, que atua sozinho, enquanto os juízos de segundo grau ou instância atuam através de órgãos colegiados, compostos por vários julgadores, no mínimo três,

quando do julgamento de apelação ou agravo (§ 2º do art. 941 do CPC). Nos termos da lei, é possível que o julgamento em segundo grau ou instância seja realizado colegiadamente ou monocraticamente, ou seja, pelo órgão colegiado ou por apenas um de seus membros.

Daí se haver dito que o acórdão é o julgamento colegiado proferido pelos tribunais (art. 204, CPC), enquanto a decisão monocrática é aquela proferida por apenas um dos membros do órgão colegiado (v.g. a decisão do relator que dá provimento a recurso fundado em súmula vinculante do STF, art. 932, V, “a”, CPC).

Importante não relacionar decisão interlocutória à decisão monocrática e sentença ao acórdão, como se, nas duas primeiras, houvesse decisão que não extingue o procedimento e, na segunda, sim. A decisão monocrática não se caracteriza por não pôr fim ao procedimento recursal. Há decisões monocráticas que encerram o procedimento recursal (v.g. a que nega provimento ao recurso contrário à súmula do STF, art. 932, IV, “a”, CPC) e outras que não (v.g. a que examina tutela provisória em grau recursal, art. 932, II, CPC).

Com isso, sabe-se os conceitos de decisão interlocutória, de sentença, de decisão monocrática e de acórdão já se tem condições de correlacionar o tipo de decisão à espécie recursal. A questão é de extrema relevância, haja vista que o legislador estipula um tipo recursal para cada tipo de decisão.

Sobre as espécies recursais disciplinadas pelo CPC, prescreve o art. 994 a existência dos recursos de apelação, agravo de instrumento, agravo interno, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, agravo em recurso especial ou extraordinário e embargos de divergência.

Como o presente trabalho tem por objeto a produção de provas em segundo grau, se está pressupondo ação de competência originária dos juízos de primeira instância, isto é, as varas instaladas em cada comarca ou subseção judiciária, e julgamento em segunda instância em sede de recurso de apelação ou de agravo de instrumento pelo respectivo tribunal.

Nesse sentido, correlacionando as espécies decisórias e os tipos recursais acima referidos, prescreve o CPC que: da sentença e da decisão interlocutória de recorribilidade mediata cabe apelação (art. 1.009, § 1º, CPC); da decisão interlocutória de recorribilidade imediata cabe agravo de instrumento (art. 1.015, CPC)³³.

Quando a apelação ou o agravo de instrumento são julgados monocraticamente cabe agravo interno (art. 1.021, CPC). Tudo o que se disser sobre a produção de provas em grau de apelação ou de agravo de instrumento vale para o agravo interno em grau de apelação ou de agravo de instrumento.

4.6. EFEITO DEVOLUTIVO – EXTENSÃO E PROFUNDIDADE

Antes, porém, mostra-se necessário tecer breves considerações sobre o efeito devolutivo dos recursos, pois é tema intimamente relacionado com a possibilidade de produção de provas em segundo grau.

³³ Em relação aos recursos referidos pelo CPC, ainda é possível estabelecer as seguintes correlações: da decisão monocrática do relator cabe agravo interno (art. 1.021, CPC); das decisões de única instância dos tribunais superiores, quando denegatória a decisão, em mandados de segurança, habeas data e mandados de injunção em única instância pelos tribunais superiores, cabe recurso ordinário de competência do STF (art. 1.027, I, CPC); das decisões em mandados de segurança decididos em única instância pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais de justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão, e dos processos em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País, cabe recurso ordinário para o STJ (art. 1.027, II, “a” e “b”, CPC), sendo que, nesse caso, contra as decisões interlocutórias caberá agravo de instrumento dirigido ao STJ, nas hipóteses do art. 1.015; da decisão que, em única ou última instância, contrariar dispositivo desta Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição e julgar válida lei local contestada em face de lei federal, cabe recurso extraordinário para o STF (art. 102, III, “a” a “d”, CF/88); da decisão que, em única ou última instância, proferida pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência, julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal, e der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal, caberá recurso especial para o STJ (art. 105, III, “a” a “c”, CF/88); do acórdão de órgão fracionário que, em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito, e, em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia, caberá embargos de divergência para o STF ou o STJ, conforme o caso (art. 1.043, I e III, CPC); e contra qualquer que contiver omissão, obscuridade, contradição e erro material cabe embargos de declaração (art. 1.022, I, II e III, CPC).

Segundo Flávio Cheim Jorge, “o efeito devolutivo deve ser compreendido como a obtenção de outro pronunciamento pelo Poder Judiciário por intermédio do órgão competente”³⁴.

O efeito devolutivo relaciona-se com o princípio dispositivo, segundo o qual o órgão decisor atua nos limites da provocação do interessado. Assim, a sua relação com o efeito devolutivo

faz com que se atribua ao recorrente o direito de fixar o âmbito de devolução da matéria ao judiciário. Somente será devolvida à apreciação do tribunal, e, portanto objeto de novo exame e julgamento, aquela matéria expressamente impugnada pelo recurso³⁵.

Trata-se da máxima *tantum devolutum quantum appellatum*, contemplada no art. 1.013, CPC, segundo o qual a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. Aqui se está falando da *extensão* do efeito devolutivo, isto é, o objeto do recurso, sua questão principal.

Falar da *profundidade* do efeito devolutivo é aludir aos fundamentos do recurso, às questões incidentes a ela referentes. Mas aqui há uma diferença fundamental: não é o recorrente quem define a profundidade do efeito devolutivo, mas a lei. Basta ver que, segundo o CPC, serão objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado (§ 1º do art. 1.013). Do mesmo modo, quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais (§ 2º do art. 1.013). De modo que a profundidade do efeito devolutivo é atribuída por lei e é amplíssima.

Em suma, a *extensão* do efeito devolutivo diz respeito ao pedido recursal e é definido pelo recorrente, enquanto a *profundidade* do efeito devolutivo toca os fundamentos recursais e é definida pela lei.

³⁴ in *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 7ª Ed. RT. 2015, p. 346.

³⁵ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 7ª Ed. RT. 2015, p. 347.

A única explicação para a *profundidade* de o efeito devolutivo ser suprimida da esfera de disponibilidade da parte é o interesse público no julgamento justo. Falhas na postulação da parte ou na instrução da causa em primeiro grau não podem impedir o tribunal de bem julgar, buscando decidir conforme a verdade e prestando tutela a quem dela faz jus.

Se o efeito devolutivo impõe que o juízo *ad quem* rejulgue a causa e todo julgamento deve buscar uma solução justa, sob pena de negar acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV, CF/88), é natural que ele tenha amplos poderes para tanto. Assim, não se trata de competência apenas para reexaminar o que já foi realizado no juízo *a quo*, mas para admitir o exame de questões novas e necessárias ao bom julgamento, tanto em relação às questões de direito cognoscíveis de ofício quanto aos aspectos fático-probatórios até então inéditos.

Não é por acaso que o art. 932, I, CPC, atribui ao relator o poder de dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova. De modo ainda mais específico, o art. 938, § 3º do CPC prescreve que, reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução. E o § 4º do mesmo dispositivo assevera que, quando não determinadas pelo relator, as providências indicadas nos §§ 1º e 3º poderão ser determinadas pelo órgão competente para julgamento do recurso.

Em suma, a produção de provas em segundo grau insere-se no âmbito da devolutividade dos recursos. Agora, resta apenas traçar as balizas e limites para tanto.

4.7. PRODUÇÃO EM SEGUNDO GRAU POR INICIATIVA DA PARTE

O processo civil é orientado pelo princípio da boa-fé objetiva (art. 5º, CPC). Corolário desse princípio é a vedação do abuso do processo mediante a prática de condutas objetivamente contraditórias entre si. Trata-se do *venire contra factum proprium*.

