

Ano 11
Volume XVII
2º Semestre de 2018
ISSN 2178-3319



DIKÉ

Revista Eletrônica de Direito,
Filosofia e Política
do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito

Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito

Editora:

Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito.

Ano 11, nº XVIII, 2º semestre de 2018.

Conselho Editorial:

Prof. Doutor José Carlos Henriques (UNIPAC Itabirito) Prof. Doutor Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (UNIPAC-Milton Campos), Prof. Doutor Bruno Camilloto Arantes (UFOP), Prof. Doutor José Luiz Furtado (IFAC/UFOP), Prof. Doutor Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho (USP), Prof. Doutor Sebastião Trogo (FDCL/UFMG), Prof. Doutor Ramon Mapa da Silva (Unipac Itabirito), Prof. Mestre Guilherme de Faria Lage (Newton Paiva e Unipac Itabirito); Prof. Doutor Antônio Sá da Silva (UFBA).

Editores Responsáveis:

José Carlos Henriques, Ramon Mapa da Silva, Bernardo G. B. Nogueira.

Corpo de Pareceristas:

Prof. Doutor Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho (USP); Prof. Dr. José Carlos Henriques (Unipac Itabirito), Prof. Dr. Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (UNIPAC-Newton Paiva); Prof. Dr. Ramon Mapa da Silva (Unipac Itabirito), Prof. Dr. Bruno Camilloto Arantes (UFOP), Prof. Mestrando Rodrigo Ferreira (Unipac Itabirito), Prof. Mestre Guilherme de Faria Lage (Newton Paiva e Unipac Itabirito).

Linha Editorial

Direito, Filosofia e Política.

Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito.

Rua Cecília Almeida da Rocha, n. 291, Novo Itabirito - Itabirito/Minas Gerais.

E-mails: ramon_mapa@yahoo.com.br; jcarloshen@yahoo.com

SUMÁRIO

REVISTA DIKÉ

VOLUME XVIII

<i>A identificação genética coercitiva para fins criminais e o Princípio da não autoincriminação</i> <i>Rodrigo Ferreira, Julieta Maria de Carvalho Pereira</i>	4
<i>Teorias da imputação penal objetiva: breves apontamentos críticos</i> José <i>Carlos Henriques</i>	356
<i>Cultura do estupro: Machismo e as raízes da violência de gênero no Brasil</i> Luiz <i>Carlos Garcia</i>	50
<i>Famílias paralelas ou simultâneas: (Im)possibilidade de reconhecimento</i> Alex <i>Cândido Maciel, Claudineia Pereira Aguiar, Francielly Rodrigues, Giseli Reis Braga,</i> <i>Jaqueline Oliveira, Laura Kelly Pires, Leonardo Tadeu Braga, Luana Oliveira Santana,</i> <i>Sirlene Maria Teixeira, Raphael Furtado Carminate</i>	60
<i>Famílias poliafetivas: primeiras impressões sobre a (im)possibilidade de reconhecimento</i> <i>jurídico</i> Ana <i>Luiza Reis, Cezar Augusto Pereira Silva, Daniel Felipe de Deus Soares, Diego Augusto de</i> <i>Deus Soares, Fernanda Luiza Bebiano Braga, Marília de Paula de Aguiar Ferreira, Natália</i> <i>Marina Silva Carvalho, Nayara Maria de Lima, Raphael Henrique Miranda, Raphael Furtado</i> <i>Carminate</i>	80
<i>Cada vez é preciso o impossível: hospitalidades</i> Ana <i>Luiza Gussen Ferreira dos Santos, Bernardo Gomes Barbosa Nogueira</i>	98
<i>A PEC 209 e a repercussão geral nos recursos especiais: O que o aprendizado com o Recurso</i> <i>Extraordinário pode nos ensinar?</i> Flávio <i>Quinaud Pedron, Guilherme Henrique Lage Faria</i>	113
<i>Reforma trabalhista: as projeções da terceirização irrestrita na esfera jurídica do trabalhador</i> <i>Dimas de Abreu Melo, Gisele Fernandes Machado, Lohany Dutra Amorim</i>	146

A identificação genética coercitiva para fins criminais e o Princípio da não autoincriminação

Rodrigo Ferreira¹

Julieta Maria de Carvalho Pereira²

RESUMO: A pesquisa tem como finalidade analisar e apontar as consequências ocasionadas pela entrada em vigor da Lei n. 12.654/2012, que modificou o contexto do sujeito passivo no Processo Penal. Ocorre que a referida lei passou a admitir a coleta de material genético para fins de investigação criminal, tornando-a obrigatória em alguns casos, de forma que se o sujeito não fornecer seu material biológico de forma voluntária, poderá ser levado a realizar o procedimento de forma coercitiva. Todavia, esta disposição legal se mostra flagrantemente ofensiva ao direito de o sujeito investigado ou processado criminalmente não produzir prova contra si mesmo, ferindo de morte o princípio do *nemo tenetur se detegere*, o qual encontra guarida na Constituição Federal de 1988 e também em convenções internacionais de direitos humanos subscritas pelo Brasil, como a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Por este motivo, implicando em ofensa a garantia fundamental do indivíduo, certamente que a nova lei redundará na produção de provas ilícitas. Nesse passo, considerando que a Constituição Federal rechaça as provas ilícitas, aduzindo que elas são inadmissíveis no processo, pretende-se demonstrar, ao final, que a Lei n. 12.654/2012 possui dispositivos inconstitucionais que, acaso aplicados, desaguarão na produção de provas ilícitas, absolutamente imprestáveis para fins de serem utilizadas em processos judiciais.

Palavras-chave: Lei n. 12.654/2012. Identificação Genética Criminal. Coleta Coercitiva. Princípio Nemo tenetur se detegere. Prova Ilícita. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The aim of this paper (research) is to analyze and point out the consequences of the law nº 12.654/2012 coming into effect, which transformed the understanding of the passive subject in the Penal Code (Process). It so happens that the law made possible the collecting of genetic material in a criminal investigation, being it mandatory in some situations, this obliging the subject to provide genetic material even if they don't want to do it voluntarily. In other words, the whole procedure be done coercively. However, such legal clause goes against the fact that the subject being investigated has the right not to produce proof (evidence) against themselves, this doing away with the "nemo tenetur se detegere" principle. Such principle is present in the 1988 Federal Constitution as well as in international resolutions that have to do with human rights which have been endorsed by Brazil, for example the American

¹ Graduado em direito pela Universidade Federal de Ouro Preto, é especialista em Direito Público e em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Gama Filho, ocupa o cargo de Analista – Especialidade Direito, no Ministério Público de Minas Gerais, é professor de Direito Penal e Processual Penal na Unipac Itabirito.

² Graduada em Letras pela Universidade Federal de Ouro Preto e em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos.

Convention on Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights. Therefore, such law, because it affronts fundamental rights of the subject, produces illicit proof. Taking into consideration that the Federal Constitution does not accept illicit proof, considering them illegal (lawless) in a process, this paper intends to show, ultimately, that the Law nº 12654/2012 has in itself unconstitutional classes which, if put into practice, will result in the production of illicit proof which will show themselves to be absolutely worth less in judicial processes.

Key words: Law nº 12654/2012. Criminal Genetic Identification. Coercive Collecting. “Nemo tenetur se detegere” Principle. Illicit Proof Unconstitutionality.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por escopo a análise constitucional de alguns dispositivos específicos da Lei nº 12.654/2012, posto que esta permite que o Estado, de forma coercitiva, proceda à coleta de material genético do indivíduo, para fins de identificação criminal.

Entretanto, conforme será demonstrado **por** meio da revisão da literatura sobre o assunto, o referido dispositivo está em descompasso com garantias individuais asseguradas pelo texto constitucional, notadamente porque afronta o Princípio Processual Constitucional da Não-Autoincriminação, sendo este amplamente conhecido pelo brocardo jurídico *nemo tenetur se detegere*.

O referido princípio tem como conteúdo verdadeira garantia do indivíduo, posto que exige que o Estado se abstenha de obrigar os jurisdicionados a produzir provas contra si mesmos, e, nestes casos, da referida negativa não poderá resultar qualquer prejuízo para a defesa.

Para tanto, inicialmente, será analisado o conceito de identificação criminal e realizado breve um estudo histórico e atual sobre o tema.

Na sequência, após esclarecer o que se deve entender por identificação criminal, serão analisadas as hipóteses legais permissivas da excepcional medida de identificação, bem como os meios legalmente admitidos para esta finalidade.

Em seguida, será analisado o alcance da norma constitucional que dispõe que “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”, notadamente quanto ao alcance da restrição à atuação estatal. Neste ponto, será também analisado o significado e alcance do Princípio *Nemo Tenetur se Detegere*.

Adiante, será realizada a análise do tema Provas no Processo Penal, oportunidade em que serão sopesadas as suas nuances e, notadamente, as limitações constitucionais que dispõem sobre a imprestabilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

O estudo avançará para a verificação dos limites ao direito de produzir provas no processo penal, tomando mais uma vez como fio condutor norma de envergadura constitucional, posto que a Constituição Federal dispõe expressamente que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Ao final, será demonstrado como a coleta coercitiva de material biológico para a identificação genética do indivíduo implica em ofensa ao Princípio da Não-autoincriminação, já reportado acima, e, com isso, revelar a necessidade de afastar as situações de abuso por parte do Estado, evitando a hipertrofia do Direito Penal ao custo do sacrifício de garantias individuais constitucionalmente asseguradas.

1 IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

1.1 Conceito e breve esboço histórico

Inicialmente, releva iniciar os estudos pelo esclarecimento do que seria a identificação do ser humano para fins criminais.

A palavra identidade, no contexto do presente estudo, revela a ideia de individualizar, particularizar, distinguir um indivíduo na comparação com todos os outros da espécie. A identidade, portanto, é composta pelo conjunto das qualidades e características particulares que distinguem uma pessoa da outra, tais como características físicas (digitais, cor dos cabelos e da pele, altura, cicatrizes etc.), características pessoais (endereço, profissão, estado civil etc.), características biológicas (tipo sanguíneo, DNA, morfologia de órgãos e partes do corpo etc.), dentre outras.

Nesta linha, identificação criminal pode ser definida como o registro, guarda e recuperação de todos os dados e informações necessários para estabelecer a identidade do suspeito/acusado.

A correta identificação do sujeito acusado da prática de infrações penais é de particular importância. Logo de início, vislumbra-se a sua relevância a fim de evitar-se a impunidade e, por conseguinte, coibir-se a prática de delitos. Mas não se pode levar a análise da questão apenas

até este ponto, cuja obviedade é evidente. É necessário ter em mente que a correta identificação do infrator é sobremaneira relevante também para o fim de afastar a possibilidade de inaceitáveis erros judiciários, implicando na condenação e punição de sujeito diverso daquele que efetivamente praticou ou contribuiu para a prática da infração.

A partir deste ponto, mostra-se pertinente realizar uma breve análise histórica com relação à identificação criminal no Brasil.

Pois bem, antes da Constituição Federal de 1988, a identificação criminal era a regra. Nesse momento histórico, o indivíduo deveria ser identificado criminalmente ainda que já o fosse civilmente. Por isso, a apresentação de documentação pessoal em nada influía para o afastamento da medida identificatória.

Alinhada com esse tipo de entendimento, a súmula nº 568 do Supremo Tribunal Federal dispunha que “a identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente”.

O referido dispositivo sumular do Supremo Tribunal Federal foi alvo de várias interpretações equivocadas, o que abriu margem para práticas policiais abusivas e autoritárias, principalmente no tocante à conduta que ficou conhecida como “prisão para averiguação”. Cuidava-se de comportamento por meio do qual o indivíduo era conduzido coercitivamente até a Delegacia de Polícia de modo a apurar-se sua identidade e antecedentes, tudo isso sem nenhum mandado judicial para tal diligência.

É pertinente atentar para o contexto histórico em que a súmula foi editada. O verbete foi publicado na data de 05 de janeiro de 1977, momento histórico em que o Brasil ainda vivia as truculências e o autoritarismo de um regime de governo militar.

Entretanto, em 1988, com o advento da Constituição Federal ainda vigente, sobreveio importante mudança de tratamento da matéria. Em seu texto, o constituinte inseriu no art. 5º, LVIII, a regra de que o civilmente identificado não será mais submetido à identificação criminal, salvo nas excepcionais hipóteses previstas em lei.

Daí se infere que aquilo que antes representava a regra passou a comportar-se como exceção. Deveras, a partir deste marco jurídico, a identificação do sujeito para fins criminais somente seria possível quando este não tivesse identificação civil ou quando esta, por algum motivo relevante previsto em legislação específica, se mostrasse insuficiente.

A motivação histórica para a inclusão desse dispositivo no texto constitucional emergiu da necessidade de impedir as já referidas práticas abusivas realizadas em Delegacias

de Polícias, relacionadas com a identificação criminal do sujeito suspeito da prática de infrações penais.

A fim de ilustrar as tais práticas abusivas motivadoras da nova dicção constitucional obstativa da identificação criminal como regra, segue trecho da obra de Guilherme de Souza Nucci, *apud* Renato Brasileiro de Lima, em que o autor narra caso em que a coleta de impressões digitais de um suspeito foi tratada como um verdadeiro espetáculo, com a convocação da imprensa para registro do ato, implicando em uma exposição abusiva da imagem do suspeito³.

Neste contexto, importa verificarmos os dispositivos legais que, ao longo dos anos, passaram a dispor sobre a identificação criminal, notadamente no período pós-constituição de 1988, regulamentando o texto constitucional.

Em primeiro lugar, destacamos o art. 109 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90, o qual dispõe que *o adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada.*

Este foi o primeiro dispositivo legal a se alinhar com a novel disposição constitucional, rechaçando a identificação criminal do adolescente portador de identificação civil.

Como a Constituição Federal passou a dispor como regra a vedação da identificação criminal do civilmente identificado e o dispositivo anteriormente citado se refere exclusivamente aos menores infratores, obviamente que se fez necessária a elaboração de uma lei regulamentando o dispositivo, principalmente para estabelecer quais os casos em que, excepcionalmente, seria admitida tal identificação.

Então, somente no ano de 1995, ou seja, quase sete anos após a promulgação da Constituição Federal, a já revogada Lei nº 9.034/95, no seu art. 5º, regulou o primeiro caso excepcional em que, conforme critérios de política criminal, seria viável a identificação criminal do suspeito/réu, mesmo quando fosse civilmente identificado.

A referida lei dispunha que a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas seria realizada independentemente da existência de

³ Simbólico foi o particular caso, envolvendo um general de projeção nacional, que terminou indiciado pela polícia civil do Rio de Janeiro. Para acompanhar tal ato, vulgarmente conhecido por 'tocar piano' (os dedos, sujos de tinta, eram colocados um a um sobre uma planilha, semelhante ao teclado de um piano, para colher a impressão digital dos dez dedos das mãos), convidou-se a imprensa e houve filmagem e fotos suficientes para transformar algo natural (identificação criminal) em cena circense e teatral". (LIMA, Renato Brasileiro de. 2015. P. 116/117)

identificação civil. Neste caso, haveria identificação criminal compulsória de pessoas envolvidas com o crime organizado, independentemente da existência de identificação civil.

Entretanto, revelava-se evidente que este regramento pontual, que se referia a uma única situação excepcional, qual seja a questão de fatos criminosos praticados no âmbito de organizações criminosas, não era suficiente. Por este motivo, no ano de 2000, foi editada a Lei nº 10.054/00, a qual passou a regulamentar de maneira mais específica a identificação criminal no ordenamento pátrio, trazendo um rol de hipóteses permissivas.

Esta lei, no seu art. 3º, inciso I, passou a enumerar um rol de situações nas quais, em determinados crimes, seria viável tal identificação. Constava do revogado dispositivo a enumeração de uma série de infrações penais nas quais esta identificação criminal seria excepcionalmente admitida. Eram os casos do homicídio doloso, dos crimes contra o patrimônio praticados com violência ou grave ameaça, da receptação qualificada, dos crimes contra a liberdade sexual e do crime de falsificação de documento público, não constando, dentre eles, a hipótese em que o acusado se envolve com a ação praticada por organizações criminosas.

Todavia, este critério meramente qualitativo, que estabelecia um rol taxativo de delitos onde a identificação criminal seria obrigatória somente pelo fato de se tratar daquela modalidade de infração, também foi objeto de críticas por parte da doutrina. Com efeito, o simples fato de o suspeito/réu ter praticado esta ou aquela infração não parecia ser critério adequado e suficiente para o afastamento da disposição constitucional limitativa.

Foi neste contexto que entrou em vigor a Lei nº 12.037/09, que substituiu a anterior, passando a trazer nova regulamentação para as hipóteses de cabimento da identificação criminal, nos casos em que o indivíduo já tivesse identificação civil.

A Lei nº 12.037/09 representou uma clara evolução, pois esclareceu as hipóteses em que seria suficiente a identificação civil, trazendo no seu artigo 2º um rol de documentos considerados aptos para esta finalidade. Conforme dispõe, são suficientes e adequados para a correta identificação civil a *carteira de identidade; a carteira de trabalho; a carteira profissional; o passaporte; ou outro documento público que permita a identificação do indiciado*, além de, equiparar *aos documentos de identificação civis os documentos de identificação militares*.

Neste contexto, somente não havendo prova da identificação civil do réu ou não sendo este civilmente identificado é que se afasta o constrangimento ilegal, permitindo, de forma excepcional, a determinação da identificação criminal do sujeito.

De forma idêntica ao que ocorria na vigência da Lei nº 10.054/00, o legislador infraconstitucional estabeleceu hipóteses nas quais seria viável a identificação criminal, inseridas aí as identificações datiloscópicas e fotográficas. Ademais, o artigo 1º da citada lei replicou o texto constitucional, dispondo que “*o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nos casos previstos nesta lei*”.

Outro ganho trazido pela referida lei, atualmente em vigor, repousa no fato de que ela, inicialmente, abandonou o critério meramente qualitativo, atrelado à espécie de crime praticado, operando uma transposição para um critério relacionado com hipóteses de verdadeira cautelaridade.

De fato cuidou-se de um avanço, posto que a natureza do crime, por si só, não se mostrava como critério lógico aceitável para justificar a relativização constitucional da vedação de identificação criminal do portador de documento idôneo para a identificação civil.

A partir daí, as hipóteses permissivas da identificação criminal passaram a estar atreladas a situações com características de cautelaridade. Conforme veremos em seguida, esta nova lei trouxe um rol de situações em que é possível vislumbrar claramente os requisitos cautelares do *fumus* e do *periculum*. Nesta linha, o artigo 3º da lei elenca as hipóteses justificadoras da identificação criminal do indivíduo, indicando que será viável quando o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa; constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; e quando o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Da leitura do dispositivo, conforme salientado anteriormente, é possível notar com facilidade o abandono do critério qualitativo para justificar a excepcional identificação criminal do civilmente identificado.

A análise das situações permissivas revela a preocupação com a presença de do *fumus*, representado, por exemplo, por indícios de falsidade ou alteração do documento, por meio de rasura. É o caso, também, dos outros incisos, a exemplo daquele que dispõe que a identificação será viável se constar dos registros policiais anotações do uso de documentos com nomes ou qualificações diferentes. O *periculum*, nestes casos, é evidente e está atrelado ao perigo de que

uma identificação falsa redunde na impunidade do infrator e, ainda pior, na responsabilização eventual de um terceiro inocente.

Desde então, o critério determinante não estaria mais voltado para a natureza da infração supostamente praticada, mas para situações nas quais, ao arrepio da existência de identificação civil, esta não se mostra, por circunstâncias casuais, suficiente a garantir o necessário grau de certeza quanto a identidade do preso.

Posteriormente, já nos idos do ano de 2012, a Lei nº 12.037/09 foi alterada pela Lei nº 12.654/12. Esta última trouxe algumas novidades, dentre as quais o fato de ter introduzido no ordenamento pátrio a possibilidade de coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético do suspeito/réu, inclusive contra a vontade do agente. Para além, conforme será tratado pormenorizadamente mais adiante, esta lei resgatou, ao menos em parte, o critério qualitativo como fator justificador da identificação criminal do sujeito.

Feito este breve apanhado histórico do instituto da identificação criminal, será realizada a análise das hipóteses legais autorizadas e dos meios legalmente admitidos pelos quais é possível levar a efeito tal identificação.

1.2 Hipóteses legais autorizadas da identificação criminal

Nesse tópico, serão levadas em consideração as hipóteses legais vigentes, permissivas da identificação criminal do sujeito civilmente identificado. Para tanto, será realizado um estudo de cada uma das situações previstas no artigo 3º da Lei 12.037/2009.

Pois bem. A primeira situação legal em que se justifica a identificação criminal do sujeito civilmente identificado diz respeito à existência de indícios materiais de falsificação do documento.

Com efeito, a lei dispõe que o indivíduo poderá ser identificado criminalmente quando o documento apresentado tiver rasura ou indício de falsificação. A palavra rasura, conforme a língua culta, tem como um de seus significados a aposição de risco ou raspagem de letras ou palavras de um documento, para torna-las inválidas ou ilegíveis, ou substituí-las por outras.

Ainda sobre a hipótese do inciso primeiro, no que diz respeito à hipótese de indício de falsificação, importa salientar que a imitação criada de documento verdadeiro é considerada falsificação, podendo ser efetuada de forma material ou ideológica.

A falsificação material é caracterizada pela formação de um novo documento falso (formação ou contrafação), ou por sua adulteração, por intermédio de acréscimos ou supressão em seu conteúdo, de documento preexistente.

A falsidade material tem pertinência com o aspecto externo do documento e pode ocorrer pela alteração física de um documento verdadeiro, ao qual se agregam dizeres ou símbolos ou se suprimem os existentes, bem como pela criação de um documento em sua íntegra, seja imitando um modelo de documento existente, que o agente copia (contrafação), seja constituindo um documento que sequer tem similar original (formação).

De seu turno, a falsidade ideológica tem como característica o fato de incidir sobre o conteúdo intelectual do documento sem afetar sua estrutura material, de forma que constitui uma mentira aposta a um documento que, sob o aspecto material, é de todo verdadeiro, isto é, realmente escrito por quem seu teor indica. Essa modalidade de falsificação recai sobre um documento externamente verdadeiro, porém dotado de declarações falsas. Além dessa distinção, a falsidade ideológica também se diferencia da material pela impossibilidade de constatação do *falsum* por exame pericial no documento alterado.

De fato, como a falsidade ideológica recai sobre o conteúdo intelectual do documento, a prova pericial será de todo irrelevante para atestar a falsidade do documento, diversamente do que se dá na falsidade material.

A segunda hipótese autorizadora da identificação criminal diz respeito à insuficiência do documento apresentado para fins de identificação cabal do indiciado.

Nesta segunda situação, não há que se falar na verificação de rasuras ou indício de falsificação documental. Aqui, a hipótese é de a documentação apresentada, embora autêntica, não ser suficiente para garantir o necessário grau de certeza quanto à identidade do seu portador.

Seria o caso, por exemplo, de o indivíduo apresentar certidão de nascimento como documento de identificação. No caso, cuidando-se de documento que não é composto pela fotografia do titular e também não possui a identificação datiloscópica do sujeito, mesmo sendo autêntico, não oferece, por si só, a segurança necessária quanto à identidade do seu portador. Com efeito, seria muito fácil alguém apresentar uma certidão referente a terceira pessoa, atribuindo-se falsa identidade para fins de se furtar da responsabilidade criminal.

Por este motivo, esta é a segunda hipótese legal permissiva da identificação criminal do civilmente identificado.

A terceira situação legal diz respeito à verificação de que o indivíduo esteja portando mais de um documento de identidade e que os tais documentos distintos apresentem informações conflitantes.

A hipótese seguinte se caracteriza quando demonstrada a essencialidade da identificação criminal para as investigações policiais. Neste caso, a doutrina ensina que a medida funciona como verdadeira cautela de produção antecipada de provas, a fim de que se possa confrontar os parâmetros de identificação colhidos junto ao suspeito com eventuais vestígios deixados na cena do crime, como impressões digitais e/ou material biológico.

Por isso, esta é a única hipótese do artigo 3º da Lei nº 12.037/09 em que a identificação pressupõe a necessidade de prévia autorização judicial, em ato devidamente motivado.

Outra peculiaridade deste inciso IV do artigo 3º é que, nesta hipótese, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.

Também será possível a identificação criminal caso se verifique que o sujeito já fez uso de outros nomes ou de diferentes qualificações em situações anteriores. Nestes casos, havendo registros policiais anteriores apontando a utilização de outros nomes ou diferentes qualificações, a dúvida quanto à verdadeira identidade do sujeito resta flagrantemente evidenciada, justificando a sua identificação criminal.

Deveras, com esta cautela busca-se evitar, a um só tempo, que o verdadeiro criminoso fique impune e que um terceiro inocente suporte as consequências criminais daquele comportamento desviado.

Por último, também se justifica a identificação criminal no caso de se verificar a impossibilidade da completa identificação dos caracteres essenciais em virtude do estado de conservação ou da distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado.

Então, mais uma vez, a justificativa não está atrelada à suspeita de falsidade documental, mas a situações nas quais, mesmo o documento sendo aparentemente autêntico, suas condições não permitem a segurança necessária quanto à titularidade do portador.

Seria o caso, por exemplo, de documento em mau estado de conservação, no qual as informações se desgastaram, não permitindo a leitura segura de seus caracteres essenciais. É o que poderia ocorrer, por exemplo, no caso de o titular expor o documento ao contato com água e a infiltração borrar os caracteres do documento.

Outra situação apontada pela lei diz respeito ao fato de o documento apresentado ser muito antigo, pois, com o passar do tempo, as características pessoais do indivíduo podem ter se modificado ao ponto de ensejarem dúvidas quanto à identidade do seu portador. Seria o caso,

por exemplo, de um sujeito de quarenta anos de idade se identificar apresentando carteira de identidade antiga, da qual consta uma foto de quando tinha oito anos de idade.

Esclarecidas as hipóteses legais em que se admite a excepcional identificação criminal do indivíduo, é o momento de avançar para esclarecer os meios legalmente admitidos para tanto.

1.3 Meios de identificação do indivíduo

Estando presente alguma das situações justificantes da identificação criminal, conforme as situações elencadas no artigo 3º da Lei 12.037/09, importa esclarecer quais são os meios legalmente viáveis para efetivar tal identificação.

Pois bem, em primeiro lugar, temos a chamada identificação dactiloscópica. Cuida-se de um dos meios de identificação criminal mais conhecidos e populares, talvez em razão de sua simplicidade e eficiência. Este método consiste na coleta e análise das impressões das plantas das mãos e dos pés e, no que diz respeito à identificação criminal, especialmente as impressões digitais do sujeito.

A papiloscopia permite uma análise segura da identidade do indivíduo, na medida em que os sinais das digitais de cada indivíduo são peculiares e perenes, ou seja, além de ser praticamente impossível que duas pessoas tenham impressões digitais idênticas, também é fato que tais sinais não se alteram com a passagem do tempo.

Renato Brasileiro, em obra especialmente dedicada ao estudo da legislação penal extravagante, realça que o desenho digital, com seus pontos característicos, já pode ser notado desde o 3º mês de vida fetal e se consolida, ainda na fase intrauterina, por volta do 6º mês de gestação. A partir daí, a mesma impressão digital acompanhará o indivíduo por toda a sua vida. (LIMA, Renato Brasileiro de. 2015, p. 127)

Outro meio bastante simples e conhecido de proceder à identificação criminal do sujeito é por registros fotográficos. Nestes casos, devem ser observadas as disposições da Lei nº 7.116/83, a qual, no seu artigo 3º, 'f', especifica a forma e padrões a serem seguidos relativamente às fotografias que integrarão a Carteira de Identidade. O referido dispositivo dispõe que a fotografia deverá ser no formato 3x4, e, obviamente, também deverá ser frontal.

Este meio, todavia, enfrenta inconvenientes. O principal deles diz respeito ao fato de que a fisionomia das pessoas se modifica naturalmente com a passagem do tempo. Não podemos ignorar, inclusive, que a aparência física pode ser facilmente alterada por vontade do

sujeito, tanto por meio de intervenções cirúrgicas como por meio de expedientes mais simples, como alterações quanto ao tamanho, corte e cor dos cabelos e da barba.

Por esse motivo, há quase que um consenso no sentido de que este método não deve ser utilizado isoladamente, mas ao lado de outros meios de identificação, como o datiloscópico, por exemplo.

Por fim, dentro das hipóteses legalmente tipificadas, apontamos a identificação do sujeito por meio da análise de seus padrões genéticos. Trata-se de uma das inovações trazidas pela Lei 12.654/12, sendo método que viabilizada uma identificação muito eficaz e confiável, por meio da análise do DNA do indivíduo.

Esta forma de identificação se revela particularmente útil nos casos de crimes praticados com emprego de violência e de crimes sexuais, posto que pequenas porções de material biológico do indivíduo, como pequenos vestígios de pele ou de cabelo, ou ainda vestígios de sangue, e até mesmo uma pequena porção de saliva presente em um copo ou numa guimba de cigarro, podem viabilizar a identificação genética do indivíduo.

Como todo ser vivo possui informação genética, havendo variabilidade dessas informações entre seres de uma mesma espécie, a análise do material biológico pode apontar a fonte de onde ele partiu, identificando sua origem. Aliás, mesmo quando um perfil genético não pode ser comparado com uma amostra cujo doador seja conhecido, podem ser extraídas do DNA informações úteis para as investigações criminais, como, por exemplo, o sexo da pessoa. De mais a mais, como a molécula do ácido desoxiribonucleico é robusta e tem alta estabilidade química e térmica, este alto grau de resistência do DNA a fatores ambientais contribui sensivelmente para a obtenção de perfis genéticos, mesmo após longos períodos de tempo. (LIMA, Renato Brasileiro de. 2015, p. 128)

Nos termos da lei 12.037/09, são estes os meios de identificação do indivíduo, ou seja, método datiloscópico (coleta de padrões digitais), método fotográfico e o novo método consistente na identificação do perfil genético.

Ao lado destes, legalmente previstos, existem outros meios, menos populares, de identificação humana, os quais podem ser igualmente utilizados em um processo ou investigação criminal a fim de individualizar o sujeito.

Exemplificativamente, é pertinente mencionar a individualização do sujeito em razão da análise de seus padrões vocais.

Emílio de Oliveira e Silva, citando Flamínio Fávero, salienta que

A identificação humana pode ser feita por meio das particularidades da voz de cada pessoa. Seu estudo pode ser realizado com base no tom, volume, timbre e tipo de voz,

revelando a idade, sexo e outras características do indivíduo. (SILVA, Emílio de Oliveira e. 2014, p. 36)

Com efeito, cada pessoa possui padrões vocais próprios que podem individualizá-la.

Existem ainda outras formas de identificação, como a coleta de padrões da íris do indivíduo, etc. Todavia, na perspectiva atual, estes outros meios de identificação não constam expressamente do texto da Lei 12.037/2009, a qual contempla expressamente só a identificação datiloscópica, fotográfica e genética.

Conhecidos os meios de identificação humana disponíveis, é o momento de avançar para um breve aprofundamento e exposição das inovações trazidas pela Lei 12.654/12.

2 AS POLÊMICAS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.654/12

Nos idos do ano de 2012, a Lei nº 12.037/09 foi alterada pela Lei nº 12.654/12. Esta última trouxe uma novidade ao introduzir no ordenamento pátrio a possibilidade de coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético do suspeito/réu.

A partir de então, criou-se a possibilidade, inclusive, da implantação de um banco de dados de perfil genético, representando uma etapa de solidificação quanto ao projeto de cientificação da investigação criminal. Este projeto está sendo elaborado desde de 2002 pelo Ministério da Justiça, por intermédio da Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), com o objetivo principal de suprimir o ciclo vicioso que há entre a criminalidade e a impunidade, ao argumento de o banco de dados de perfil genético trazer maior esclarecimento de crimes.

A referida lei, que ficou conhecida como a Lei de Identificação Genética, originou-se do Projeto de Lei nº 93 de 2011, de autoria do Senador Ciro Nogueira. Na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, tendo como relator o Senador Demóstenes Torres, foi inserida uma emenda para ampliar a identificação genética, de forma a alcançar indivíduos investigados e acusados.