Como se viu, em primeiro grau as provas são definidas na fase de saneamento. Isso pressupõe que as partes tenham indicado, em suas postulações, o autor na petição inicial e o réu na contestação, as provas que pretendiam produzir. Eles não podem

sonegar tais pleitos estrategicamente, para suscitá-los no futuro quando julgarem mais conveniente. Se o autor não indica, na inicial, e o réu, na contestação, as provas que pretende produzir, não poderá fazê-lo posteriormente. Incide o *venire contra factum proprium*.

A disciplina legal da prova documental espelha claramente essas balizas. Embora os documentos devam instruir a inicial e a contestação (art. 434, CPC) e se admita a juntada posterior documentos novos referentes a fatos ocorridos no curso do processo (art. 435, CPC), defere-se a juntada posterior de documentos antigos desde que a parte comprove a impossibilidade de fazê-lo anteriormente, atitude que o juiz examinará à luz da boa-fé objetiva (arts. 435, parágrafo único, e 1.014, CPC). Nessa hipótese, a parte contrária poderá arguir a falsidade dos documentos, incidente cuja resolução exigirá a produção de provas igualmente em segundo grau³⁶.

Não há razão alguma para limitar tais regras à prova documental. A parte pode requerer a produção de qualquer prova em segundo grau quando sejam referentes a fatos ocorridos posteriormente à prolação da decisão recorrida ou, sendo anteriores, justo motivo tenha impedido a sua produção anterior.

Também se deve admitir a produção de provas em segundo grau em caso de provimento de apelação interposta contra decisão interlocutória de recorribilidade mediata (art. 1.009, § 1º, CPC) que indeferiu prova requerida pela parte. Imagine que A demanda em face de B, o juiz indefere prova pericial por este requerida e profere sentença de procedência. Provendo apelação interposta contra a interlocutória que indeferiu a produção da prova pericial, será possível ao tribunal determinar a sua realização para desde já julgar o mérito, solução que deve ser prestigiada ante o notório ganho de tempo e conseqüente prestígio ao princípio da celeridade (art. 5º, LXXVIII, CF/88)³⁷. Nesse caso, a determinação da prova se deu por requerimento da parte e não se insere no âmbito da profundidade do efeito devolutivo, trata-se de pedido recursal que representa a extensão do efeito devolutivo.

³⁶ DIAS, Luciano Souto. *O poder instrutório do julgador na fase recursal do processo civil. Em busca da verdade provável*. Data da defesa: 16/03/2017. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017, p. 190.

³⁷Ibid., p. 177.

Luciano Souto Dias sustenta que se deve admitir a produção de prova em segundo grau quando for dado provimento de recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória denegatória de prova que comporta imediato recurso³⁸, de que é exemplo a decisão que indefere o requerimento de exibição de documento ou coisa (art. 1.015, VI, CPC). Só se pode concordar com esse entendimento se a causa estiver madura para julgamento em segunda instância, mas isso nem sempre ocorre. A parte pode ter requerido a produção de várias provas, inclusive a exibição de documento ou coisa. Se outras provas ainda devem ser produzidas, o juízo *ad quem* dará provimento ao agravo de instrumento apenas para ordenar que o juízo de piso determine a exibição do documento ou da coisa desejada pelo recorrente. Considerando que é muito comum a parte requerer a exibição de documento ou coisa já na petição inicial, em se tratando do autor, ou na contestação, em se tratando do réu, é pouco provável que a causa esteja pronta para julgamento. Assim, tal prova não será produzida em segundo grau, mas apenas ordenada por ele. De qualquer modo, essa a determinação de produção da prova se deu por requerimento da parte e não se insere no âmbito da profundidade do efeito devolutivo, é pedido recursal que representa a extensão do efeito devolutivo.

Também se deve admitir a produção de prova em segundo grau para demonstrar o atendimento de pressuposto recursal aparentemente não observado³⁹. Imagine que o autor tenha apelado e efetuado o preparo integral, deixando de juntar o comprovante aos autos. A hipótese não se confunde com as de insuficiência ou ausência de preparo, disciplinadas, respectivamente, pelos §§ 2º e 4º do art. 1.007 do CPC. A insuficiência ou ausência de preparo são vícios típicos, ou seja, contam com hipóteses específicas de sanção. O mesmo não se passa com o preparo integral não comprovado. Em tal caso, incidem os arts. 932, parágrafo único e 938, § 1º, CPC. Isto é, antes de não conhecer do recurso incumbe ao juízo *ad quem* oportunizar a comprovação do preparo. Tal determinação de produção da prova pode se dar tanto

³⁸*in O poder instrutório do julgador na fase recursal do processo civil. Em busca da verdade provável.* Data da defesa: 16/03/2017. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017, p. 177.

³⁹DIAS, Luciano Souto. *O poder instrutório do julgador na fase recursal do processo civil. Em busca da verdade provável.* Data da defesa: 16/03/2017. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017, p. 178.

a requerimento da parte como por determinação do tribunal, de ofício, e como jamais será o próprio pedido recursal se insere na profundidade do efeito devolutivo.

Luciano Souto Dias também considera hipótese de produção de prova em segundo grau a juntada de prova produzida por carta precatória ou rogatória. A prática de atos processuais em local diverso do foro do juízo perante o qual tramita o feito deve ser feita mediante carta precatória ou rogatória, conforme se situe no mesmo ou em diverso país. O mesmo vale para a prova a ser produzida em local diverso do foro do processo. Nesse caso, o processo fica suspenso porque a sentença de mérito deve ser proferida somente após a produção da prova (art. 313, V, “b”, CPC). No entanto, essa prova só suspenderá o julgamento da causa, no juízo deprecante, quando for imprescindível e tiver sido requerida antes da decisão de saneamento. Se essa prova foi requerida após a decisão de saneamento o julgamento não ficará suspenso, de modo que poderá ocorrer antes da conclusão ou da devolução da carta precatória (art. 377, CPC). Nada obstante, vindo a prova aos autos posteriormente à decisão o juízo *ad quem* deverá considerá-la no julgamento do recurso (art. 377, parágrafo único, CPC). Como se vê, a prova já foi produzida em primeiro grau, mas como isso se deu depois do julgamento ela não foi valorada pelo juízo *a quo*. Portanto, não se trata de prova produzida em segundo grau.

É possível arguir impedimento ou suspeição de membro do órgão colegiado no juízo *ad quem*, a ser processada na forma do regimento interno (art. 148, § 3º, CPC). Não há dúvida da possibilidade de produzir provas a esse respeito (art. 146, CPC). Bem verdade que essa prova não terá qualquer relação com o mérito do recurso, mas não deixa de ser prova produzida em segundo grau⁴⁰.

Será possível produzir prova em segundo grau de jurisdição quando as partes assim pactuarem (art. 190, CPC). Aqui, a prova estará relacionada à profundidade do efeito devolutivo e derivará de ação direta da parte.

⁴⁰DIAS, LUCIANO SOUTO. *O PODER INSTRUTÓRIO DO JULGADOR NA FASE RECURSAL DO PROCESSO CIVIL. EM BUSCA DA VERDADE PROVÁVEL*. DATA DA DEFESA: 16/03/2017. DISSERTAÇÃO (MESTRADO EM DIREITO). UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO, VITÓRIA, 2017, P. 192.