Uma das grandes polêmicas em torno da novel lei ficou por conta do fato de que ela introduziu na Lei de Execução Penal o art. 9º-A, o qual dispõe que "os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072/90 serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA-ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor".

Aqui, é possível vislumbrar um retorno, ao menos parcial, ao critério anterior, haja vista que, no caso do art. 9º-A da LEP, a coleta do material genético será feita em relação aos condenados por sentença transitada em julgado pela prática de certos delitos específicos, quais sejam aqueles legalmente definidos como crimes hediondos. Mas cuidou-se de fato de um retorno apenas em parte ao critério anterior, haja vista que o permissivo legal também abrange os condenados por quaisquer crimes dolosos, praticados com violência grave contra a pessoa, extrapolando o rol dos crimes hediondos. Portanto, nesta segunda dimensão, permite-se a identificação genética do indivíduo que praticar quaisquer infrações que se enquadrem naquele gênero – dolosas e praticadas com violência grave – ampliando bastante o leque de possibilidades.

O ponto comum entre uma e outra situação repousa no fato que, nestes casos, a identificação criminal será viável sem que seja necessária a demonstração de qualquer situação de cautelaridade.

Mas a rubrica que, sem dúvidas, gera maior controvérsia diz respeito à possibilidade de o Estado, nestes casos, submeter o indivíduo a suportar intervenção corporal para a coleta de seu material genético, ainda que contra sua vontade expressa.

Nestes casos, a identificação genética passará a integrar um banco de dados de modo ser usada como prova em relação a fatos futuros, cuja autoria seja desconhecida.

Então, na perspectiva atual, nos termos do disposto no artigo 5º, parágrafo único, da Lei nº 12.037/2012, o sujeito que ostentar a condição de suspeito poderá ser identificado geneticamente, inclusive com a coleta de material biológico sem o seu consentimento, desde que se enquadre na situação descrita no art. 3º, IV, da mesma lei. Logo, poderá ser geneticamente identificado “quando a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa”.

Portanto, nestes casos, sendo a medida considerada essencial para as investigações policiais e havendo ordem judicial, o indivíduo poderá ser geneticamente identificado, ainda que contra a sua vontade.

Aury atenta para o fato de que,

para fins probatórios, o código genético será confrontado com as amostras de sangue, saliva, sêmen pelos etc. encontradas no local do crime, no corpo da vítima, em armas ou vestes utilizadas para prática do delito, por exemplo. A partir da comparação, será elaborado laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado que analisará a coincidência ou não. (LOPES JR., Aury. 2014, p. 644)

O mesmo autor sustenta que, neste caso, ou seja, da coleta de material genético do sujeito suspeito da prática de crime, há uma maior restrição para a utilização dos dados de identificação genética do indivíduo. Segundo ele, a prova genética somente poderá ser utilizada no caso penal específico que esteja sob investigação e o material somente poderá ser utilizado até antes da ocorrência da prescrição deste delito.

A situação se modifica e se agrava nos casos do sujeito que já foi condenado por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes hediondos previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Nestes casos, além de o indivíduo poder ser submetido à extração compulsória de material genético, mediante extração de DNA, não há que ser falar nas limitações pautadas anteriormente, referentes ao uso das informações somente em relação ao crime investigado no momento da identificação. Com efeito, cuidando-se de sujeito já apenado, a Lei nº 7.210/84 passou a admitir que tais informações genéticas possam ser empregadas como prova em processos futuros, que investiguem infrações penais distintas.

Portanto, conclui-se que a lei nº 12.654/2012, que entrou em vigor dia 28 de novembro de 2012, alterou drasticamente a situação jurídica do sujeito passivo no processo penal, uma vez que exclui do sujeito o direito de não produzir prova contra si próprio, admitindo assim a coleta coercitiva do material genético como forma de identificação criminal.

Consequentemente as modificações realizadas trouxeram prejuízos ao sujeito passivo, que agora será obrigado a submeter-se a intervenção corporal, com ou sem o seu consentimento, isto é, para fazer o procedimento de forma coercitiva, para fornecer o material genético.

Em razão das inovações trazidas por esta lei, será necessário analisar a sua compatibilidade constitucional. Conforme se nota, à medida que a lei passa a permitir que o Poder Judiciário ordene a identificação genética compulsória do indivíduo para fins criminais, servindo como prova para eventuais condenações tanto no processo em que foi produzida como em processos futuros, há fortes indicativos de ofensa ao princípio da não autoincriminação, traduzido na conhecida expressão *nemo tenetur se detegere*.

Para tanto, o próximo movimento da pesquisa consistirá numa análise do referido princípio, a fim de esclarecer o alcance de seu conteúdo e confrontá-lo com as disposições legais mencionadas acima.

3 O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

O direito de não se autoincriminar se revela como consectário lógico do estado de inocência. Se é vigente a máxima de que todos devem ser considerados inocentes até que sobrevenha uma decisão judicial condenatória com trânsito em julgado e se estamos na vigência de um Estado de Direito Democrático, que em matéria processual penal está constitucionalmente orientado por um sistema de viés acusatório, esta circunstância transfere todo o *onus probandi* para a acusação. Daí que, não havendo para o acusado qualquer obrigação de provar sua inocência, senão a chance de fazê-lo, emerge como forte desdobramento o seu direito de ficar calado quando for investigado ou réu em feito de natureza criminal, não podendo, por consequência, restar configurado qualquer prejuízo para sua defesa.

Inicialmente, revela-se pertinente pontuar o alicerce jurídico do instituto, tanto no âmbito do direito interno como na perspectiva de direito internacional. O *nemo tenetur* encontra guarida não só na Constituição Federal, ao dispor que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” e, como consequência, que os presos têm o direito de permanecer calados não podendo resultar, em consequência, qualquer prejuízo para a sua defesa, como também em tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil.

Exemplo disso é o *Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos*, o qual estabelece no seu artigo 14 que “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” e, mais adiante, arremata assegurando que toda pessoa acusada de um delito terá direito a, pelo menos, não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada. No mesmo sentido se orienta a *Convenção Americana de Direitos Humanos* ao dispor no seu artigo 8.2 e na alínea ‘g’, que toda pessoa acusada de delito deve ser tratada como presumidamente inocente enquanto não se prove legalmente sua culpa e lhes assegura a garantia de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem declarar-se culpada.

Não obstante a clareza com que os diplomas legais acima mencionados asseguram aos acusados em geral o direito de não serem obrigados a depor contra si mesmos, bem como de não se confessarem culpados, o *nemo tenetur* tem um alcance ainda maior, resguardando tais indivíduos também em outras situações, para além do direito ao silêncio propriamente dito.

Conforme ensina GIACOMOLLI, o direito ao silêncio se revela apenas como uma das faces do *nemo tenetur* que, sem embargo, “abarca o direito de não produzir ou colaborar na produção de quaisquer provas, sejam elas documentais, periciais ou outras” (GIACOMOLLI,

2015, p. 207). A indicar a extensão de situações englobadas, o autor enumera neste rol, além do direito ao silêncio, o direito de não comparecer em reprodução simulada de fatos ou de fornecer documentos, de não se submeter a reconhecimentos e de negar-se a permitir a invasividade interna (v.g., uso de agulhas) ou externa (v.g., extração de cabelos e unhas).

Sobre o tema, após contrapor as características dos sistemas processuais inquisitório e acusatório, FERRAJOLI assevera que o “*Nemo tenetur se detegere* é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII no direito inglês” (FERRAJOLI, 2002, p. 486). Então, o autor enumera como corolários desta máxima, entre outros, o direito ao silêncio e até mesmo a faculdade do imputado de responder o falso, bem como “a proibição não só de arrancar a confissão com a violência, mas também de obtê-la mediante manipulação da psique, com drogas ou com práticas hipnóticas, pelo respeito devido à pessoa do imputado e pela inviolabilidade de sua consciência”. (FERRAJOLI, 2002, p. 486)

No âmbito interno, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXIII, dispõe que quando o sujeito for preso, deverá ser avisado de que tem o direito de permanecer calado.

Releva salientar que a Constituição Federal, ao fazer menção ao direito ao silêncio do indivíduo ao ser preso, não fez qualquer distinção entre os presos provisórios e aqueles privados de sua liberdade em razão de sentença condenatória definitiva e nem sequer diferenciou o preso sobre o qual já recai uma imputação formal da prática de crime daquele que ostenta a condição de mero suspeito. Por este motivo, conclui-se que o constituinte estabeleceu uma garantia que não se restringe aos acusados, propriamente ditos, mas abarca também os suspeitos, em todos os incidentes processuais.

Ainda no âmbito da legislação interna, agora na perspectiva infraconstitucional, o artigo 186 do Código de Processo Penal, em seu *caput* e no parágrafo único, na mesma linha, evidencia de forma objetiva a questão supracitada. O referido dispositivo assevera que, depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Código Processo Penal, 1941). Adiante, pontua que o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Por sua vez, o Código de Processo Penal Militar vai além, em seu artigo 296, parágrafo 2º, ao dispor que “Ninguém está obrigado a produzir prova que o incrimine, ou ao seu cônjuge, descendente, ascendente ou irmão”.

Ao passo que o *nemo tenetur* engloba o direito de não produzir ou contribuir na produção de quaisquer provas, provas estas de conteúdo documental, pericial ou qualquer outro meio de provas, o “permanecer calado” é caracterizado como apenas uma espécie do princípio do *nemo tenetur*, conforme salientado anteriormente.

Sobre o alcance do princípio, GIACOMOLLI assevera que ele comporta, além da prerrogativa de permanecer em silêncio ou responder somente aos questionamentos que não impliquem em autoincriminação, também o direito de negativa de realização de condutas ativas, tais como o comparecimento à reconstituição de fatos, comparecimento para depor, fornecimento de documentos para exames grafotécnicos e assoprar no etilômetro. Mas o autor atenta que as garantias ainda vão além, compreendendo o direito a se recusar a contribuir com a produção probatória, mesmo que com comportamentos passivos - *nemo tenetur se ipsum accusare*. Por isso, também abarca a prerrogativa de o sujeito se negar a participar de ato de reconhecimento, bem como a possibilidade de se opor à extração coativa de material para ser analisando (coleta de sangue, de esperma, de saliva, urina, v.g.).

Por fim, ele atenta para circunstância de peculiar importância ao esclarecer que o *nemo tenetur* abarca igualmente o direito de oposição a atos que impliquem em qualquer tipo de invasividade corporal, interna ou externa. Por isso, é garantido ao sujeito o direito de refutar atos de introdução de agulhas em seu corpo para extração de sangue ou de outros líquidos, bem como a introdução de substâncias químicas via sondas. Nesta linha, poderá se opor também a atos como a extração de cabelos, pelos e unhas. (GIACOMOLLI, Nereu José, p. 207, 2015).

Daí se infere que em qualquer situação onde este tipo de prova for produzida sem a cooperação voluntária do sujeito, estaremos diante de comportamento ofensivo ao estado de inocência e à ampla defesa.

E não poderia mesmo ser diferente, haja vista que na perspectiva constitucional e convencional, alinhada com o sistema processual acusatório, não se mostra viável admitir que o sujeito seja tratado como mero objeto do processo. No atual estado de coisas constitucional, ao contrário, exige-se do Estado que confira ao imputado o *status* de sujeito de direitos dentro do processo.

Nesse passo, Nereu José Giacomolli pontua que o encargo probatório da culpabilidade do acusado ou imputado é dever exclusivo do autor da ação, sujeito processual a quem incumbe provar a veracidade da imputação, afastando qualquer dúvida razoável.

O autor arremata o raciocínio com a afirmação de que a “existência do dever de colaborar afetaria a ampla defesa, macularia o estado de inocência, o devido processo.” (GIACOMOLLI, Nereu José, p. 211, 2015).

Dito isto, então, torna-se indispensável atentar para o fato de que a coleta de material genético do indivíduo de forma coercitiva, inclusive com o emprego de força por parte do Estado para vencer a negativa do sujeito, redundando em flagrante ofensa ao direito de não autoincriminar-se. Neste caso, é consectário lógico que o dispositivo da Lei 12.654/2012 que passou a viabilizar este tipo de comportamento ofende o direito do imputado. Com efeito, implica em ofensa direta ao texto constitucional e às convenções internacionais sobre direitos humanos subscritas pelo Brasil, que também protegem tal prerrogativa, como são os casos da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

De fato, tudo está a demonstrar que a lei nº 12.654/2012, acaba por menosprezar e ferir de morte o princípio do *nemo tenetur*, colidindo com a norma do devido processo legal, atingindo também o princípio da dignidade da pessoa humana, ambos acolhidos pelo texto da Constituição Federal.

4. PROVA CRIMINAL: ALCANCE E LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS

Esclarecendo as acepções do termo Prova

Partindo da premissa de que a coleta coercitiva de material genético do indivíduo para fins criminais ofende o Princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e, por consequência, implica na obtenção de provas ilícitas, é o momento de analisar a disciplina da Prova no Processo Penal, a fim de investigar suas nuances e as consequências jurídicas do reconhecimento da ilicitude da prova

Primeiramente, não se pode perder de vista que o processo, “na visão do ideal, objetiva fazer a reconstrução histórica dos fatos ocorridos para que se possa extrair as respectivas consequências em face daquilo que ficar demonstrado”. A finalidade perseguida, conforme ensina Nestor Távora, é o convencimento do julgador, a fim de que as partes possam conseguir êxito em suas pretensões, sendo certo que perseguem este intento por meio da atividade probatória. (TAVORA, Nestor. 2009, p. 297)

Há de se considerar que o vocábulo *prova* possui amplas interpretações conforme a finalidade almejada pelo autor. No entanto, para o Processo Penal a terminologia adequada é aquela cujo significado demonstra que uma afirmação ou um fato são verdadeiros.

De acordo com Renato Brasileiro a palavra prova tem sua origem no latim, ou seja, vem do vocábulo *probo* (*probatio, eprobus*) que pode ser traduzido por ensaio, verificação, inspeção exame, aprovação ou confirmação.

Em conformidade com Brasileiro, o professor Fernando Capez (2012. p. 360) conceitua prova como “o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, destinados a levar ao magistrado a convicção a cerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação.”

Renato Brasileiro, acerca do assunto, faz referência a três acepções da palavra prova, demonstrando a importância das diferentes concepções. Assim, em um primeiro momento, trata a prova como a ação ou busca para averiguar a verdade dos fatos. Logo em seguida, se refere às demais acepções como fator impulsor da formação da convicção por parte do julgador.

Para além, prova também é caracterizada pela conjunção de elementos produzidos pelas partes ou a requerimento do magistrado quando se trata da livre formação de convencimento quanto a atos, fatos e circunstâncias.

No que tange a importância da prova para o Processo Penal, ela está atrelada à sua capacidade de auxiliar o juiz na formação de sua convicção quanto à veracidade dos fatos e das alegações das partes, permitindo que profira a decisão mais justa e adequada ao caso concreto.

No âmbito infraconstitucional, a Lei nº 11.690/2008 trouxe modificações significativas em relação à forma legal de tratar a matéria.

Logo de início, a referida lei conferiu nova redação ao artigo 155 do Código de Processo Penal, que passou a prever distinções entre as chamadas provas e os elementos informativos.

A palavra prova, em seu cerne, refere-se aos elementos de convicção produzidos durante a fase judicial, em procedimento dialético em que é garantido aos acusados o respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Em contrapartida, os elementos de informação estão presentes na fase pré-processual ou investigativa, referindo-se às circunstâncias apuradas unilateralmente, sem a participação retórica das partes. Por isso, não há que se falar, neste caso, em observação dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Neste sentido, Renato Brasileiro estabelece clara distinção entre os elementos que ostentam o *status* de prova propriamente dita e os chamados elementos de informação.

A palavra prova só pode ser usada para se referir aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório (ainda que diferido) e da ampla defesa. Por outro lado, elementos de informação são aqueles colhidos na fase investigatória, sem a necessária participação dialética das partes. Dito de outro modo, em relação a eles, não se impõe a obrigatória observância do contraditório e da ampla defesa, vez que nesse momento ainda não há falar em acusados em geral na dicção do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. (LIMA, Renato Brasileiro de, p. 556, 2014).

Conforme evidenciado, do ponto de vista da técnica processual penal, a palavra prova se restringe exclusivamente aos elementos de convicção colhidos, via de regra, na fase judicial, sempre sob o pálio do contraditório e da ampla defesa.

A justificativa de parte da doutrina a fim de sustentar a desnecessidade de contraditório e ampla defesa na fase das investigações preliminares repousa na alegação de que o sujeito ainda não ostenta a condição de réu/acusado, haja vista a inexistência de acusação formal. Nesta fase, os sujeitos ainda estariam na condição de meros investigados e não de acusados, motivo pelo qual, não havendo acusação, não haveria que se falar em direito de defesa.

Antes de avançar para o estudo do objeto e da finalidade da prova, mostra-se pertinente esclarecer que o próprio Código de Processo Penal traz exceções nas quais os elementos de convicção colhidos durante a fase das investigações preliminares assumem a condição de provas propriamente ditas.

Com efeito, o artigo 155 do Código de Processo Penal dispõe que o *juiz, formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.*

Paulo Rangel esclarece em que consistem as exceções acima mencionadas. Segundo ele, “provas cautelares são aquelas informadas pelo binômio: *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, autorizando sua adoção com o escopo de assegurar o curso do inquérito a fim de que possa o MP oferecer denúncia”. São os casos, por exemplo, das diligências de busca e apreensão e de interceptação de comunicações telefônicas. (RANGEL, Paulo. 2015, p. 523)

Quanto às chamadas provas *não repetíveis* ou *não renováveis*, Aury Lopes Júnior as define como sendo “aquelas que, por sua própria natureza, têm que ser realizadas no momento do seu descobrimento, sob pena de perecimento ou impossibilidade de posterior análise. Na

grande maioria dos casos, trata-se de provas técnicas que devem ser praticadas no curso do inquérito policial e cuja realização não pode ser deixada para um momento ulterior, já na fase processual”, sob pena de perecimento dos vestígios materiais. (LOPES JUNIOR, Aury. 2014, p. 326) São os casos dos exames periciais em geral, o exame cadavérico e o exame de corpo de delito.

Por fim, Rangel adverte que provas antecipadas “são aquelas realizadas na fase do inquérito visando a preservar o objeto de prova que seria colhido no curso do processo, mas que diante de um fato urgente pode prejudicar sua colheita, pois quando da instauração do processo poderá não mais existir”. (RANGEL, Paulo. 2015, p. 523)

Em todas estas situações, excepcionalmente, poderia o juiz fundamentar sua sentença com base nesses tipos de provas colhidas no inquérito, sendo que, nos casos das provas cautelares e das não repetíveis, o contraditório será estabelecido posteriormente, caracterizando o que a doutrina denomina como contraditório diferido ou postergado.

A título de exemplo, é o que acontece nos casos de exames periciais realizados na fase do inquérito policial, situações nas quais, na fase judicial, é dada às partes a oportunidade de questionarem o laudo, solicitando esclarecimentos dos peritos.

De outro lado, no caso do incidente de produção antecipada, mesmo a prova sendo produzida em momento processual antecipado, às vezes durante as investigações policiais, já nasce oxigenada pelo contraditório e pela ampla defesa, haja vista que são produzidas com a observância do contraditório real, perante a autoridade judicial.

Neste último caso, da produção antecipada de provas, de ofício ou mediante provocação das partes, o Juiz instaura um incidente processual, que corre em apartado dos autos do inquérito ou do processo, conforme o caso, e é designada uma audiência. Esta audiência, em que estarão presentes as partes ou futuras partes, devidamente assistidas por seus advogados, será presidida pelo Juiz competente. Por isso, em que pese a prova ser produzida em momento processual antecipado, o fato é que já nasce com a participação dialética das partes, e, assim, já assume o *status* de prova propriamente dita.

4.2 Os objetos da prova no Processo Penal

A prova tem como objetivo a compreensão de fatos que são essenciais para a apuração de existência ou inexistência de uma responsabilidade penal e que podem originar dúvidas ao magistrado, assim, fazendo com que este exija a comprovação de tal fato.

Não obstante, há certos tipos de fatos que não exigem a comprovação, como os axiomáticos, os notórios, os inúteis e as presunções legais.

Noberto Avena define os fatos axiomáticos como sendo “aqueles considerados evidentes, que decorrem da própria intuição, gerando grau de certeza irrefutável. Trata-se dos fatos indiscutíveis, indubitáveis, que dispensam questionamentos de qualquer ordem” e arremata exemplificando com a situação de um cadáver em estado de putrefação. Provada esta primeira circunstância, dispensa-se a prova da morte, pois a putrefação decorre justamente da segunda circunstância. (AVENA, Norberto, p. 440, 2014)

Já o conceito de fato notório é intuitivo. O próprio nome já indica se tratar de fatos de conhecimento amplo e geral, que fazem parte do patrimônio cultural de cada pessoa, aplicando-se, nestes casos, a máxima de que o que é notório dispensa prova (*notorium non eget probatione*).

Outra situação na qual se dispensa a produção de prova do alegado pela parte diz respeito às chamadas presunções legais. Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima “presunção é a afirmação feita pela lei de que um fato é existente ou verdadeiro, independentemente de prova. Assim, provado o fato que serve de base à presunção, considera-se provado o fato probando objeto da presunção”. (LIMA, Renato Brasileiro de. 2017, p. 798)

Como exemplo, o autor cita que, comprovando-se que o acusado é menor de 18 (dezoito) anos, presume-se que seja inimputável, sendo que a inimputabilidade do menor de 18 (dezoito) anos não precisa ser provada pela acusação ou pela defesa.

Por fim, também os chamados fatos inúteis, entendidos como aqueles que não possuem nenhuma relevância na decisão da causa, dispensando a análise pelo julgador, não necessitam ser provados, visto que configura circunstâncias absolutamente desnecessárias à solução da lide. Seria o exemplo das preferências sexuais de indivíduo acusado de crime de furto. (AVENA, Norberto, p. 440, 2014).

Em conclusão, seguindo as lições de Vicente Greco filho, conclui-se que o objeto da prova são os fatos relevantes, ou seja, são os fatos pertinentes ao processo e que podem influir, em diferentes graus, na decisão da causa, motivo pelo qual suscitam o interesse da parte em demonstrá-los.

4.3 Vedação constitucional às provas obtidas por meios ilícitos e a identificação genética compulsória

Após estes breves comentários acerca da teoria geral da prova no Processo Penal, impende analisar o que se deve entender por prova obtida por meio ilícito e qual a tratativa constitucional da matéria.

Conforme assevera Renato Brasileiro, o direito à prova, como todo e qualquer direito fundamental, não tem natureza absoluta, estando sujeito a limitações justamente pelo fato de que coexiste com outros direitos igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico.

É por este motivo que a Constituição Federal de 1988 traz expressamente em seu texto vedações ao direito de produzir provas no Processo Penal. No artigo 5º, LVI, da Constituição está estabelecido que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Trata-se uma regra nova, não existente nas Constituições anteriores.

Paulo Rangel, em raciocínio alinhado com conveniência da limitação do direito à prova e, notadamente das provas obtidas por meios ilícitos, adverte que

A vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito, que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar. Os direitos previstos na Constituição, já dissemos, são direitos naturais, agora positivados, não havendo mais razão para o embate entre o direito natural e o direito positivo, como no passado. (RANGEL, Paulo. 2015, p. 471)

Em seguida, Rangel salienta que a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos foi alçada à condição de direito fundamental, estabelecendo-se verdadeira limitação ao princípio da liberdade da prova.

Nesta mesma linha, Nestor Távora aduz que a vedação constitucional é de todo pertinente, posto que seria impensável uma persecução criminal ilimitada, sem parâmetros, onde os fins justificassem os meios, inclusive na admissão de provas ilícitas. Segundo ele, assim como acontece com quaisquer pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, o Estado precisa ser sancionado quando viola a lei. O autor arremata dizendo que “assegurar a imprestabilidade das provas colhidas em desrespeito à legislação é frear o arbítrio, blindando as garantias constitucionais, e eliminando aqueles que trapaceiam, desrespeitando as regras do jogo”. (TAVORA, Nestor. 2009, p. 302)

Entretanto, considerando que o constituinte estabeleceu a referida garantia processual, contudo, não esclareceu o que deveria ser considerado como prova ilícita para aquelas finalidades, a tarefa incumbiu, inicialmente, à doutrina.

Sobre o tema, Uadi Lammêgo Bulos ensina que:

(...) provas obtidas por meios ilícitos são as contrárias aos requisitos de validade exigidos pelo ordenamento jurídico. Esses requisitos possuem a natureza formal e a material. A ilicitude formal ocorrerá quando a prova, no seu momento introdutório, for produzida à luz de um procedimento ilegítimo, mesmo se for lícita a sua origem. Já a ilicitude material delinea-se através da emissão de um ato antagônico ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório, como nas hipóteses de invasão domiciliar, violação do sigilo epistolar, constrangimento físico, psíquico ou moral a fim de obter confissão ou depoimento de testemunha.

Note que o autor, seguindo a linha de pensamento amplamente majoritária na doutrina, estabeleceu diferenciação entre a prova ilegítima, que seria aquela produzida com ofensa a preceitos legais de natureza processual, e a prova ilícita propriamente dita, que seria aquela obtida mediante violação de normas de natureza material.

Com o intuito de promover uma maior adequação do Código de Processo Penal à Constituição Federal, esta mesma vedação foi positivada em seu texto com a entrada em vigor da Lei nº 11.690/2008. Desde então, o artigo 157 do Código de Processo Penal, passou a dispor expressamente que são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas. E, mais, o referido Código foi além e definiu provas ilícitas como sendo as obtidas com violação a normas constitucionais ou legais, não fazendo a tradicional diferencial doutrinária entre provas ilícitas *stricto sensu* (produzidas mediante violação de direito material) e provas ilegítimas (produzidas com violação a normas processuais).

Nestor Távora esclarece a diferença de tratamento da prova ilícita, conforme a violação tenha sido de norma processual ou material.

Segundo ele:

Quanto aos efeitos referentes à ilicitude ou à ilegitimidade, em regra, teremos as seguintes consequências: (1) tratando-se de prova ilícita em sentido estrito, que feriu regra de direito material, a prova deve ser desentranhada dos autos (exclusão da prova), não podendo ser parâmetro para fundamentar decisões; (2) cuidando-se de prova ilegítima, que maculou regra processual, a consequência estará afeta ao plano do reconhecimento de nulidade absoluta, nulidade relativa ou mera irregularidade, conforme o caso. (TAVORA, Nestor. 2017, p. 841/842)

Pois bem. O fato é que, conforme se depreende, o constituinte estabeleceu a inadmissibilidade no processo como consequência do reconhecimento da ilicitude da prova e o

legislador infraconstitucional aditou a dicção constitucional para determinar que as provas marcadas pela ilicitude devam ser desentranhadas do processo e, preclusa a decisão judicial que determinou a exclusão, também deverão ser destruídas.

Então, mostra-se indispensável realizar a análise da identificação genética compulsória, possibilidade trazida pela Lei n. 12.654/2012, à luz da vedação constitucional da utilização processual da prova obtida por meios ilícitos.

Conforme assentado no capítulo anterior, não há dúvida de que a coleta de material biológico do indivíduo de maneira compulsória ofende ao Princípio *Nemo Tenetur se Detegere*, violando, assim, norma constitucional e também normas de envergadura convencional, motivo pelo qual devem ser consideradas provas ilícitas.

Renato brasileiro coaduna com este pensamento e adverte que a validade da identificação levada a efeito por meio da identificação do perfil genético do indivíduo estará intimamente relacionada com a forma pela qual se deu a coleta do material biológico utilizado para tanto.

Admitindo que o acusado não é obrigado a praticar nenhum comportamento ativo capaz de incriminá-lo, nem tampouco a se submeter a provas invasivas sem o seu consentimento, ele conclui que, de modo algum, o sujeito poderá ser obrigado a fornecer material biológico para a obtenção de seu perfil genético.

Para ele, a identificação genética do indivíduo ao arrepio de sua concordância ou cooperação espontânea somente teria validade nos casos de amostras de sangue, urina, cabelo, ou de outros tecidos orgânicos, descartadas voluntária ou involuntariamente pelo investigado na cena do crime ou em outros locais, circunstâncias em que não haveria qualquer impedimento à sua coleta, não havendo, portanto, violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Aury concorda com esta linha de raciocínio, aduzindo que

Não existe problema quando as células corporais necessárias para realizar, v.g., uma investigação genética encontram-se no próprio lugar dos fatos (mostras de sangue, cabelos, pelos etc.), no corpo ou vestes da vítima ou em outros objetos. Nesses casos, poderão ser recolhidas normalmente, utilizando os normais instrumentos jurídicos da investigação preliminar, como a busca e/ou apreensão domiciliar ou pessoal. Como aponta GÖSSEL⁴⁵³, a obtenção de células corporais na roupa do suspeito (camisa manchada de sangue, com cabelos ou a roupa interior com células de sêmen etc.) ou na sua casa, por exemplo, nas vestes, mesmo que não utilizadas no momento do delito, roupa de cama ou outros objetos de sua propriedade poderão ser obtidos sem problemas, utilizando a busca e/ou apreensão previstas nos arts. 240 e seguintes do CPP. (LOPES JR., Aury. 2014, p. 641)

Paulo Rangel também é adepto desta forma de pensar, trazendo em seu livro exemplo bastante elucidativo para os fins por nós pretendidos. Na passagem em questão, ao enfrentar a problemática da prova ilícita, apresenta exemplo especificamente relacionado com a submissão do indivíduo a suportar a produção de provas invasivas, situação na qual defende que diante da flagrante ilicitude, a prova deverá ser considerada como inadmissível no processo⁴.

Seguindo por este caminho, é valiosa a lição de Renato Brasileiro, para quem

A eficiência processual, compreendida como a funcionalidade dos mecanismos processuais tendentes a alcançar a finalidade do processo, que é a apuração dos fatos e das responsabilidades, não pode prescindir do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimação do sistema punitivo. (LIMA, Renato Brasileiro de. 2016, p. 828)

Renato Brasileiro arremata o seu raciocínio aduzindo cuidar-se de fato do entendimento mais adequado, na medida em que *seria absolutamente contraditório que, em um processo criminal, destinado à apuração da prática de um ilícito penal, o próprio Estado se valesse de métodos violadores de direitos, comprometendo a legitimidade de todo o sistema punitivo, pois ele mesmo estaria se utilizando do ilícito penal*. (LIMA, Renato Brasileiro de, 2016, p. 828)

De fato, estamos com Aury Lopes Jr., para quem “submeter o sujeito passivo a uma intervenção corporal sem seu consentimento é o mesmo que autorizar a tortura para obter a confissão no interrogatório quando o imputado cala, ou seja, um inequívoco retrocesso (gerando assim uma prova ilícita)”. (LOPES JR., Aury, 2014, p. 642)

Portanto, as provas que forem produzidas de forma ilícita, infringindo o direito ao silêncio e o *nemo tenetur* deverão ser retiradas do processo em que foram utilizadas, excluindo qualquer tipo de método probatório coercitivo e sem o consentimento do acusado ou imputado, resguardando o estado de inocência.

Cuida-se de medida necessária para o fim de reafirmar a força normativa da constituição, extraindo-se daí uma função pedagógica ao repelir ofensas flagrantes ao seu texto,

⁴ No mesmo sentido devem ser tratadas as provas invasivas, ou seja, aquelas intervenções corporais feitas no indivíduo, contra sua vontade, como instrumento de prova, tais como exames de DNA, exame de alcoolemia (medição do teor alcoólico no sangue, através do chamado bafômetro). Trata-se de produção de prova ilícita (cf. item 1.7, retro, princípio da presunção de inocência). Não se pode constranger o investigado e/ou acusado ao fornecimento desse tipo de prova, muito menos sua recusa ser considerada confissão tácita dos fatos. O direito de não se autoincriminar é garantia fundamental de um Estado Democrático de Direito (art. 52, § 2º, da CR e art. 8º, II, g, do Decreto nº 678/ 1 992). (RANGEL, Paulo. 2015, p. 473/474)

notadamente em casos como o presente, em que a ofensa fere direitos e garantias de natureza fundamental, integrantes do núcleo rígido da Constituição.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo quanto foi estudado, a pesquisa atingiu o seu propósito e cumpriu os objetivos inicialmente traçados.