Há questões cognoscíveis de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária⁴¹. São elas: os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (art. 485, IV, CPC), a preempção, a litispendência ou a coisa julgada (art. 485, V, CPC), a legitimidade e o interesse processual (art. 485, VI, CPC) e a intransmissibilidade do direito (art. 485, IX, CPC), tudo nos termos do art. 485, § 3º, CPC. Havendo requerimento, deve ser admitida a produção de provas em segundo grau para elucidar a caracterização ou não de tais hipóteses. Aqui, a prova estará relacionada à profundidade do efeito devolutivo e derivará de determinação de ofício ou requerimento da parte.

Havendo dúvida sobre o atendimento dos requisitos necessários à concessão da justiça gratuita, deve ser oportunizada a produção de provas a respeito⁴².

4.8. PRODUÇÃO EM SEGUNDO GRAU POR INICIATIVA DO JULGADOR

A situação se inverte quando se trata de admitir a prova em segundo grau por iniciativa oficiosa. Qualquer membro do órgão *ad quem* pode determinar a produção de provas de ofício quando isso for necessário à formação do seu convencimento. Essa possibilidade não tem qualquer relação com a superveniência do fato e da prova correlata, bem como da dispensa da prova pela parte. Basta que o julgador considere a prova necessária para julgar com justiça, assegurando o adequado acesso à ordem jurídica justa. O CPC autoriza tal proceder nos arts. 370, 932, I, e 938, §§ 3º e 4º. Em suma, admite-se a produção de prova em segundo grau quando o julgador estiver convencido da necessidade de produção, repetição, esclarecimento ou complementação da prova produzida em primeiro grau⁴³. Esse é um caso em que a determinação da prova de ofício decorre da profundidade do efeito devolutivo.

4.9. PROVAS PRODUZÍVEIS EM SEGUNDO GRAU

⁴¹ *Ibid.*, P. 193.

⁴² *Ibid.*, P. 194.

⁴³ Nesse sentido, conferir: DIAS, Luciano Souto. *O poder instrutório do julgador na fase recursal do processo civil. Em busca da verdade provável*. Data da defesa: 16/03/2017. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017, p. 175.

De acordo com Fredie Didier Jr e Leonardo José Carneiro da Cunha, o relator tem os poderes do art. 932, CPC, mas não só, a ele se estendendo os poderes do art. 139, CPC⁴⁴. Na verdade, é correto dizer que o relator também tem os poderes do art. 139, CPC, mas não só ele. Estes poderes são de todo e qualquer juiz, portanto os membros do órgão colegiado também os têm, ainda que não sejam relatores.

Conseqüentemente, o art. 139, VIII, CPC, outorga aos julgadores do juízo *ad quem* o poder de interrogar a parte. Nada obstante, registre-se que, a rigor, a doutrina não considera o interrogatório livre um meio de prova, mas mera fonte de esclarecimento⁴⁵.

Nos termos do art. 481, CPC, o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa. Mormente da locução “qualquer fase do processo”, a doutrina tem tirado a possibilidade da produção de inspeção judicial em segundo grau⁴⁶.

Também se admite a produção de depoimento pessoal (art. 385 e ss., CPC), mormente quando o juízo *ad quem* entender necessário à formação do seu convencimento⁴⁷. Para que não haja prejuízo à duração razoável do processo, tal oitiva poderá ser feita até mesmo por vídeo conferência ou qualquer outro meio que oportunize a transmissão de som e imagem em tempo real (art. 385, § 3º, CPC).

Admite-se, igualmente, a exibição de documento ou coisa sempre que houver requerimento da parte, em se tratando de fato novo ou antigo justificadamente arguível no presente momento, ou pelo órgão *ad quem*, de ofício⁴⁸.

⁴⁴ *in* Curso de Direito Processual Civil. V.3. 13ª Ed. Jus Podivm. 2016, p. 49.

⁴⁵ “Em termos amplos, pode-se dizer que o interrogatório livre é muito mais forma de esclarecimento, de que se vale o juiz para melhor inteirar-se dos fatos do processo, do que propriamente meio de prova” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. V.2. RT, 2015, p. 330).

⁴⁶ DIAS, Luciano Souto. *O poder instrutório do julgador na fase recursal do processo civil. Em busca da verdade provável*. Data da defesa: 16/03/2017. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017, p. 197.

⁴⁷ DIAS, Luciano Souto. *O poder instrutório do julgador na fase recursal do processo civil. Em busca da verdade provável*. Data da defesa: 16/03/2017. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017, p. 198.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 198.

A prova testemunhal também deve ser admitida⁴⁹. Acolhida apelação contra interlocutória de recorribilidade mediata que indeferiu a sua produção e estando a causa, após isso, pronta para julgamento, deve ser realizada ali mesmo em segundo grau e não devolvido o processo à instância de origem para sua produção e posterior julgamento, sendo a primeira solução mais consentânea com a garantia da celeridade (art. 5º, LXXVIII, CF/88 e 4º, CPC). O mesmo vale para o caso em que o juízo *ad quem* houver por bem determinar a oitiva de nova testemunha ou mesmo repetir a oitiva de alguma já ouvida, salvo se, apesar disso, a causa não estiver madura para julgamento, hipótese em que os autos terão de ser devolvidos à primeira instância para que lá a prova seja produzida e haja novo julgamento.

A prova documental pode ser deferida nos termos já referidos, quais sejam, quando forem referentes a fatos novos, ou seja, ocorridos posteriormente à prolação da decisão recorrida, ou quando for referente a fato antigo e houver justo motivo para que não tenha sido produzida anteriormente⁵⁰.

A ata notarial não deve ser deferida, conforme ressalta Luciano Souto Dias⁵¹. Isso porque, tal prova deve ser requerida diretamente ao tabelião, que lavrará a respectiva certidão (art. 384, CPC).

A confissão não requer momento típico para realizar-se, podendo ocorrer a qualquer tempo. Logo, é possível que se dê em segundo grau⁵². Por sinal, ela pode ocorrer por escrito, em documento assinado pela própria parte ou por procurador munido de poderes especiais.

A perícia pode, em tese, ser produzida em segundo grau. As razões são as mesmas já enunciadas para os demais meios de prova. Contudo, é incomum que a necessidade de prova pericial seja verificada apenas em segunda instância. Será mais

⁴⁹Ibid., p. 199.

⁵⁰DIAS, Luciano Souto. *O poder instrutório do julgador na fase recursal do processo civil. Em busca da verdade provável*. Data da defesa: 16/03/2017. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017, p. 199.

⁵¹Ibid., p. 199.

⁵²Ibid., p. 200.

comum ocorrer o acolhimento de apelação contra interlocutória de recorribilidade mediata que indeferiu a produção de prova pericial. Nesse caso, em tese, será possível a produção da prova pericial em segundo grau se, posteriormente, a isso, a causa estiver madura para julgamento, caso em que tudo deve ser feito na segunda instância em homenagem ao princípio da celeridade (art. 5º, LXXVIII, CF/88 e art. 4º, CPC).

Ressalte-se, por final, que essas provas podem ser produzidas diretamente no juízo *ad quem* ou por carta de ordem, juízo *a quo*, competindo ao juízo *ad quem* definir o meio menos oneroso e que traga mais resultados úteis ao processo (art. 938, CPC). A teleconferência é uma ferramenta útil para viabilizar a produção da prova em segundo grau, máxime nos Estados ou Regiões mais extensas.

De todo modo, a análise varia caso a caso e em razão dos meios de prova em questão. A simples juntada de documentos deve ser feita, sempre, perante o juízo *ad quem*, nada justificando seja ela feita perante o juízo *a quo*, via carta de ordem. Diversamente, a oitiva de testemunhas pode comportar temperamentos: havendo a necessidade de ouvir apenas uma testemunha não parece embaraçoso à rotina do juízo *ad quem* seja ela ouvida diretamente lá, mas se várias testemunhas precisam ser ouvidas provavelmente é melhor que tal se dê por carta de ordem. No caso de prova pericial, parece, em geral, muito mais adequada a sua produção perante o juízo *a quo*, via carta de ordem. Daí que a solução varia conforme o caso e o meio de prova a produzir.

4.10. PRODUÇÃO DE PROVA EM SEGUNDO GRAU E ESPÉCIES RECURSAIS

Quando a prova a ser produzida disser respeito a algum pressuposto de admissibilidade do recurso em questão, sempre será possível a produção de provas para elucidação do ponto. Por exemplo, é sempre possível arguir impedimento ou suspeição de um dos membros do órgão colegiado, sendo certo que haverá a possibilidade de produção de provas a respeito.

Tratando dos recursos em espécie, a apelação (art. 1.009 e ss., CPC) abre amplas oportunidades de produção de provas em segundo grau⁵³. O mesmo pode ser dito sobre o agravo de instrumento cabível contra decisão parcial de mérito (art. 356, § 5º, CPC) e do reexame necessário (art. 496, CPC).

Nos demais recursos, é pouco comum que haja a possibilidade de produzir provas.

4.11. PRODUÇÃO DE PROVA EM SEGUNDO GRAU E GARANTIA DO CONTRADITÓRIO

No item 3, acima, já se falou sobre o contraditório. Desnecessário repetir aqui aquelas considerações.

Lembre-se, apenas, que o contraditório é garantia de informação, reação, influência e não surpresa e que a prova, garantia de influência por excelência, funda-se exatamente no contraditório. Isso será suficiente para concluir que a produção de prova em segundo grau deve, sempre, submeter-se ao contraditório.

Quer dizer, sempre que uma parte produzir ou requerer a produção de qualquer prova, sua admissão será seguida da oportunidade de manifestação pela parte contrária a fim de que ambas possam exercer influência. Do mesmo modo, as partes devem ter a oportunidade de participar da produção e manifestar-se sobre a prova produzida de ofício. Não sendo assim, haverá violação do contraditório e nulidade do processo desde então.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que, sim, é possível a produção de provas em segundo grau.

⁵³ DIAS, Luciano Souto. *O poder instrutório do julgador na fase recursal do processo civil. Em busca da verdade provável*. Data da defesa: 16/03/2017. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017, p. 204.

Observa-se que o CPC/15 possui regras que permitem amplamente a produção de provas em segundo grau, isto é, em grau de recurso.

A novel legislação possui disposições procedimentais consideravelmente diversas às do CPC/73 no que tange à produção de prova em segundo grau.

Dispositivo cardeal para o tema em consideração é o art. 938, § 3º, CPC/15, segundo o qual “reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução”.

Seu correspondente no CPC/73 era o parágrafo único do art. 560, segundo o qual “versando a preliminar sobre nulidade suprável, o tribunal, havendo necessidade, converterá o julgamento em diligência, ordenando a remessa dos autos ao juiz, a fim de ver sanado o vício”.

Nota-se que o novo CPC é mais amplo, mencionando expressamente a possibilidade de conversão do julgamento em diligência apenas para a produção de provas, o que não era previsto em seu correspondente do direito anterior, que tratava apenas da possibilidade de tal conversão para a correção de nulidade sanável. Ademais, o novo CPC admite que tal providência seja ordenada pelo órgão colegiado, não só pelo relator (art. 938, § 4º), o que não era previsto pelo art. 560, parágrafo único, CPC/73.

Ainda em caráter paradigmático, o novo CPC, inspirado na garantia do acesso à justiça como dever do Estado-juiz prestar tutela jurisdicional justa a quem tem razão, consagra o princípio da primazia do mérito (art. 4º, CPC), que possui inúmeros desdobramentos procedimentais, inclusive em grau recursal, admitindo-se, por exemplo, o conhecimento de recursos dotados de defeitos sanáveis, o que também pode exigir a produção de provas em segundo grau (v.g. art. 932, parágrafo único, CPC).

Claramente, o CPC/15 representa um sensível avanço em termos de produção de provas em segundo grau.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Banco Bradesco S/A e Luciano Cardoso Santos. (RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe 04-06-2009. PUBLIC 05-06-2009).

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas Considerações sobre as Iniciativas Judiciais Probatórias. **RBDPro - Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 154-174.

COUTO, José Camilo D'Ávila. **Dinamização do Ônus da Prova no Processo Civil. Teoria e prática**. Curitiba: Ed. Juruá, 2014.

DIAS, Luciano Souto. **O poder instrutório do julgador na fase recursal do processo civil**. Em busca da verdade provável. Data da defesa: 16/03/2017. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017.

DIDIER JR., Fredie **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. 17.ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

_____. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. V.2. 11.ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

_____. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. V.3. 13.ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V.I. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros. 2009.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. V.III. 6.ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2009.

_____. **Segunda Perícia e Direito à Prova**. Fundamentos do Processo Civil Moderno. 4.ed. V.I. Malheiros. 2001

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo I. 4.ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo II. 4.ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. Tutela dos direitos mediante procedimento comum.V.2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel.**Novo Curso de Processo Civil**.Teoria do Processo Civil.V.1. 2.ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz.**Prova e Convicção**. De acordo com o CPC de 2015. 3.ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e Precedente** – Dois Discursos a partir da Decisão Judicial. *in* A Força dos Precedentes – Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR – org. MARINONI, Luiz Guilherme. 2.ed. Ed. Jus Podivm, 2012. p. 125-127.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V.V. 15.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição, Direito Material e Processo**. Ed. Forense, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. et al. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2015.

UNIÕES PARALELAS E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

Flávia Spinassé Frigini¹

Olavo Loureiro Coutinho²

RESUMO

O presente artigo cuida-se de analisar o aspecto jurídico das uniões estáveis paralelas à luz do Direito de Família brasileiro. Neste passo, identificar-se-á o tratamento dispensado ao instituto familiar da união estável, bem como as entidades familiares previstas em nosso Ordenamento Pátrio. Analisadas tais questões, será abordada a possibilidade ou não do reconhecimento das famílias paralelas pelo Direito Brasileiro, cuidando-se ainda da análise da teoria do concubinato putativo, verificando-se sua aplicabilidade às uniões estáveis.

Palavras-chave: Uniões Paralelas. Direito de Família. Reconhecimento. Casamento Putativo.

1 INTRODUÇÃO

É sabido que as transformações sociais ocorrem a todo o tempo, o que, por consequência, ocasionam mudanças inclusive na estruturação da instituição familiar. Dessa maneira, com o passar dos anos, coube ao legislador reconhecer novas espécies de família.

¹ Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Professora nas Faculdades Integradas de Aracruz/ES. Advogada.

² Graduando em Direito nas Faculdades Integradas de Aracruz/ES (FAACZ).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi reconhecida no Direito brasileiro uma nova espécie de entidade familiar, qual seja, a união estável entre homem e mulher, conforme expressa o art. 226, § 3º da Lei Maior. Assim, frente as transformações ocorridas no seio social, o Direito pátrio passou a tutelar outras formas de família além daquelas constituídas pelo matrimônio civil.

Ocorre que, embora algumas pessoas estejam sob a constância de uma união estável, mantêm outro núcleo familiar paralelo, simultâneo, ou seja, uma pessoa constitui e mantém duas entidades familiares ao mesmo tempo, sendo que uma precede a outra. Não raras vezes, tal situação é vivenciada por algumas famílias brasileiras.

Diante do contexto descrito acima, surge a figura das uniões paralelas perante o Direito de Família brasileiro e, para tanto, necessário se mostra a abordagem, no presente artigo, dos conceitos e características inerentes ao chamado concubinato puro (união estável) ou impuro, bem como o tratamento jurídico dispensado às relações simultâneas em nosso sistema jurídico.