Inicialmente, é válido salientar que o Direito Penal é considerado o diploma mais agressivo do ordenamento jurídico, devendo ser tratado de fato como a *ultima ratio* do sistema, o último dique de contenção jurídico. Isto significa que somente deve intervir em último caso, quando todos os outros ramos do direito tiverem se mostrado ineficientes. Por este motivo, a todo o momento o Direito Penal é questionado sobre sua legitimidade, o que desencadeia várias discussões quanto aos limites do Estado para o exercício do *ius puniendi*.

Como importante limitação ao Direito de punir do Estado encontra-se o conhecido princípio da não autoincriminação, notório pelo antigo brocardo *Nemo tenetur se detegere*. O conteúdo do referido princípio orienta-se no sentido de que ninguém pode ser compelido a produzir provas contra si mesmo.

A pergunta a ser respondida neste trabalho estava diretamente relacionada ao conteúdo da Lei n. 12.654/2012. Deveras, a referida lei estabeleceu hipóteses nas quais é lícito ao Estado proceder à identificação genética do acusado ou suspeito para fins criminais podendo, para tanto, fazer a coleta de material de forma compulsória, ou seja, mesmo contra a vontade do sujeito. Nesse contexto, considerando-se que o princípio da não autoincriminação garante aos acusados em geral o direito de não produzir provas contra si próprios, indagava-se se a referida lei encontra-se em conformidade com o texto constitucional.

O objetivo geral da pesquisa, consistente em demonstrar por meio de estudos teóricos, em conformidade com a Constituição Federal de 1988 - a inconstitucionalidade da Lei nº 12.654/2012, que tem como cerne a identificação genética para fins criminais, de forma coercitiva foi alcançado.

Com efeito, restou claro que a coleta coercitiva de material biológico do indivíduo para a realização de identificação de perfil genético e composição de banco de dados desta natureza fere o princípio constitucional da autoincriminação.

Deveras, o conteúdo do princípio, conforme demonstrado, extrapola em muito a singular prerrogativa conferida aos acusados em geral de se manterem em silêncio nos seus interrogatórios, tanto na fase policial como em juízo.

De fato, a garantia vai muito além, garantindo a tais indivíduos o direito fundamental de não praticarem qualquer conduta ativa a fim de auxiliar o Estado na produção da prova criminal e, mais, também de não se submeterem de forma passiva à ação do mesmo Estado para esta finalidade.

Esta conclusão, conforme demonstrado, decorre não apenas do Princípio *Nemo Tenetur se Detegere*, mas também do Princípio do Estado de Inocência, o qual transfere toda a carga probatória no âmbito criminal para a acusação.

Em sendo assim, admitindo-se que a coleta de material biológico do indivíduo de forma coercitiva ofende os princípios do estado de inocência e da não autoincriminação, revelou-se que a prova daí advinda nasce marcada pela ilicitude, posto que produzida com ofensa a direito fundamental constitucionalmente assegurado.

Daí que esta prova será imprestável do ponto de vista jurídico-processual, sendo inadmissível a sua utilização no processo e, caso chegue a ser acostada aos autos, deverá ser desentranhada por decisão judicial e, oportunamente, destruída.

Portanto, ao final, conclui-se que a Lei n.12.654/2012 comporta inconstitucionalidade, ao menos parcial. Nesta linha, embora tenha trazido importante inovação ao modernizar os métodos de identificação criminal, acrescentando a possibilidade da identificação genética do indivíduo, é forçoso concluir que, no ponto específico em que admite a extração coercitiva de material biológico do suspeito/acusado, para esta finalidade, ofende garantia constitucional.

Por isso, até que eventualmente o Poder Judiciário declare a inconstitucionalidade em tese da lei, em controlo concentrado de constitucionalidade, é papel de todos os órgão deste poder a atuação ativa no controle difuso, declarando a ilicitude das provas produzidas nestes parâmetros, reconhecendo a ofensa aos direitos fundamentais do imputado, em cada caso.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, São Paulo Método, 2014.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, São Paulo Método, 2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal – Dec.-Lei n. 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm

BRASIL. **Lei n. 7.210**, de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210compilado.htm

BRASIL. **Constituição Federal**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm

BRASIL. **Lei n. 8.069**, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069Compilado.htm

BRASIL. **Lei n. 9.034**, de 03 de maio de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm

BRASIL. **Lei n. 10.054**, de 07 de dezembro de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10054.htm

BRASIL. **Lei n. 12.037**, de 01 de outubro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm

BRASIL. **Lei n. 12.654**, de 28 de maio de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**, 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**, 2 ed. revista e ampliada, São Paulo, Atlas, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**, 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**, 18 ed., São Paulo, Rideel, 2015. (p. 586)

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Especial Criminal Comentada**, volume único, 3ª ed., Salvador, JusPODIVM, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, volume único, 4ª ed., Salvador, JusPODIVM, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**, 11 ed., São Paulo, Saraiva, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**, 13 ed., São Paulo, Saraiva, 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 23. ed. São Paulo, Editora Atlas, 2015.

SILVA, Emílio de Oliveira. **Identificação Genética para fins criminais**, Belo Horizonte, Del Rey, 2014.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar A.R.C., **Curso de Direito Processual Penal**, 2ª ed., Salvador, JusPODIVM, 2009.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar A.R.C., **Curso de Direito Processual Penal**, 11ª ed., Salvador, JusPODIVM, 2016.

Teorias da imputação penal objetiva: breves apontamentos críticos

José Carlos Henriques¹

Resumo

O tema da imputação objetiva, revitalizado nas últimas décadas do século XX, provocou, desde seu início e provoca até hoje, às vezes com inusitada pressa, manifestações de apreço a suas teses, bem como, por vezes, enfrentou acerbas críticas dos dogmáticos. Neste trabalho, busca-se analisar as principais críticas dirigidas pelos adeptos do finalismo às teses defendidas por aqueles que advogam a prioridade da imputação ao tipo objetivo, normativamente considerada. Serão apresentados os juízos de crítica negativa e, em seguida, os argumentos em contrário, tudo com o fito de permitir uma correta avaliação dos principais pontos controversos. Ao final, se concluirá que, afora as divergências terminológicas, ainda a serem aclaradas, os limites atribuídos às teorias da imputação penal objetiva não são suficientes para invalidar seus inegáveis e promissores avanços.

1. Contextualizando

Em geral, novos assentos dogmáticos tendem a provocar reações adversas, gerando opositores mais ou menos empenhados, segundo tenham estes, mais ou menos, se convencido das falhas do sistema anteriormente dominante.

A nosso juízo, isto ocorre porque, no interior mesmo dos paradigmas científicos dominantes formam-se, com o aparecimento de novas conquistas teóricas desviantes, redutos de resistência, que impulsionam o movimento de mudança dos paradigmas já estabelecidos e, instalados os moles de uma transformação, gesta-se a reformulação crítica de todo o sistema.

Iniciado o movimento reformulador, as reações dos críticos e opositores costumam ganhar mais intensidade. Após, com o necessário tempo de maturação crítica dos conceitos, soem ser mais comedidos os ataques críticos, em nome de uma proposta teórica alternativa para

¹ Doutor em Direito pela UFMG, Mestre em Filosofia e em Direito. Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito.

responder à problemática afrontada ou de uma ambiciosa proposta de reconstrução sistemática total, neste caso, transmutando-se o modelo dogmático dominante.

Quanto à temática da imputação penal objetiva, bem como em relação às teorias que em torno deste tema se formaram, parece válida a regra acima enunciada.

De fato, as doutrinas objetivistas encontraram, de início, opositores ferrenhos. A seguir, sofreram, e sofrem até hoje, processo de depuração dogmática, oportunidade em que as críticas existentes têm sido devidamente maturadas e doutrinariamente debatidas com profundidade. As teorias objetivistas tornaram-se muito influentes na literatura jurídica alemã, espalharam-se pela Europa, arrebanhando cada vez mais adeptos na Espanha, Áustria... atingiram países da América Latina, sobretudo a Colômbia, Costa Rica, Argentina ... e, nos últimos lustros do século passado, chegaram até nós, ainda com um certo ar de novidade velha.²

As críticas mais ferrenhas em relação às novas propostas dogmáticas objetivistas, aquelas veiculadas pela reflexão que se formou em torno do tema da imputação objetiva, são feitas pelos defensores do sistema finalista.

Por motivos de comodidade, serão expostas as principais críticas e, após, as contra-críticas intentadas pelos defensores das teorias da imputação objetiva.

Antes é preciso dizer que são conhecidas as divergências entre as propostas dogmáticas finalistas, que conferem clara primazia ao subjetivo na construção teórica de todo o sistema penal, e aquelas procedentes da reflexão sobre o moderno tema da imputação objetiva, que pretende recuperar a importância do elemento objetivo para a dogmática jurídico-penal.

2. Principais críticas

² É realmente vultosa a bibliografia européia sobre o tema da imputação objetiva. Tamanha quantidade de publicações que compõem a bibliografia alemã sobre o tema levou Marcelo A. Sancinetti, a dizê-la inabordável (SANCINETTI, Marcelo A. in: *Estúdios sobre la Teoria de la Imputación Objetiva*. Buenos Aires: AD-HOC, 1998. p. 19). O mesmo autor descreve o sucesso da teoria na Espanha e Colômbia, locais em que, segundo sua avaliação, a teoria será objeto de discussão por muito tempo (*Ibidem*. p. 19). Para uma visão histórica sucinta dos sucessos da problemática da imputação objetiva, entre nós, pode ser consultada a obra *Imputação Objetiva*, de autoria do ilustre penalista Damásio Evangelista de Jesus, citada na bibliografia geral, na qual é apresentado extenso rol das publicações existentes no Brasil sobre a temática.

Aponta Luís Greco três críticas fundamentais dirigidas pelos finalistas às teorias da imputação objetiva, *in verbis*:

primeiramente, a de que os problemas da imputação objetiva não pertencem ao tipo objetivo, mas ao tipo subjetivo, ao dolo, não havendo no tipo objetivo qualquer espaço para uma tal construção doutrinária; em segundo lugar, a de que a imputação objetiva seria desnecessária no delito culposos; e, por fim, de que ela seria errônea no delito doloso.³

Outra crítica muito comum, advinda esta de doutrinadores adeptos de vários sistemas dogmáticos, é a de que as chamadas teorias da imputação objetiva não ostentam caráter sistemático, apresentando-se como um conjunto desconexo e, por isto mesmo caótico, de princípios para reger casuística sempre particularizada, sem que possa resultar destes princípios qualquer aplicação regrada e universal, não se podendo firmar tais teorias, por isto mesmo, como um corpo harmônico de proposições teóricas homogêneas.⁴

Por fim, sem contudo esgotarmos o rol das críticas, podemos citar ainda aqueles que se opõem às teses defendidas pelas teorias da imputação objetiva por uma motivação especial: vêm nela construção doutrinária que se perfaz com a utilização de conceitos imprecisos, indeterminados, inexistindo consenso dogmático suficiente para impulsionar seu desenvolvimento, justamente por faltar-lhe ponto de partida seguro.⁵

Se, por um lado, as opiniões críticas acima elencadas se dirigem a atacar a possibilidade de se construir uma *teoria geral da imputação objetiva*, ou pelo menos ao insucesso das atuais tentativas realizadas neste sentido, por outro, também não se deve esquecer que as críticas apontam para juízos críticos negativos específicos, dirigidos a certos princípios e critérios propostos pelas doutrinas objetivistas para reger o juízo de imputação.

³ GRECO, *op. cit.* p. 104.

⁴ SANCINETTI, *op. cit.* p.39.

⁵ Semelhante crítica, relata Luís Greco, tem encontrado, entre nós, grande prestígio, já que recebemos recentemente resultados dogmáticos atinentes à temática, já tão debatida na tradição européia, pelo menos desde a década de 70 do século passado. (GRECO, *op. cit.* pp.156ss) Segundo avaliamos, entre nós, em razão mesmo desta crítica, corre-se o lamentável risco de, por um lado, usarem-se argumentos baseados em autoridade de doutrinadores, precisamente por não haver consenso dogmático, o que é desprovido de sentido, já que onde não há consenso, aberto está o debate doutrinário, im procedendo apelar para argumentos de autoridade na tentativa de fundamentar as teses alcançadas; por outro lado, sem que estas teses estejam devidamente enraizadas em nossa tradição, corremos o risco de importar soluções dogmáticas por imitação, não usando, com a devida precisão conceitos, terminologias ... colhidos em outras tradições.

Merecem destaque, entre os juízos depreciativos desta ordem, as dissidências que se instalaram no seio dos próprios defensores das construções dogmáticas atinentes à imputação objetiva, mormente as críticas enfrentadas pelos defensores do critério do incremento do risco.

Ainda não faltam aqueles que, sobretudo entre nós, rejeitam os resultados alcançados pelas teorias da imputação objetiva, apontando para o fato de que tomam seus defensores sonda errônea para decifrar o processo de imputação já que, segundo pensam estes críticos, a imputação deva ser definida pessoal ou subjetivamente, não objetivamente. Por isto, para parte da doutrina,⁶ uma teoria da imputação objetiva seria não somente dispensável, por sua inutilidade, mas equivocada em seus fundamentos dogmáticos.

Apresentadas as principais críticas, devem se buscados agora os argumentos que, como contra-crítica, têm sido apresentados pelos defensores das teorias da imputação objetiva, para responder aos juízos depreciativos direcionados contra suas construções teóricas.

Primeiramente, cumpre lembrar que, entre nós, parte da doutrina⁷ acolhe calorosamente as teses propostas pelas teorias da imputação objetiva, inclusive celebrando seus resultados com um quê de exagero, superdimensionando a repercussão destes para a sistemática penal.

A nosso sentir, o acolhimento eclético ou acrítico de qualquer ideia ou teoria deve merecer severos reparos, franca condenação. O primeiro modelo de adesão, o eclético, porque pode significar apenas uma incorporação de teses novas no tecido velho do todo sistemático dominante; o segundo, o acolhimento acrítico, porque aceitar teses jurídicas sem pensar seus limites e seus efeitos colaterais para todo o sistema, com a devida e necessária paciência

⁶ Por todos, entre nós, MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa. *Pequeno Passeio sobre a Imputação Objetiva*. Acessível em <www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2000>. Acesso em 26 de junho de 2019. Neste texto, pelo próprio autor tido na conta de um ensaio, há um esforço de “demonstrar que não se pode admitir a novel teoria em nosso meio, haja vista se (sic) ela pretende resolver problemas decorrentes do causalismo, não consegue atender aos seus objetivos e, da forma que tem se apresentado, em muitos casos, representaria uma violação da lei penal”. E continua o citado autor seu juízo crítico-depreciativo em relação à ‘teoria da imputação objetiva’ ao asseverar que “não obstante, nosso maior objetivo é demonstrar sua inutilidade, embora se tenha propagado, na doutrina pátria, que tal teoria representa um grande avanço para a concepção jurídica da atualidade. Corroborando, não se trata de uma imputação objetiva, mas subjetiva, conforme demonstraremos a seguir”. (MESQUITA JÚNIOR, *op. cit.* pp.1-2).

⁷ Por todos, JESUS, *op. cit.* p. XVII. Colhe-se da ‘nota do autor’, reflexão introdutória à problemática da imputação objetiva, a empolgante defesa da ‘teoria’ que, segundo os dizeres do texto deve ser adotada, mas sem abandono das teses dogmáticas finalistas, *in verbis*, “... com a missão de sepultar o causalismo e assento na insuficiência do finalismo e da adequação social, que não deram solução a muitas questões, como a do crime culposos, e superando todas as doutrinas anteriores, a maioria dos autores está adotando a teoria da imputação objetiva, que propõe *um novo sistema penal*. [...]. Sem abandonar o finalismo, passamos a adotar a teoria da imputação objetiva, que significa, num conceito preliminar, a atribuição (imputação) de uma conduta ou de um resultado normativo (jurídico) a quem realizou um comportamento criador de um risco juridicamente proibido”. (*Ibidem.* p. XVII). Grifos do original.

histórico-conceitual, pode resultar na adoção de pensamento alienígena, sem maiores esforços de apropriação criativa, causando verdadeira turbulência nas construções dogmáticas pátrias, precisamente porque podem ser acolhidas, entre nós, teses desenraizadas histórica e culturalmente.