Tratar-se-á ainda, no presente, das decisões judiciais oriundas dos tribunais pátrios, as quais entendem por não reconhecer as uniões paralelas como espécie de entidade familiar. Em contraponto, há atualmente decisões judiciais que optam por reconhecer as famílias paralelas como instituição familiar, embora ainda seja o entendimento minoritário.

Em suma, a partir de uma análise doutrinária e jurisprudencial acerca da controversa questão das uniões plúrimas no Direito de Família brasileiro, procura-se entender a tutela jurídica reservada para tais situações, bem como os efeitos jurídicos daí decorrentes.

2 A ENTIDADE FAMILIAR NO ORDENAMENTO PÁTRIO

Com a evolução social e histórica da sociedade, a concepção de família vai se modificando e se adequando, conforme o contexto social em que se insere. Essas

transformações tem como esteio e fundamento o seu próprio conceito, que na visão de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald expressa (2008, p.9):

[...] a instituição social primária, podendo ser considerada um regime de relações interpessoais e sociais, com, ou sem, a presente da sexualidade humana, com o desiderato de colaborar para a realização das pessoas humanas que compõem um determinado núcleo.

Para Diniz (2010) a família, em seu sentido lato, abrange os parentes de linha reta ou linha colateral, incluindo também os afins, já no sentido restrito, para ela, consideram-se apenas aquelas pessoas unidas pelo casamento ou união estável e sua prole, ainda estão abarcadas neste entendimento as famílias ditas monoparentais.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a família passou a ter especial proteção do Estado, conforme se retira do artigo 226, *caput*. A partir da análise do citado dispositivo constitucional, depreende-se que a família decorre de três institutos, quais sejam: o casamento civil, a união estável e a entidade monoparental.

Imperioso destacar que, no cenário jurídico atual, há uma forte tendência de ampliar o conceito de família para além das situações tratadas pela Carta Magna de 1988, assim é que, novos modelos familiares foram trazidos ao Direito de Família brasileiro. Em que pese os novos modelos de famílias inseridos em nosso Direito pátrio, o presente ensaio buscar-se-á em analisar somente as manifestações familiares expressas no Texto Maior.

Portanto, o nosso ordenamento pátrio abarcou como entidade familiar, a família matrimonial, que é aquela constituída pelo casamento. Tartuce (2016) aduz que casamento é a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afeto.

Trazendo à baila outro conceito de família oferecido pela doutrina nacional, para Maria Helena Diniz (2005, p.39), o casamento é “o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”.

A entidade familiar pode decorrer também do instituto denominado União Estável, conforme se extrai dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, encontrando regulamentação no art. 226, §3 da CFRB/88 e nos arts. 1.723 a 1.727 do CC/02, bem como nas Leis Lei 8.971, de 29/12/1994, e Lei 9.278, de 10/05/1996.

O próprio texto de lei é bem claro ao conceituar a entidade familiar da união estável, dispondo, no artigo 1.723 do CC/02 que, “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Há ainda outra entidade familiar abarcada pelo texto constitucional, qual seja, a família monoparental. Esta espécie de família é aquela que é constituída pelo vínculo existente entre um dos genitores com os seus filhos, sejam eles biológicos ou adotivos. Madaleno (2017) aduz que essa espécie de entidade familiar é fruto das uniões desfeitas pelo divórcio, pelo abandono, morte, separação judicial, pela adoção unilateral, ou até mesmo da opção das mães e pais solteiros em criar a sua prole apartada da convivência com o outro genitor.

A entidade familiar monoparental encontra respaldo no art. 226, §4º da CF/88, contudo, não possui atualmente nenhuma regulamentação específica no Código Civil ou em lei especial.

3 UNIÃO ESTÁVEL (CONCUBINATO PURO) E CONCUBINATO IMPURO

Hodiernamente, a união estável possui um relevante papel no seio da sociedade, pois, com a promulgação do Texto Maior de 1988, foi elevada à condição de entidade familiar. Em que pese tal instituto ser reconhecido atualmente, durante muito tempo, sequer havia regulamentação pelo Estado.

No âmbito do Código Civil de 1916, não havia outra espécie de entidade familiar senão aquela formalizada mediante o matrimônio, sendo, portanto, a forma exclusiva de se constituir família. Nesse mesmo sentido, convém destacar as palavras de Madaleno (2017, p.33),

Ao tempo do Código Civil de 1916 até o advento da Carta Política de 1988, a família brasileira era eminentemente matrimonializada, só existindo legal e socialmente quando oriunda do casamento válido e eficaz, sendo que qualquer outro arranjo familiar existente era socialmente marginalizado [...]

É oportuno consignar que, em nossa República, a primeira norma a tratar sobre relações extramatrimoniais foi o Decreto-lei nº 7.036/1944, o qual dispunha que a companheira mantida pela vítima de acidente de trabalho também seria beneficiária da indenização decorrente do acidente.

Sabe-se que “por muito tempo se utilizou a expressão concubinato como sinônima de união estável. Assim, a concubina seria a companheira” (TARTUCE, 2016, p.329). Na ambientação do Código Civil de 1916, o “concubinato significava, em rápidas linhas, união entre homem e mulher sem casamento, seja porque eles não poderiam casar, seja porque não pretendiam casar” (ROSENVALD; CHAVES, 2006, p.383).

Todavia, é mister esclarecer que os conceitos empregados atualmente pela doutrina e jurisprudência não são os mesmos adotados à época do Código Civilista anterior. Desta maneira, convém destacar a diferenciação dos conceitos de concubinato puro e impuro empregado pelo Direito Brasileiro atualmente.

O denominado concubinato puro (ou não-adulterino) é, atualmente, sinônimo de união estável, ou seja, trata-se do mesmo instituto. Assim, conforme preceitua Rodrigo da Cunha Pereira (2006, p.224), “com a evolução do pensamento construtor da doutrina sobre o direito concubinário, podemos dizer que o concubinato não-adulterino é a união estável e o adulterino continua sendo o concubinato propriamente dito”.

Isso posto, no concubinato puro, os companheiros devem ser solteiros, viúvos, divorciados ou separados de fato, judicialmente ou extrajudicialmente (TARTUCE, 2016). Não obstante o termo concubinato puro estar se referindo à união estável, o seu uso não se mostra adequado, em razão do Código Civil de 2002 ter optado pela utilização do termo União Estável.

Por outro lado, há a figura do chamado concubinato impuro. Tartuce (2016, p. 332) conceitua o concubinato impuro como “a convivência estabelecida entre uma pessoa ou pessoas que são impedidas de casar e que não podem ter entre si uma união

estável”. Neste raciocínio, uma pessoa casada, que ainda não se separou de fato, extrajudicialmente ou judicialmente e convive com outra pessoa, estabelece, pois, uma relação concubinária.

Assim, o concubinato é a relação de fato entre pessoas que estão impedidas de casar (ROSENVALD; CHAVES, 2008, P. 389). Nessa esteira, o legislador brasileiro adotou a distinção entre união estável e o concubinato impuro, ou concubinato em sentido estrito (*stricto sensu*), ao enunciar, no artigo 1.727 do Código Civil que, “As relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar, constitui concubinato”.

É forçoso constatar que, conforme leciona Tartuce (2016, p. 332) “quando a lei faz referência ao concubinato, por óbvio que se trata do concubinato impuro. Por isso, melhor a utilização do vocábulo *concubinato* sem qualquer adjetivação [...]”.

4 UNIÕES ESTÁVEIS PARALELAS

Bem, analisados os aspectos relevantes no que se refere ao concubinato e a união estável, passar-se-á ao estudo relativo as uniões estáveis paralelas. A doutrina atual se utiliza de outras expressões como, “famílias paralelas”, “uniões concomitantes”, “uniões plúrimas”, para identificar as relações que coexistam de maneira simultânea à união estável ou casamento.