3. Contra-argumentos objetivo-normativos

Feitas estas observações iniciais, é hora de buscarmos a contra-crítica dos juízos depreciativos. Falemos, por primeiro, das críticas apresentadas pelos finalistas. Dentre estas serão abordadas apenas as principais. Para tanto, será apresentado o *enunciado contra-crítico geral* e, em seguida, serão desenvolvidos os argumentos específicos para cada enunciado geral.

a) Os problemas dogmáticos enfrentados por uma teoria da imputação objetiva dizem respeito ao tipo objetivo, não se confundindo com a problemática atinente ao tipo subjetivo, nem operando qualquer confusão entre o objetivo e o subjetivo na teoria do delito.

Segundo os finalistas, as teses objetivistas, ou seja, aquelas formuladas pelos defensores de um tratamento sistemático diferenciado para o tema da imputação objetiva, operam inequívoca confusão: para as doutrinas objetivistas, temas próprios da imputação subjetiva são tomados, erroneamente, como problemática referente à imputação ao tipo objetivo.

Primeiramente, é preciso esclarecer que a separação entre o objetivo e o subjetivo, no âmbito da dogmática jurídico-penal, não deve ser absolutizada, mas relativizada. Em favor desta tese advoga, acertadamente, Santiago Mir Puig, quando adverte que

[...] **la distinción entre parte objetiva e subjetiva del tipo es relativa.** La parte objetiva del tipo depende de elementos subjetivos, como el conocimiento que tiene el sujeto de la situación y, según nuestra opinión, de la intención manifestada del sujeto. Podría cuestionarse, pues, la corrección de la distinción, tal vez reminiscencia a superar de la división causalista del delito en una parte objetiva y otra subjetiva. Si se mantiene, por razones pedagógicas, debe entenderse de forma flexible ya condición de que se advierta la interdependencia de lo objetivo y lo subjetivo.⁸

Deste modo, entendendo-se como relativa a distinção entre o objetivo e o subjetivo, a teoria do delito não pode caminhar para rumos extremistas, que supervalorizem um dos ângulos de contemplação do crime, enquanto fenômeno jurídico, ora fixando-se na componente objetiva ora na componente subjetiva do tipo. Deve-se admitir que há implicações entre o objetivo e o

⁸ PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal – Parte General*. Barcelona:Tecfoto, 1998. p. 216. Grifos do original. Em nota, cita o autor que também Roxin adere expressamente a esta tese da separação apenas relativa dos elementos objetivos e subjetivos do delito.

subjetivo e que fatores objetivos e subjetivos se mesclam, inevitavelmente, nas construções dogmáticas, sem que resulte deste fato uma desqualificação das tentativas de se refletir, em particular, sobre cada momento do processo de imputação, o objetivo e o subjetivo, de forma separada, mas sem absolutizar o lugar e/ou o valor de qualquer deles.

É no contexto geral do discurso funcionalista que, segundo defendemos, melhor se apresentam as bases de sustentação teórico-práticas aptas a sustentar uma construção dogmática adequada acerca do tema da imputação penal objetiva.

Neste passo, merece atenção a lição de Luís Greco que, esgrimindo poderosa contra-crítica em face dos oponentes finalistas, afirma o valor das conquistas alcançadas pela dogmática elaborada em torno do problema da imputação objetiva, em duas ordens argumentativas. Vejamos:

[...] primeiramente, porque, ao contrário do que pensam os finalistas, o sistema não deve ser construído de modo classificatório, como se cada elemento tivesse de ser trancado em determinada gaveta, da qual ele não pode sair. Na verdade, um *sistema construído teleologicamente* tem sempre diante de si o fato delituoso como um todo; este todo, porém, é analisado, a cada momento, de uma perspectiva diversa. Assim, nada existe de problemático em que um mesmo elemento tenha relevância para mais de uma categoria [...] nada pode impedir que um elemento subjetivo seja significativo já no plano do tipo objetivo: basta que ele seja importante sob o aspecto da *ratio* do tipo objetivo, que é a fixação de riscos proibidos, do que seja a conduta objetivamente típica.⁹

Para além, deve ser lembrado que os finalistas, quando contemplam a teoria do crime culposo, soem falar do critério da *violação do cuidado objetivo*, da norma objetiva de cuidado... Ora, de se perguntar se também elementos subjetivos, conhecimentos próprios do agente, devem ser levados em conta para delimitar o conceito de cuidado objetivo. A esta pergunta, parte significativa da doutrina finalista, considera deva ser positiva a resposta, admitindo-se a relevância de elementos subjetivos também para a análise do tipo objetivo.¹⁰

Assim, pode ser objetado aos opositores finalistas que, também eles, não conseguem fundamentar uma teoria da imputação puramente subjetiva, relativizando também eles a distinção entre os componentes objetivos e subjetivos do delito, admitindo-se a interdependência entre tais componentes. Repetimos, esta posição é correta, mas se mostra como argumento suicida quando se quer sustentar a absolutização do subjetivo, depreciando o juízo objetivo de imputação, como pretendem os recitados opositores finalistas.

⁹ GRECO, *op. cit.* pp.106-107. Grifos do texto original.

¹⁰ Quanto a este controverso e significativo ponto do debate entre finalistas e defensores das teorias da imputação objetiva, vide GRECO, *op. cit.* p. 107.

De acordo com o raciocínio acima esposado, somente se pode falar, acertadamente, em preponderância do viés objetivo sobre o subjetivo ou vice-versa, segundo seja visto o delito de um ou outro daqueles ângulos, privilegiando ora uma ordem, ora outra, de seus inevitáveis e concomitantes componentes objetivos e subjetivos.

O fato de, no juízo de imputação objetiva, serem considerados elementos subjetivos *não altera a preponderância que se pretende conferir à análise dos componentes objetivos do delito*, já que somente são considerados os elementos subjetivos na medida em que tal procedimento, nas magistrais palavras de Luís Greco, “se mostre necessário para determinar o caráter objetivo do perigo”.¹¹

A mudança de paradigma operada pelas teorias da imputação objetiva consiste exatamente nisto: revitalizar a problemática da imputação, elevando à categoria de importância central a análise dos elementos objetivos componentes do delito, *privilegiando funcionalisticamente a ocorrência objetiva do fenômeno criminoso* para, somente após, cumprido o juízo positivo de imputação objetiva, perscrutar o foro interior do agente a quem, objetivamente, já fora imputada uma conduta ou um resultado juridicamente relevantes.¹²

b) Tendo claras ligações com a teoria do delito culposo, uma teoria da imputação objetiva não somente não é desnecessária, como também é útil para melhor aclarar pontos obscuros dos conceitos fundantes do injusto culposo, superando os limites conceituais identificados nos sistemas penais anteriormente dominantes.

Salienta Luís Greco que a crítica movida pelos finalistas, no âmbito do injusto culposo, dirigida no sentido de apontar as elaborações teóricas da moderna reflexão sobre a imputação objetiva como desnecessárias, é “tão procedente quanto irrelevante. Porque [...] não se negam as relações entre a teoria do crime culposo e os conceitos da imputação objetiva”.¹³

Adverte, ainda o mesmo autor, que a questão, no caso, tem caráter meramente terminológico.

Reconhecendo a semelhança entre a teoria clássica do crime culposo e uma teoria da imputação objetiva, embora saliente a mudança na dimensão axiológica do ilícito por esta operada, entre nós, com maestria, sustentou Luiz Flávio Gomes que

¹¹ GRECO, *op. cit.* p. 109. Ressalte-se que este argumento, como um todo, deve-se ao autor citado.

¹² No sentido do texto, dando destaque ao fato de que a preponderância do objetivo na análise da imputação é muito mais condizente com a existência de um Estado Social e Democrático de Direito, sendo uma sua exigência garantista, veja-se GRECO. *op. cit.* p. 108.

¹³ GRECO, *op. cit.* pp. 109-110. O autor, de forma mais detalhada, defende a tese de que a ‘teoria da imputação objetiva’ é semelhante àquela desenvolvida para o crime culposo, e o faz de maneira mais enfática no texto que figura nas páginas 43 a 47 da recitada obra.

[...] a estrutura do fato materialmente típico culposo [...] conta, portanto, com uma dimensão fática e outra axiológica. Culpa, na atualidade, com a adoção da teoria da imputação objetiva (que esgota todo o seu conteúdo típico normativo), consiste na realização de uma conduta que cria ou incrementa um risco proibido relevante do qual deriva uma previsível lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido. A dimensão fática (do crime culposo) coincide com o que ensinava a doutrina clássica: a) conduta; b) resultado naturalístico involuntário (nos crimes materiais); c) nexos de causalidade. Essa dimensão fática continua válida. É, aliás, necessária (não há crime sem uma base fática), embora não suficiente. A principal mudança ocorrida no crime culposo está na dimensão axiológica: a clássica doutrina valia-se de distintos critérios para se chegar ao crime culposo: inobservância do cuidado devido ou do cuidado necessário, conduta descuidada, previsibilidade objetiva, evitabilidade etc. Toda essa dimensão axiológica do crime culposo hoje está retratada na teoria da imputação objetiva.¹⁴

Por tudo, segundo nos parece, as críticas dos finalistas, movidas em direção da desconstrução da ideia de que uma teoria da imputação objetiva teria capital importância apenas para explicar o injusto culposo, não procedem, sendo meramente terminológicas as contendas ventiladas pelos argumentos apresentados por aqueles opositores, merecendo crédito a afirmação de que, *também para a teoria do crime culposo, tem valiosas contribuições a oferecer a análise da imputação ao tipo objetivo*, nos moldes dos resultados dogmáticos já alcançados pela moderna reflexão desenvolvida acerca do tema.

c) Uma teoria da imputação objetiva é adequada para explicar os delitos dolosos, não podendo se reduzir sua problemática à resolução de problemas atinentes ao dolo ou à interpretação dos tipos.

Duas, neste ponto, são as críticas movidas pelos finalistas e que, segundo estes supõem, desbaratam a pretensão de que uma teoria da imputação objetiva possa sustentar sua validade teórica, no âmbito da dogmática do crime doloso.

Dizem os opositores finalistas: ou os problemas da imputação objetiva podem ser resolvidos com a análise do dolo ou os critérios normativos, apontados pelas doutrinas objetivistas como necessários para a regência do juízo de imputação objetiva, devem se ligar ao domínio do fato pelo agente, tocando assim a componente subjetiva do tipo. Em qualquer caso, inútil e ilegítima a elaboração de uma teoria da imputação objetiva.

A ausência do dolo supõe não sejam a consciência e a vontade do agente dirigidas no sentido da realização do tipo objetivo. Ora, claramente se vê a prioridade de análise da

¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Crime Culposo e Teoria da Imputação Objetiva*. Acessível em <www.jusnavigandi.com.br/doutrina>. Acesso em 23 de março de 2019. Em nota, número 3, indica o autor que desta posição doutrinária partilham tanto dogmáticos estrangeiros quanto nacionais, apontando dentre aqueles Roxin e, entre nós, Damásio Evangelista de Jesus. Este último, em um seu trabalho citado na mesma nota, sempre segundo indicação do autor, aponta outros tantos adeptos nacionais desta tese. Ainda segundo indicação do autor, contrariamente à ideia por ele esboçada se manifestam, entre nós, Pierangeli e Paulo Queiroz.

imputação ao tipo objetivo. Com efeito, se inexistir o tipo objetivo, não há falar em dolo, já que este é decorrência da direção consciente da vontade no sentido de algo pelo menos objetivamente típico.¹⁵

Portanto, não compõem a temática enfrentada por uma teoria da imputação objetiva problemas que podem ser resolvidos somente com a análise do dolo, mas sim questões ligadas à figura típica objetivamente considerada.

Na verdade, a análise do tema do dolo e, com ele, da imputação ao tipo subjetivo, somente deverá ocorrer após decidido positivamente o juízo de imputação objetiva. Neste particular, não procedem as críticas dos finalistas, *já que são irreduzíveis claramente os problemas de imputação objetiva àqueles ventilados na análise do dolo e da imputação ao tipo subjetivo.*

Quanto à defesa da tese segundo a qual há exigência do domínio do fato pelo agente, como fator possibilitador da prática do delito ou da tentativa de sua realização, inserindo-se esta exigência como um critério objetivo fundante da ação do sujeito, parece levar ao reconhecimento de que devem ser adotados critérios objetivos de caracterização da tipicidade, ao contrário do que defendem os críticos finalistas.

O que ocorre, neste caso, é apenas a substituição de critérios objetivos: falam os finalistas em domínio do fato, em substituição aos critérios normativos apontados pelas doutrinas objetivistas como orientadores do juízo de imputação. Diga-se ainda que o domínio do fato pelo agente deve ser objetivamente possível e como tal, ou seja, objetivamente deve ser considerado.

No fundo, esta objeção finalista esbarra em um único limite, a questão meramente terminológica, sem contudo dismantlar a estrutura de análise proposta pelas teorias da imputação objetiva, que priorizam a análise dos elementos objetivos componentes do tipo de delito.¹⁶

Deve ser reconhecida a prioridade dos elementos objetivos do tipo, prioridade esta, aliás, da qual não conseguem escapar os próprios finalistas quando admitem que critérios objetivos, diversos da finalidade subjetiva própria da ação humana, devem reger o juízo de imputação.

¹⁵ No sentido do texto, esclarecendo que “se a consciência e a vontade dirigirem-se a algo não objetivamente típico, a um risco que a ordem jurídica considera irrelevante, não teremos dolo”, vide GRECO, *op. cit.* p. 113.

¹⁶ O argumento deve-se a Luís Greco que o completa, magistralmente, asseverando que “ao exigirem a presença de outros critérios objetivos, e não só da finalidade, para que se tenha um injusto, os finalistas abandonaram a idéia original, de que a ação final constitui a matéria de proibição, coincidindo a imputação objetiva na supremacia de dados objetivos.” Vide: GRECO, *op. cit.* p.114.

De fato, os opositores finalistas, listam dentre os critérios objetivos que devem reger a imputação aquele do domínio do fato, domínio que há de ser prioritariamente considerado em seu aspecto objetivo, inserindo-se a conduta no âmbito de possibilidades objetivas do agente para a prática do fato delituoso. Vê-se que a questão é terminológica, não justificando tamanho dissenso, esvaziando-se a crítica assim formulada, já que as conclusões tanto dos críticos quanto das doutrinas criticadas se aproximam.

Por isto, acertada é a conclusão de que as críticas formuladas pelos finalistas ou se reduzem a debates terminológicos, ou não se sustentam teoricamente, apresentando-se mesmo como contraditórias: *mormente ao aceitarem exigências criteriológicas objetivas para a caracterização do tipo, tese também defendida pela dogmática construída pelas teorias da imputação objetiva.*

Na verdade, sob este último aspecto, os finalistas pretendem confutar teses objetivistas que, por força mesmo da própria argumentação dos supostos opositores, ganham mais vida e fincam raízes definitivas na afirmação da supremacia do objetivo sobre o subjetivo no tratamento dogmático da imputação.¹⁷

d) Há um núcleo sistemático firme e identificável nas teses defendidas pelas construções dogmáticas objetivistas, não procedendo a crítica de que as teorias da imputação objetiva operam em meio ao caos, construindo apenas explicações casuístas, sem orientação universal minimamente possível.

Esta vertente crítica, esgrimida por teóricos de diversas orientações dogmáticas, pretende ser a navalha destruidora das pretensões de uma teoria da imputação objetiva.

Esta crítica a que nos referimos apresenta caráter genérico, não se dirigindo contra nenhum princípio ou critério específico esposado pelos objetivistas, e consiste em afirmar que grassa entre os dogmáticos objetivistas e nas doutrinas que constroem o mais perfeito caos, sem que se possa falar de qualquer sistematização possível. Nunca é demais lembrar: usamos aqui a voz *objetivistas* para designar os defensores da necessidade de se elaborar, com prioridade, uma dogmática da imputação ao tipo objetivo.

Na doutrina, já foram ressaltadas as vantagens e desvantagens de um pensamento sistemático em contraposição a uma vertente tópica, para o tratamento específico de cada objeto da ciência jurídica, ou seja, aquela proposta pelo pensamento problemático.

¹⁷ Concordando, mas buscando maior apoio nas contradições dos finalistas, GRECO, *op. cit.* p. 115.

De nossa parte, afirmamos que não se pode falar que um pensamento sistemático seja a solução cabal para uma construção dogmática. Ao contrário deverá esta, se quiser alcançar justiça e eliminar arbitrariedades, respirar a relativização conceitual trazida pela tópica.

Portanto, o fato de se utilizar uma metodologia que dê ênfase a grupos de casos, buscando alento contra a rigidez sistemática precisamente nas soluções encontradas para determinados casos, não pode de forma alguma desmerecer uma construção dogmática, pelo contrário, nos leva a pensar que os ares da tópica, do pensamento problemático, podem aqui seguramente contribuir para a realização da justiça material.

Ainda mais, é identificável, no seio das doutrinas objetivistas, um núcleo sistemático orientador da análise tópica o que, escapando ao casuísmo caótico, disciplina o sistema, evitando-se, entretanto, uma rigidez excessiva em sua construção.

Com efeito, embora existam na doutrina divergências significativas quanto à direção ou quanto aos resultados de uma construção dogmática acerca do tema da imputação ao tipo objetivo, há também uma convicção regente que se impõe para todos os dogmáticos que se ocupam desta específica temática: a primazia do objetivo sobre o subjetivo, devendo ser os aspectos objetivos normativamente considerados.

Este paradigma objetivo-normativo é sim um núcleo sistemático, possível e já alcançado, em torno do qual se devem orientar as doutrinas objetivistas. E, ainda mais, há consenso entre os adeptos das teorias da imputação objetiva em torno de outro ponto crucial: devem ser descobertos princípios e critérios normativos, que estabeleçam os limites da imputação ao tipo objetivo, cuja análise, como se disse, deve ser cronologicamente anterior à imputação ao tipo subjetivo.

Por tudo, não há, nas doutrinas objetivistas, o caos apontado pela crítica. O suposto casuísmo caótico não passa de acertada tentativa de se pensarem, topicamente, problemas que o pensamento sistemático pode não captar ou não consegue resolver de forma adequada e justa.

Aliás, o sistematismo dogmático é falho, podendo conduzir a interpretações injustas e inadequadas de determinados institutos e problemas que, para serem resolvidos a contento, deveriam receber a ajuda do pensamento problemático, tópico.

Como se vê, críticas devem ser dirigidas a todos quantos defendem um sistematismo fixo, imóvel e enrijecido em sua estagnação. A introdução, no sistema, do pensamento problemático, do método tópico, pode trazer vantagens, sobretudo no que diz respeito à realização da justiça, extirpando as arbitrariedades, estas que são tão maléficas, mormente se admitidas no âmbito do direito repressivo.

e) A celebrada imprecisão conceitual, apontada pela crítica como presente nas teses e ideias defendidas pelas doutrinas objetivistas, se existente, não é de molde a obstar o adequado tratamento teórico por elas dado ao tema da imputação ao tipo objetivo.

Se, de fato, pode ser admitida a presença de uma certa imprecisão conceitual nas doutrinas objetivistas, imprecisão ainda sem superação em muitos pontos, é devido ao fato de que, reconhecidamente, *uma teoria geral da imputação objetiva está em vias de elaboração, estando ainda em discussão, na atualidade, suas teses fundamentais, bem como ainda se busca purificar doutrinariamente seus conceitos.*

Mas, *esta possível e admitida imprecisão conceitual não está disseminada em todas as linhas mestras da doutrina*, nem autorizam a supervalorização de seus aspectos negativos a ponto de decretar a imprecisão total da dogmática construída pelos doutrinadores objetivistas.

Supomos que é mesmo na superação de reconhecidas imprecisões, repetimos, às vezes apontadas com razão pela crítica, que estará o caminho futuro de progresso da dogmática objetivista da imputação.

Firme-se um ponto: a relativa imprecisão conceitual, eventualmente presente na dogmática objetivista da imputação jurídico-penal, não autoriza a absolutização dos pontos obscuros nelas identificados, apenas demonstra que há ainda caminhos a percorrer, *sendo esta uma das principais tarefas da doutrina objetivista, já no presente e também no futuro: depurar e clarificar aqueles conceitos pela crítica apontados como obscuros, promovendo sua depuração doutrinária e desenvolvendo todas as suas potencialidades teóricas e práticas.*

Devo terminar a análise dos argumentos contra-críticos apontando para o fato de que estes conseguem dar respostas suficientes aos ataques críticos e, segundo pensamos, o fazem de forma conveniente e convincente, *firmando-se o valor de uma dogmática prioritariamente objetiva da imputação penal.*

4. Referências bibliográficas

AGUADO, Mercedes Paz de la Cuesta. *Tipicidad e Imputación Objetiva*. p. 1. Acessível em <www.pazenlared/articulos>. Acesso em 23 de outubro de 2018.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *La exclusion de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (Imputación a la Víctima)*. In: AA.VV. *Estudios sobre la teoría de imputación objetiva*. Buenos Aires: AD-HOC, 1998.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal – Parte Geral*. Vol. I. São Paulo: Forense Editora, 2008. GRECO FILHO, Vicente. *Imputação objetiva: O que é isso?* Disponível em: www.ibccrim.org.br, acesso em 21/05/2019.

GALVÃO, *Imputação objetiva*. São Paulo: Editora Mandamentos, 2000

GRECO, Luís. *Imputação objetiva: uma introdução*. p. 89. in: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. André Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JESUS, Damásio de. *A Doutrina Brasileira e a Teoria da Imputação – Alguns posicionamentos*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, acesso em 5 de março de 2019. Disponível em: www.damasio.com.br/novo/hltn/frame_artigos.htm. Acesso em 3 de março de 2019.

JESUS, Damásio Evangelista. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

KÖSTER, Mariana Sacher de. *La evolución del tipo subjetivo*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

ORDEIG, Enrique Gimbernat, *Delitos qualificados por el Resultado Y Causalidad*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramos Areces, 1990.

PRADO, Luís Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado – Uma Aproximação Crítica a seus Fundamentos*. São Paulo: RT, 2002.

REALI, Giovanni. ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: De Spinoza a Kant*. Trad. Ivo Storniolo. Rev. Zolferino Tonon. São Paulo: Paulus, 2005.

REALI, Giovanni. ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: Do Romantismo ao Empiriocriticismo*. Trad. Ivo Storniolo. Rev. Zolferino Tonon. São Paulo: Paulus, 2005.

ROXIN, Claus, *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. Tradução de Luís Greco.

ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Veja: Lisboa, 1998, 3. ed. Tradução

ROXIN, Claus. *Tem Futuro o Direito Penal?* In: Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 90, número 790, pp. 459 – 474. agosto/2001.

TERRAGNI, Marco Antonio, *Causalidad e imputación objetiva en la doctrina y la jurisprudencia Argentina*. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudência Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

WELZEL, Hans, *Direito Penal*, Tradução Dr. Afonso Celso Resende. Campinas: Ed. Romana, 2003.

Cultura do estupro: Machismo e as raízes da violência de gênero no Brasil

Luiz Carlos Garcia

Introdução

Só em 2015 foram mais de 45 mil casos de estupro registrados no Brasil, segundo o 10º Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2016). Trinta por cento dos brasileiros concordam com a afirmação “a mulher que usa roupas provocantes não pode reclamar se for estuprada”.¹ Em pesquisa do Instituto Datafolha encomendada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 85% das mulheres disseram ter medo de sofrer violência sexual.² Infelizmente, há ainda outros tantos números alarmantes a respeito dessa realidade brasileira. O que explica números dessa magnitude? Seria uma psicopatia sexual coletiva? Não, afinal tais números são muito semelhantes aos dos anos anteriores, como demonstra o mesmo fórum.³ Ou seja, estupro no Brasil é um hábito.

Quando se analisa tal situação, não é demais afirmar que se tem uma cultura do estupro. Mas afinal, o que isso significa? O estudioso brasileiro Alfredo Bosi (1996) define cultura como o futuro do verbo latino *colo*, significando o que se vai trabalhar, o que se quer cultivar, e não apenas em termos de agricultura, mas também de transmissão de valores e conhecimento para as próximas gerações. Portanto, entende-se cultura como esse arcabouço de valores que é passado de geração em geração e que molda a forma de agir dos indivíduos inseridos naquele contexto sócio-histórico.

A ideia da cultura do estupro é umbilicalmente ligada ao machismo que permeia e justifica boa parte das atitudes de homens e mulheres na sociedade atual. Tanto homens quanto mulheres são criados desde a primeira infância para seguir determinadas condutas que são atribuídas de acordo com o sexo biológico. Portanto, nascer com um pênis ou uma vagina faz com que o indivíduo automaticamente pertença a determinado gênero e,

¹ Fórum Brasileiro de Segurança Pública e Datafolha, “#APolíciaPrecisaFalarSobreEstupro, Percepção sobre violência sexual e atendimento a mulheres vítimas nas instituições policiais”, set. 2016.

² Fórum Brasileiro de Segurança Pública e Datafolha, “#APolíciaPrecisaFalarSobreEstupro, Percepção sobre violência sexual e atendimento a mulheres vítimas nas instituições policiais”, set. 2016.

³ O fórum do ano anterior, 9º Fórum Brasileiro de Segurança Pública, trouxe o dado de 47.646 casos notificados de estupro.

a partir daí, tem-se um signo que determinará uma série de significados a serem contemplados e preenchidos. Aquele indivíduo que não se enquadra nessa conduta é considerado um desviante, e assim será enquadrado ou marginalizado.

Nessa esteira, atitudes presumidamente inocentes e simples como separar brinquedos de menino e de menina, atitudes que meninos devem ter e que meninas não devem, e desde muito cedo fazer uma definição de qual o comportamento sexual esperado para um homem e para uma mulher são bases nas quais a cultura do estupro se estabelece.

Retomando as ideias dos denominados teóricos *queer*, nas sociedades modernas a sexualidade é usada como dispositivo histórico de poder ao fazer do sexo um sistema de unidade e também de regulação social. Tanto as relações subjetivas entre homens e mulheres quanto o ato sexual em si refletem essa situação de subordinação social da mulher em relação ao homem.

Toda a construção social sugere a liberdade sexual para qual o homem é criado e da qual deve usufruir, em detrimento da mulher, que deve se preservar. Vê-se isso desde a forma como os genitais são tratados – o pênis é tido como sinônimo de poder, enquanto a vagina é ligada ora à maternidade, ora à promiscuidade e sujeira – até a análise social que é feita – tanto por homens como mulheres – da conduta sexual ativa, em que o homem é considerado viril se sexualmente ativo e a mulher, promíscua. Portanto, é nas diferenças atribuídas a cada gênero que se encontra a raiz da cultura do estupro. Pois nesse contexto o homem é colocado como um sujeito com mais direitos do que a mulher, inclusive direitos sobre o corpo da mulher.

E é nesse arranjo, em que o homem é o detentor de direitos e poderes e as mulheres são inferiores, submissas e objetos de posse, que a violência contra as mulheres se apresenta como nada mais do que a “demonstração de poder dos homens” (FARIA; NOBRE, 1997, p. 18), o exercer do direito em controlá-las. “O estupro não é então a doença dos pervertidos mas a doença do patriarcado” (VILHENA, 2001).

1 As definições de gênero e suas consequências sociais num contexto machista

No caso específico das questões relativas ao gênero, não se pode olvidar tratar-se de problema que ultrapassa o aspecto meramente da ideia binária de homem e mulher. É, sim, uma maneira de encarar o outro, seja ele portador de um genital X ou Y; é uma

cultura engendrada e estabelecida que segrega tanto homem quanto mulher em suas mais variadas perspectivas e em toda a sua conduta sexual.

Ou seja, discutir a construção de gênero e suas muitas consequências para toda a organização social, inclusive o Direito, é uma forma de entender os mecanismos de segregação, as lutas sociais por reconhecimento, os muitos direitos que são usurpados dos cidadãos e a negligência por parte do Estado.

Afirma-se, portanto, que a ideia que se tem hoje de gênero como construção social manipulada pela cultura estabelecida por definir papéis retira a liberdade dos indivíduos e exclui todo e qualquer que não se enquadre no padrão. Geram-se, assim, as lutas por reconhecimento, oriundas exatamente da ausência ou usurpação de direitos consagrados nos planos nacional e internacional (VIEIRA, 2015).

Muitas vezes ignora-se o papel crucial que tais definições e papéis acabam por desempenhar como verdadeiros vetores de violência. No fenômeno social da violência de gênero, as atribuições e apropriações são causadoras e justificadoras dos acontecimentos. Consegue-se ao mesmo tempo – tendo como ponto de partida as diferenças entre homem e mulher – explicar o comportamento violento do homem e a submissão da mulher, e a justificação do ato violento perpetrado contra ela.

O conceito abrangente de gênero deve ser assimilado a uma realização de possibilidades, mesmo que se nasça com o corpo físico que se atribui a uma mulher, o ato de tornar-se uma mulher pressupõe uma série de apropriações culturais (SALIH, 2013). E a ideia de gênero pode perfeitamente ser vista do ponto de vista geral. Ou seja, é imposta uma série de condutas tanto ao homem quanto à mulher. O homem também sofre as consequências dessa padronização social, e mesmo que muitos indivíduos do sexo masculino não se deem conta – em razão de estarem biologicamente do lado que não sofre as maiores imposições –, acabam por reproduzir uma série de condutas de forma “natural”. Contudo, se ocorresse uma real reflexão acerca de tais atos, seria possível verificar que eles não são fruto de uma consequência, mas sim de uma imposição social.

Está-se diante de mais um esteio da cultura do estupro, qual seja, o sexo e a conduta sexual agressiva como característica de reafirmação da masculinidade. O homem violenta a mulher por se sentir no direito de fazê-lo e por precisar se afirmar como indivíduo masculino para toda a sociedade. Os atos que compõem essa cultura de violência e que culminam com o estupro, muitas das vezes se justificam nessa necessidade diária que o homem tem de se afirmar como “macho”. O homem é posto à prova a todo

instante a respeito de sua masculinidade e uma forma de conseguir comprová-la é com a objetificação e o consumo das mulheres (PROCURADORIA DA MULHER NO SENADO, 2016).

Ou seja, tem-se uma opressão generalizada que atinge homens e mulheres. Obviamente não com as mesmas proporções e consequências. Mas fato é que esse padrão estabelecido de gênero oprime homens, pois lhes impõe uma conduta que muitas vezes não se coaduna com o que subjetivamente o indivíduo gostaria de viver. E da mesma forma oprime e vitimiza mulheres, já que, além de buscar a adequação dessa mulher, estimula o homem a tais condutas.

Assim como o feminino, o masculino também é construído. Logo, há formas pelas quais o indivíduo se reconhece e é reconhecido como homem: o perfil traçado pela mídia, o reconhecimento do grupo e a reação despertada (KORIN, 2001). A ideia de masculinidade é algo que supera de maneira clara o indivíduo homem. No sentido que este indivíduo não é, *a priori*, detentor dessa masculinidade. Na verdade ele é, desde sempre, formado para atender aos ditames que essa ideia social estabelece. Não se tem apenas um tipo de homem, e, portanto, seria lógico não se ter apenas um formato de masculinidade. Entretanto, a prática cultural alicerçada em uma série de signos e significantes estrutura uma realidade na qual só é reconhecido e reverenciado como homem – detentor dessa ideia quase mítica de masculinidade – aquele que segue o perfil que esta masculinidade estabelece. Assim cria-se a ideia de uma masculinidade hegemônica. Nesse sentido, asseveram Robert W. Connell e James W. Messerschmidt (2013):

A masculinidade hegemônica se distinguiu de outras masculinidades, especialmente das masculinidades subordinadas. A masculinidade hegemônica não se assumiu normal num sentido estatístico; apenas uma minoria dos homens talvez a adote. Mas certamente ela é normativa. Ela incorpora a forma mais honrada de ser um homem, ela exige que todos os outros homens se posicionem em relação a ela e legitima ideologicamente a subordinação global das mulheres aos homens (CONNELL; MESSERSCHMIDT, 2013, p. 31)

Desse modo, o que se vivencia é uma masculinidade hegemônica que determina padrões muito fechados do “ser homem” e tais padrões passam não só por condutas dos homens em relação a si mesmos, mas especialmente no desprezo por tudo que faz referência ou contato com o feminino. É exatamente a ideia de uma inferioridade presumida da mulher em relação a todo e qualquer homem – e a própria ideia de

masculino enquanto essência – que serve de base para se justificar a conduta perniciosa de homens em relação às mulheres.