As uniões simultâneas, embora muitas vezes vistas com maus olhos perante a sociedade, são corriqueiras e, não raras às vezes, o Judiciário é provocado a se manifestar sobre o tema.

Sobre tais condutas, cumpre dizer, conforme escreve Farias (2015, p. 10, apud FERRARINI, 2010, p.71)

Ressalte-se que objetivo não reside na avaliação moral e no respectivo julgamento da conduta dos envolvidos numa relação paralela. Não cabe aos operadores do Direito rotular determinada situação ou atitude como certa ou errada, moral ou imoral, mas buscar a melhor solução para o caso concreto, até porque, sabidamente, os casos existem, geram efeitos sociais e, por isso, não podem ser ignorados pela ordem jurídica

No cenário jurídico atual, muito se tem discutido acerca da temática da união estável e do concubinato, sendo inclusive alvo de análises perante as Cortes Superiores. Contudo, antes de se adentrar nas posições adotadas, serão expostas as principais correntes doutrinárias acerca do tema proposto.

A simultaneidade na união estável pode ser definida quando o companheiro mantém, paralelamente a sua família legalmente constituída, uma outra família. Dito de outro modo, a união estável múltipla ou plúrima é então a situação em que a pessoa mantém relações amorosas com várias pessoas ao mesmo tempo (TARTUCE, 2016).

Pergunta-se então, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, se essas relações paralelas seriam reconhecidas. A melhor doutrina tem-se dividido a respeito do posicionamento no que tange ao assunto, sendo que, atualmente, três são as principais correntes doutrinárias.

Um primeiro entendimento assevera que não há a possibilidade de se reconhecer uniões estáveis concomitantes, não devendo, pois, haver a proteção estatal nessas relações. Filiam-se a essa forma de pensar os professores Álvaro Villaça Azevedo, Maria Helena Diniz, Rolf Madaleno, entre outros. Maria Helena Diniz (2002) em sua obra, aponta que, a fidelidade ou lealdade constitui requisito da união estável, sem eles, não há o que se falar em entidade familiar.

Rolf Madaleno (2017), ao dissertar sobre a impossibilidade de reconhecimento das uniões simultâneas, assevera que

Fiel ao regime monogâmico das relações conjugais, o artigo 1.521, inciso VI, do Código Civil impede que se unam pelo matrimônio pessoas que já sejam civilmente casadas, ao menos enquanto não for extinto o vínculo conjugal, pela morte, pelo divórcio ou pela invalidade judicial do matrimônio.

O casamento brasileiro é essencialmente monogâmico, tanto que o adultério é tipificado como infração criminal, passível de reclusão, só podendo a pessoa recasar depois de dissolvido o seu vínculo de casamento.

O renomado autor fundamenta ainda seu posicionamento, pontuando o seguinte:

A censura da lei incide sobre o paralelismo dessas uniões, tendo em conta o princípio da monogamia, não visto apenas como uma norma moral, mas sim como um preceito básico e organizador das relações jurídicas da família

brasileira, como forma de organização, representando um envolvimento afetivo paralelo, de curta ou longa duração, uma indisfarçável infidelidade que continua trazendo perturbação para dentro da sociedade conjugal ou convivencial de orientação monogâmica (MADALENO, 2017, p.1179).

Madaleno, continua pontuando, em sua obra, que o concubinato (adulterino) não se configura união estável, uma vez que o Código Civil de 2002 não deixa dúvidas em seu art. 1.727 ao dispor que, “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”. Assim, vejamos seus ensinamentos:

Ressalvadas as uniões estáveis de pessoas casadas, mas de fato separadas, o concubinato adulterino não configura uma união estável, como deixa ver estreme de dúvidas o artigo 1.727 do Código Civil. Pouco importa que apenas um dos concubinos seja casado e viva com o seu cônjuge, pois é a preexistência do casamento, e a permanência do esposo no lar conjugal que cria a área de abstração ao conceito de estável relação (MADALENO, 2017).

Esse primeiro entendimento é o que prevalece atualmente na doutrina nacional, bem como na jurisprudência pátria, entendendo que a monogamia é um princípio também aplicável à união estável, assim como no casamento (TARTUCE, 2016).

Cabe neste momento trazer à baila o entendimento de alguns dos nossos Tribunais Estaduais.

Na Apelação Cível nº 70001494236, da 7ª Câmara Cível, julgado em 20 de dezembro de 2000, relatada pelo Exmo. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entendeu por não reconhecer uma união estável paralela, vejamos:

UNIÃO ESTÁVEL. RELACIONAMENTO PARALELO A OUTRO JUDICIALMENTE RECONHECIDO. SOCIEDADE DE FATO. A união estável é entidade familiar e o nosso ordenamento jurídico sujeita-se ao princípio da monogamia, não sendo possível juridicamente reconhecer uniões estáveis paralelas, até por que a própria recorrente reconheceu em outra ação que o varão mantinha com outra mulher uma união estável, que foi judicialmente declarada. Diante disso, o seu relacionamento com o de cujus teve um cunho meramente concubinário [...]

Esse mesmo Pretório, em 15 de junho de 2007, firmou outra decisão, no sentido de abrigar o princípio da monogamia, usado em nosso sistema jurídico brasileiro, entendendo assim, pelo não reconhecimento de duas entidades familiares paralelas:

EMBARGOS INFRINGENTES. UNIÃO ESTÁVEL. NÃO RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA MONOGAMIA. A organização da família, em nosso sistema, rege-se pelo princípio da monogamia. Logo, não é viável admitir duas entidades familiares concomitantes. Nesse sentido o §1º do art. 1.723 do Código Civil é claro ao dispor que a união estável não se constituirá quando presentes alguns dos impedimentos matrimoniais elencados no artigo 1.521 do mesmo diploma, dentre os quais se alinha a circunstância de um dos parceiros ser casado, na constância fática do casamento. Por maioria, negaram provimento” (Embargos Infringentes n. 70.017.709.262).

Cabe mencionar também o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça de Sergipe, o qual entendeu pela impossibilidade da aceitação desta modalidade familiar, conforme colacionada abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL - RECONHECIMENTO DE DUAS UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES - IMPOSSIBILIDADE - ACERVO PROBATÓRIO QUE REVELA EXISTÊNCIA DE APENAS UMA UNIÃO ESTÁVEL, SENDO A OUTRA RELAÇÃO DE CONCUBINATO - APELO CONHECIDO E PROVIDO - DECISÃO UNÂNIME. - Deve ser reconhecida a união estável do casal, na forma do artigo 1.723 do Código Civil, quando cabalmente demonstrados os requisitos da convivência duradoura e pública, com o intuito de constituição familiar. - Partindo do pressuposto de que os requisitos para caracterização da união estável e do casamento são basicamente os mesmos e de que o ordenamento jurídico brasileiro não permite a bigamia, enquadrando-a, inclusive, como crime, consoante se verifica do art. 235 do Código Penal, entendo ser igualmente impossível o reconhecimento simultâneo de duas uniões estáveis. (TJ-SE - AC: 2012202680 SE, Relator: DES. ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO, Data de Julgamento: 04/06/2012, 1ª.CÂMARA CÍVEL)

No plano doutrinário exposto alhures, tem-se entendido que a prática concubinária não se convalida em entidade familiar. Ocorre que, a partir de uma relação afetiva ou não, é possível decorrer a formação de uma sociedade de fato, que ocorrerá quando as partes envolvidas adquirirem, por esforço comum, determinado patrimônio, impondo com isso o dever de partilha dos bens adquiridos a título oneroso (ROSENVALD; CHAVES DE FARIAS, 2008).

Desta feita, não se reconhecendo a entidade familiar advinda de uma relação simultânea, aplicar-se-á as regras relativas a sociedade de fato, notadamente a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe, *in verbis*: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Interessante destacar que a competência para apreciar as questões envolvendo o concubinato será da Vara Cível, e não da Vara de Família, visto que a sociedade de

fato é tratada na seara do Direito Obrigacional, uma vez que não se trata de uma entidade familiar.

Por outro lado, parte da doutrina e jurisprudência brasileira tem optado em reconhecer a dupla união afetiva, desde que os requisitos constantes do art. 1723 da Codificação Privada estejam preenchidos. Essa corrente doutrinária é encabeçada pela desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias.

Dias (2006) assevera que o concubinato adulterino importa ao Direito, e suas relações repercutem no universo jurídico. Não outorgar efeitos a tais relacionamentos seria atentar contra a dignidade dos envolvidos, e reconhecer somente efeitos patrimoniais quando equiparada a uma sociedade de fato, consiste numa mentira jurídica, uma vez que os concubinos não se uniram para constituir uma sociedade de fato, mas sim uma entidade familiar.

Aos olhos dos defensores das uniões paralelas, estariam a prevalecer o toque construtivo do afeto, como o elo que enlaça a união adulterina ao Direito de Família, sendo indiferente a existência de outro relacionamento estável (MADALENO, 2017).

Nesse sentido foi o voto da Relatora Maria Berenice Dias, na Apelação Cível nº 70.010.787.398, da Sétima Câmara Cível do TJRS, constando a seguinte ementa:

UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. DUPLICIDADE DE CÉLULAS FAMILIARES. O Judiciário não pode se esquivar de tutelar as relações baseadas no afeto, inobstante as formalidades muitas vezes impingidas pela sociedade para que uma união seja “digna” de reconhecimento judicial. Dessa forma, havendo duplicidade de uniões estáveis, cabível a partição do patrimônio amealhado na concomitância das duas relações. Negado provimento ao apelo.

Oportuno frisar que tem sido cada vez mais frequente se deparar com decisões advindas dos pretórios estaduais no sentido de se reconhecer efeitos jurídicos às uniões concubinárias, conforme se pode verificar através da ementa abaixo, tendo o Desembargador Jamil de Miranda Gedeon Neto proferido o seu voto, reconhecendo a formação de famílias simultâneas, vejamos:

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. FALECIDO QUE MANTEVE UNIÕES DURADOURAS COM A ORA AUTORA E A ORA RÉ. PRÉVIA AÇÃO DE JUSTIFICAÇÃO AJUIZADA PELA ORA RÉ COM RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE ELA E O FALECIDO. JUIZ DE ORIGEM QUE, DIANTE DA NOTÍCIA DESSA DECISÃO, JULGOU O PRESENTE FEITO EXTINTO POR RECONHECIMENTO DE COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA DE IDENTIDADE DE PARTES, DE PEDIDO OU CAUSA DE PEDIR. NULIDADE DA SENTENÇA. CAUSA MADURA PARA JULGAMENTO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO RECONHECIMENTO DE FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS. RELACIONAMENTO ENTRE A AUTORA, ORA APELANTE, E O FALECIDO QUE SE ENQUADRA NOS REQUISITOS DE UMA ENTIDADE FAMILIAR. EQUIPARAÇÃO DO CONCUBINATO NÃO ADULTERINO À UNIÃO ESTÁVEL PARA PRODUÇÃO DE EFEITOS JURÍDICOS. É família toda união de pessoas em respeito e consideração mútuos, com ostensividade e publicidade, com o objetivo de comunhão devida, mútua assistência moral e material, e de serem reconhecidos pela comunidade como uma família. Assim, sempre que um núcleo for formado por pessoas que se enquadrem em tais requisitos, deve ser reconhecida a configuração de uma família, independente da qualificação que se dê a esta: se formada por um casamento, por uma união estável ou por um concubinato estável (espécies do gênero "família"). III - É cristalina a constatação, pela prova dos autos, de que o falecido soube manter com discrição e profundidade dois relacionamentos paralelos, não misturando os círculos sociais de entorno a cada composição familiar.
(TJ-MA - APL: 0393812014 MA 0015505-24.2013.8.10.0001, Relator: JAMIL DE MIRANDA GEDEON NETO, Data de Julgamento: 12/03/2015, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/03/2015)

5 CONCUBINATO PUTATIVO

Há ainda uma terceira corrente presente no Direito de família brasileiro, a qual defende os direitos do parceiro que estiver se relacionando de “boa-fé”, sendo essa situação jurídica chamada de concubinato putativo. É a situação, por exemplo, de um parceiro que desconhece a situação matrimonial ou extramatrimonial do outro. Filia-se a essa corrente os juristas Euclides De Olivera, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, dentre outros.

O Código Civil no artigo 1.561 dispõe sobre o casamento putativo, resguardando-o em relação ao cônjuge de boa-fé, *in verbis*: “Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória”.

Desta feita, caso o companheiro desconheça a preexistência de casamento ou união estável de seu companheiro, e, agindo de boa-fé, constitua uma entidade familiar a

partir da união estável, com todos os requisitos a ela inerentes, estaria esse companheiro resguardado em todos os seus direitos.

Rolf Madaleno (2017, p. 1190), sobre a putatividade na União Estável, preceitua que,

Desconhecendo a deslealdade do parceiro casado, instaura-se uma nítida situação de união estável putativa, devendo ser reconhecidos os direitos do companheiro inocente, o qual ignorava o estado civil de seu companheiro, e tampouco a coexistência fática e jurídica do precedente matrimônio, fazendo jus, salvo contrato escrito, à meação dos bens amealhados onerosamente na constância da união estável putativa em nome do parceiro infiel, sem prejuízo de outras reivindicações judiciais, como, uma pensão alimentícia, se provar a dependência financeira do companheiro casado e, se porventura o seu parceiro vier a falecer na constância da união estável putativa, poderá se habilitar à herança do de cujus, em relação aos bens comuns, se concorrer com filhos próprios ou a toda a herança, se concorrer com outros parentes e ao direito previdenciário.

Embora o art. 1.561 do Código Civil fale sobre o casamento putativo, alguns juristas defendem a aplicação analógica do preceito ali contido para os casos de união estável putativa. Nesse mesmo sentido, nos valem da lição de Flávio Tartuce,

De qualquer forma, essa parece ser a posição mais justa dentro dos limites do princípio da eticidade, com vistas a proteger aquele que, dotado de boa-fé subjetiva, ignorava um vício a acometer a união. Por isso, merecerá aplicação analógica o dispositivo que trata do casamento putativo também para a união estável putativa. (TARTUCE, 2016, p. 344).

Oportuno colacionar o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o qual entendeu por aplicar a teoria da putatividade também à união estável, vejamos:

“União estável. Disputa entre duas companheiras. Situação putativa. Prova oral. Reconhecimento. Reconhecimento de união estável. Conviventes, uma deste 1978 e outra desde 1960 que mantiveram relações concomitantes, notórias e ininterruptas com o de cujus, até o seu falecimento. Prova oral que confirma o reconhecimento do companheirismo concomitante com ambas perante parcelas distintas da sociedade pela qual transitava o falecido, tendo elas vivido em *affctiomaritalis* com o de cujus, cada qual à sua forma. Pessoas de boa índole e bem intencionadas que firmemente acreditavam na existência de uma relação amorosa intensa do obituado com a outra, havendo êxito deste em ludibria-las por longos anos, e de se reconhecer a existência de união estável putativa com a apelante e com a apelada. Aplicação, por analogia do art. 221 do CC de 1916. Desprovisionamento do recurso”. (TJRJ, Acórdão 15225/2005, Rio de Janeiro, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Leila Maria carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano, j. 10.08.2005).

5 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

No que concerne aos Tribunais Superiores quanto a matéria objeto de estudo, o Supremo Tribunal Federal no ano de 2008 analisou a problemática das famílias paralelas no caso em que um sujeito mantinha duas uniões concomitantes, a saber, um casamento e uma união estável. No caso analisado, ambas as mulheres requeriam pensão previdenciária. O relator Ministro Marco Aurélio Mello assim deu o seu voto, sendo a orientação que prevaleceu:

“É certo que a o atual Código Civil, versa, ao contrário do anterior, de 1916, sobre a união estável, realidade a consubstanciar o núcleo familiar. Entretanto, na previsão, está excepcionada a proteção do Estado quando existente impedimento para o casamento relativamente aos integrantes da união, sendo que se um deles é casado, o estado civil deixa de ser óbice quando verificada a separação de fato. A regra é fruto do texto constitucional e, portanto, não se pode olvidar que, ao falecer, o varão encontrava-se na chefia da família oficial, vivendo com as esposa. O que se percebe é que houve envolvimento forte (...) projetado no tempo – 37 anos - dele surgindo prole numerosa – 9 filhos – mas que não surte efeitos jurídicos ante a ilegitimidade, ante o fato de o companheiro ter mantido casamento, com quem contraíra núpcias e tivera 11 filhos. Abandone-se a tentação de implementar o que poderia ser tido como uma justiça salomônica, porquanto a segurança jurídica pressupõe respeito às balizas legais, à obediência irrestrita às balizas constitucionais. No caso, vislumbrou-se união estável, quando na verdade, verificado simples concubinato, conforme pedagogicamente previsto no art. 1727 do CC”. (STF, RE 397.762-BA, j. 06/06/2008).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tem prevalecido o entendimento da impossibilidade do reconhecimento de união estável paralela a outros relacionamentos, matrimoniais ou extramatrimoniais. Cabe ilustrar, portanto, os fundamentos apontados:

Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de reconhecimento de união estável. Casamento e concubinato simultâneos. Improcedência do pedido. - A união estável pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento, ou, pelo menos, que esteja o companheiro (a) separado de fato, enquanto que a figura do concubinato repousa sobre pessoas impedidas de casar. - Se os elementos probatórios atestam a simultaneidade das relações conjugal e de concubinato, impõe-se a prevalência dos interesses da mulher casada, cujo matrimônio não foi dissolvido, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina, pois não há, sob o prisma do Direito de Família, prerrogativa desta à partilha dos bens deixados pelo concubino. - Não há, portanto, como ser conferido status de união estável a relação concubinária concomitante a casamento válido. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 931155 RS 2007/0046735-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 07/08/2007, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 20.08.2007 p. 281 RDDP vol. 55 p. 131)

Ainda no âmbito do STJ, no julgamento do Recurso Especial 1096539 / RS, é possível visualizar novamente o entendimento da Corte no que diz respeito às famílias paralelas/concomitantes. O julgado conta com a seguinte ementa, vejamos:

DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. HOMEM CASADO. OCORRÊNCIA DE CONCUBINATO. INDAGAÇÕES ACERCA DA VIDA ÍNTIMA DOS CÔNJUGES. IMPERTINÊNCIA. INVIOABILIDADE DA VIDA PRIVADA. SEPARAÇÃO DE FATO NAO PROVADA. ÔNUS DA PROVA QUE RECAI SOBRE A AUTORA DA AÇÃO.

O relator, Ministro Luis Felipe Salomão, declarou que, “A jurisprudência do STJ e do STF é sólida em não reconhecer como união estável a relação concubinária não eventual, simultânea ao casamento, quando não estiver provada a separação de fato ou de direito do parceiro casado. Continuou, dizendo que “não se mostra conveniente, sob o ponto de vista da segurança jurídica, inviolabilidade da intimidade, vida privada e dignidade da pessoa humana, discussão acerca da quebra da *affectiofamiliae*, com vistas ao reconhecimento de uniões estáveis paralelas a casamento válido, sob pena de se cometer grave injustiça, colocando em risco o direito sucessório do cônjuge sobrevivente.

Em suma, percebe-se então que prevalece ainda, nos Tribunais Superiores, o entendimento de não se admitir relações concomitantes ao casamento ou à união estável, pois entendem que o princípio da monogamia torna impossível a configuração de outro relacionamento simultâneo, não se reconhecendo, portanto, essa variação familiar

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, é possível constatar que não há no Direito Brasileiro uma solução pacífica no que diz respeito à problemática abordada, havendo, atualmente, posições divergentes, tanto no aspecto doutrinário, quanto jurisprudencial.

Assim, conforme exposto alhures, três são as linhas de pensamento sobre o tema proposto, sendo que, a primeira, com um olhar conservador e legalista, entende que não se pode reconhecer nenhum tipo de família paralela, presente ou não a boa-fé por parte de um dos companheiros/cônjuge.

A segunda corrente, com entendimento menos rigoroso, entende pela possibilidade de reconhecimento da chamada união estável putativa, isto é, quando há no relacionamento paralelo a presença de boa-fé por parte do parceiro. Logo, havendo a boa-fé, a união paralela deve ser reconhecida e produzido os efeitos jurídicos decorrentes do relacionamento.

Por fim, há ainda uma terceira corrente, a qual leciona que não reconhecer tais relacionamentos fere princípios constitucionais, tal como o da dignidade da pessoa humana, devendo ser levado em conta o princípio da afetividade das relações familiares para fins de reconhecimento desta nova concepção de família.

A problemática envolvendo o tema está em saber se a monogamia é ou não um princípio norteador da união estável. Sabe-se que no casamento o referido princípio é expresso, conforme se extrai dos dispositivos constantes em nossa Codificação Privada. Ocorre que, em relação ao companheirismo, não há no momento normas expressas em nossa Carta Magna ou no Código Civil (TARTUCE, 2016.).

Assim, parece-se que o entendimento mais razoável, atualmente, é aquele em que se trata do concubinato putativo, salvaguardando, portanto, os direitos daquele que contrai união estável de boa-fé, se presentes os requisitos legais, sendo que, as relações preexistentes em que o companheiro saiba de sua existência, entendem-se afastadas pelo Direito de Família, constituindo-se em mera sociedade de fato, a ser tratada na ótica do Direito Obrigacional. Destarte, a análise minuciosa e criteriosa de cada caso concreto se mostra imprescindível, a fim de verificar a boa-fé por parte de um dos companheiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em 15 de novembro 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nº 249761**. Quarta Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. DJe: 03/06/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STF, RE 397.762-BA**. Primeira Turma. Relator Ministro Marco Aurélio. DJe: 12/09/2008.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume 5. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOECKS, Renata Miranda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. **A possibilidade do reconhecimento da união estável putativa e paralela como entidade familiar, frente aos princípios constitucionais aplicáveis**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 64, maio 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=6123&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 05 de maio 2018.

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

MADALENO. Rolf. **Direito de Família**. 7ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

MADALENO. Rolf. **A união (ins)estável (Relações Paralelas)**. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/a-uniao-ins-estavel-relacoes-paralelas>. Acesso em 05 de maio de 2018.

MARANHÃO, Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0393812014**. Des. Rel Jamil de Miranda Gedeon Neto. Disponível em <http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/175071171/apelacao-apl-393812014-ma0015505-2420138100001>>. Acesso em 05 de maio de 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70010787398**. Sétima Câmara Cível. Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias. Julgado em 27 de abril de 2005.

SERGIPE, Tribunal de Justiça. **Apelação n 2012202680**. Rel Des José Eugenio da Fonseca Porto. Disponível em <<http://tjse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21856803/apelacao-civel-ac-2012202680-setjse/inteiro-teor-21856804>>. Acesso em 05 de maio de 2018.