O homem não violenta, assedia, abusa e estupra por mero desejo ou inclinação sexual. Trata-se de um sentimento, uma certeza que está dentro de uma esfera de direito. Os homens se sentem como sujeitos de direito acerca do corpo da mulher. Isso piora numa relação próxima – um casal heterossexual, por exemplo, no qual a mulher se veste de acordo com o que o companheiro considera razoável e querido –, o que ocorre porque há o pressuposto de uma autoridade superior dentro daquela relação, que é o homem.

2 Mulheres vitimizadas: naturalização da violência

O que se tem é uma prática discursiva poderosa, que acaba por definir papéis de maneira padronizada, os quais são colocados como naturais desde o início da vida de todos os indivíduos. Ocorre uma verdadeira naturalização dos padrões estabelecidos, o que torna todo aquele que está em desacordo com os padrões um ser com conduta antinatural. A consequência sofrida pelo indivíduo que não se insere no padrão é a marginalização e a culpabilização de suas condutas, tanto por membros da sociedade – que interiorizam tais valores – como pelo Estado, que adota uma postura ora comissiva, ora omissiva na ação de suas instituições, refletindo a postura de concordância e de chancela para com a conduta e a doutrina sociais.

Procedimentos da Teoria Queer permitem explorar melhor as relações entre sociedade e subjetividade, bem como compreender os determinantes sociais como subjetivos e, assim, reconstituir e analisar os processos sociais (SCOTT, 1995). Torna-se importante a análise de gênero e também de temas que gravitam em torno dele – orientação, liberdade e relações sexuais – na qualidade de direitos de personalidade e, portanto, o respeito e a promoção como desdobramentos necessários de qualquer ideia de efetividade da dignidade da pessoa humana. Uma vez encarados sob o prisma do direito de personalidade, o seu livre desenvolvimento e a ação do Direito para garantir isso passa a ser imperativo de um Estado que se diz democrático.

A relevância de analisar como esse fenômeno interfere na dinâmica social consiste exatamente em compreender que se trata de uma cultura do estupro precisamente por não estar-se diante de fatos isolados com razões de existência muito bem definidas, mas sim de atos diários que traçam diferenças de gênero tão claras e reproduzidas em atos práticos

o tempo todo. Desde a forma de tratamento que mulheres e homens têm desde o nascimento – cor de roupa, estilo de brinquedos – até as disposições mobiliárias, a organização dos móveis da casa e as regras de decoração podem produzir e reproduzir essas diferenças sexuais (CARVALHO, 2001).

Portanto, há estupro no Brasil porque os homens são criados para se conduzirem de forma a entenderem a mulher como inferior e subalternizada, em sentido amplo, enquanto a mulher é criada para acreditar e reproduzir isso. Há a naturalização de códigos que devem ser seguidos tanto por homens quanto por mulheres, de modo a levar a uma alienação ou pelo menos desinformação coletiva do significado de tais condutas. Vilhena, ao tratar da violência contra a mulher, sintetiza:

A violência e o abuso que os homens infligem às mulheres estão arraigados não apenas na convicção masculina da inferioridade das mulheres mas no ódio que eles têm delas. [...] A submissão da mulher é levada a efeito e mantida por padrões de relação interpessoal prescritos pelas estruturas culturais e sociais [...]. Os privilégios políticos, sociais e econômicos que os homens geralmente desfrutam, no que se refere às mulheres, permitem que eles continuem controlando-as. A dominação masculina é apoiada em um *continuum* de força, que inclui assassinato, estupro, espancamento e assédio, assim como a capacidade de impor sanções econômicas (VILHENA, 2001).

Ou seja, se é natural, por que razão deve-se questionar? Esse processo de naturalização é o vetor da construção desse traço cultural violento. Na ideia já apresentada de cultura na qualidade de passagem de conhecimento entre os indivíduos, essa naturalização – oposta a uma ideia de construção social – se fortalece e torna ainda mais difícil o rompimento com o comportamento citado.

3 Afinal, do que elas têm medo?

Segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública de 2015, na projeção realizada com base em pesquisa feita pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), intitulada Estupro no Brasil: uma Radiografia Segundo os Dados da Saúde, apenas 10% dos casos são denunciados. Ou seja, estar-se-ia diante de mais de 450 mil casos de estupro por ano no país. Estes dados puramente já seriam suficientes para se chegar à conclusão inequívoca de que vivemos em um contexto que promove e ratifica a violência sexual contra a mulher.

Considere-se o estupro como uma espécie de um gênero que é cultura do estupro. Ilustrativamente, pode-se comparar a uma dor de cabeça. Existem vários tipos de dor de cabeça, uns intensos, outros mais brandos, entretanto todos são uma dor de cabeça. Ou seja, o estupro é a espécie mais intensa e danosa de um gênero que é a cultura do estupro, abarcando uma série de outras espécies que muitas vezes não são visualizadas nem por mulheres – que são violentadas e não têm consciência de que se trata de um ato violento – e por alguns homens – que agem de maneira mecanizada, sem problematizar se aquela atitude é ou não parte desse todo violento.

Por outras formas de “dor de cabeça”, invisibilizadas, tem-se tudo aquilo que reforça a ideia de que mulheres precisam de proteção, tudo o que constitui o que Vilhena chamou de “pedagogia da violência”. Abarcados nessa pedagogia estariam atos como “intimidação, coação, ameaças, negação ou minimização do abuso, isolamento, culpabilização da vítima, dominação, controle econômico, manipulação dos filhos e abuso sexual” (VILHENA, 2001).

Falar de uma cultura do estupro é exatamente trabalhar essa relação que se estabelece entre os indivíduos de gêneros diferentes – partindo da classificação binária – considerando as características e meandros dessa relação que é construída e alimentada em todos os estágios da vida desses indivíduos. E visualizar que há diversas variáveis que levam a um quadro de violência sistêmica contra a mulher no Brasil.

Potencialmente, o homem desenvolve uma atitude antagônica a respeito das mulheres, uma cultura antimulher na qual se humilha tudo que é relacionado com “feminino” ou “não masculino”. Daí a violência sexual e o assédio, inclusive, sugerirem não uma ideia de prazer e realização sexual, mas sim uma prova de masculinidade e poder sobre a mulher. Ou seja, o homem age de modo a provar a si, aos outros e às mulheres que é superior a elas. Não um superior no sentido individual apenas, mas uma superioridade que vai ao encontro da ideia de masculino e de tudo o que ela prega e estabelece como querido.

Nesse sentido, podem-se citar os chamados estupros corretivos. Praticados contra mulheres lésbicas/bissexuais, eles ocorrem com a justificativa de punição, de correção pelo não feminino. Tem-se que os agressores não aceitam a posição “masculinizada” dessas mulheres e que elas nada têm a oferecer a eles no campo sexual, e que cabe a eles, indivíduos superiores, que detêm o controle sobre tais corpos, corrigir esta “falha”.

A violência sexual se trata, portanto, de um ato que tem como escopo final a manutenção de uma relação de poder demonstrada pelo sexo. Estupro é um crime de gênero (VILHENA, 2001).

4 A importância dos meios de informação na construção de estereótipos e manutenção de violência

A cultura do estupro não é criação dos tempos modernos. Desde o período colonizador, há relatos da prática de abusos contra mulheres. “O que Gilberto Freire trata como intercurso sexual do colonizador com negras e índias, na verdade é a narrativa de violências sexuais que não eram tratadas como estupro até pouco tempo” (DAMASCENO, 2016, p. 21).

No século passado, o estupro (quando denunciado) era “perdoado” caso o violentador se casasse com a vítima.⁴ Até o ano 2005, o estupro ocorrido dentro do casamento era caso de extinção de punibilidade.⁵

Pode-se perceber, portanto, que se trata de algo antigo, enraizado em nossa cultura, que existe ainda hoje. Para a transmissão e a manutenção desse pensamento, importantíssimo é o auxílio daquilo que Lauretis chamou de “tecnologia de gênero”. Para Lauretis, a tecnologia de gênero, juntamente com os discursos institucionais, tem o poder de “produzir, promover e ‘implantar’ representações de gênero” (LAURETIS, 1987, p. 23).

Por tecnologia de gênero, Lauretis pensou em meios como o cinema, por exemplo. Trazendo para a realidade brasileira, pode-se considerar a televisão aberta/fechada, meios impressos de informação (jornais, revistas), literatura, música, comerciais, entre outros, como vetores dessa construção de gênero que culmina em violência e opressão.

Nesses meios, os papéis se reafirmam constantemente. Isso fica ainda mais claro quando se analisam as tecnologias de gênero. No campo musical, por exemplo, gastar-se-iam dias para listar todas as músicas de ritmos diversos que têm como cerne o uso sexual da mulher pelo homem. Diz-se *uso* exatamente por se tratar não de letra que elucida uma relação sexual perpetrada por dois indivíduos, mas sim um ato sexual que tem um protagonista e alguém – a mulher – que o serve na forma, hora e modo que o apraz.

⁴ O Código Penal do Império (LIM-16-12-1830) e o Código Penal de 1890 (Decreto N° 847) previam uma excludente de culpabilidade no crime de estupro.

⁵ Lei 11.106/05.

Ainda que tais meios não preguem a violência, o estupro em si, eles reforçam a subordinação, inferiorização e objetificação das mulheres. Ainda que de modo sutil, engraçado – como quando o humorista faz piada sobre a inteligência de alguma mulher – ou quando um filme demonstra os papéis determinados – como quando em um filme a esposa realiza a chamada dupla/tripla jornada enquanto o marido descansa –, essas tecnologias imbricam nos indivíduos os moldes em que a cultura do estupro se apoia.

Quando se pensa em expressões, também é vasto o leque daquelas que são impregnadas de machismo. Desde ditados populares a jargões utilizados, inclusive no caso de estupro masculino. Afinal, quem nunca ouviu, quando da prisão de um estuprador, que ele seria feito de “mulherzinha” pelos demais encarcerados? Ou seja, o ato sexual é referência com clara alusão à mulher, ao feminino.

Conclusão

Ignorar que se vivencia no Brasil atual uma cultura do estupro é fechar os olhos para a realidade. É impossível se conceber que números como os apresentados não demonstrem claramente que o que se tem é um fenômeno social crítico e vitimizador.

A base dessa cultura de violência é um velho conhecido de todos: o machismo. É uma naturalização de condutas, e é na reprodução de preconceitos gerais que residem as bases de atos finais de violência extrema como o estupro e a violência física.

Diante de tentativas reiteradas de desqualificação e invisibilização de tais discussões e lutas – muitas vezes sob o pálio do humor, do ser natural –, é mister a busca por espaços de fala e de promoção da fala para essas mulheres, de modo que possam ocupar espaços, inteirar-se de que inclusive elas são fruto dessa mesma construção social e, assim, localizar-se nesse fenômeno para cultivar a mudança.

Importante também se apresenta a discussão de gênero com as crianças, no seio familiar, nas escolas, no convívio social. Somente com uma discussão iniciada logo cedo, o não marcar do gênero na primeira infância e a não transmissão de “valores” que resultam nas práticas de violência, é possível uma real intervenção no fenômeno social que é a cultura do estupro.

Enquanto não se pensar a violência de gênero como um problema real, complexo e com um espectro de alcance que afeta todos na sociedade, não se conseguirá um avanço real. É complexo exatamente por ser ao mesmo tempo fruto e causador, ou seja, as

atitudes são violentadoras e também são causadoras da promoção de novas violências. Repensar o ser homem e mulher – especialmente com fulcro na ideia de que todos são iguais – é essencial para combater esse estado de violência generalizada.

Referências

BOSI, Alfredo. *Dialética da colonização*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

BRASIL. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília, 2016.

BRASIL. *Código Penal do Império*. LIM-16-12-1830, de 16 de dez de 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 14 jan. de 2017.

BRASIL. *Código Penal de 1890*. Decreto 847, de 11 de out de 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 14 jan. 2017.

BRASIL. *Lei 11.106/05*. Lei 11.106, de 28 de mar de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111106.htm>. Acesso em: 14 de jan. de 2017.

CARVALHO, Vânia Carneiro de. *Gênero e artefato: o sistema doméstico na perspectiva da cultura material. São Paulo, 1870-1920*. São Paulo: USP, 2001. Tese (Doutorado em História), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

CONNELL, Robert W.; MESSERSCHIMIDT, James W. Masculinidade hegemônica: Masculinidade hegemônica. *Revista Estudos Feministas*, v. 21, n. 1, 2013.

DAMASCENO, João Batista. *Revista Jurídica Consulex*, ano XX, n. 466, 2016.

FARIA, Nalu; NOBRE, Miriam. *Gênero e Desigualdade*. São Paulo: Sempre Viva Organização Feminista, 1997.

KORIN, Daniel. Nuevas perspectivas de género en salud. *Revista Adolescencia Latinoamericana*, v. 2, n. 2, 2001.

LAURETIS, Tereza de. *A tecnologia do gênero*. Indiana University Press, 1987. Disponível: <<http://pt.scribd.com/doc/81873993/A-Tecnologia-do-Genero-Teresa-de-Lauretis>>. Acesso em: 10 de jan. de 2017.

MARQUES, Alinne. *CDH 13 06 16: Audiência Pública no Senado Federal sobre O estupro no Brasil*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=hBf4_iDb4_Y>. Acesso em: 14 jan. 2017.

SALIH, Sara. *Judith Butler e a Teoria Queer*. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 71-99, jul./dez. 1995.

PROCURADORIA DA MULHER NO SENADO. *Valeska Zanello. Audiência Pública sobre os crimes de estupro no Brasil*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=OW35qHhitvw&t=7s>>. Acesso em: 9 jan. 2017.

VIEIRA, Helena. Teoria Queer, o que é isso? *Revista Fórum*, 7 jun. 2015. Disponível em: <www.revistaforum.com.br/osentidos/2015/06/07/teoria-queer-o-que-e-isso-tensoes-entre-vivencias-e-universidades/>. Acesso em: 10 jun. 2016.

VILHENA, Junia de. Nas raízes do silêncio: sobre estupro feminino. *Tempo Psicanalítico*, n. 33, p. 55-69, 2001. Disponível em: <http://www.academia.edu/8008714/NAS_RA%C3%8DZES_DO_SIL%C3%8ANCIO_SOBRE_O_ESTUPRO_FEMININO>. Acesso em: 25 jan. 2017.

FAMÍLIAS PARALELAS OU SIMULTÂNEAS: (IM)POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO

Alex Cândido Maciel
Claudineia Pereira Aguiar
Francielly Rodrigues
Giseli Reis Braga
Jaqueline Oliveira
Laura Kelly Pires
Leonardo Tadeu Braga
Luana Oliveira Santana
Sirlene Maria Teixeira¹
Raphael Furtado Carminate²

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade de reconhecimento, pelo Direito, das famílias paralelas ou simultâneas. Para tanto, parte-se de uma análise histórica e conceitual para posterior demonstração dos desafios enfrentados pelos operadores do Direito ao lidar com os casos concretos envolvendo a temática, as soluções encontradas pela doutrina para adequá-la à legislação vigente, e as possíveis consequências jurídicas de seu reconhecimento.

Palavras-chave: Famílias Paralelas. Simultaneidade Familiar. Pluralidade Familiar. Direito das Famílias.

1. Introdução

Hodiernamente, extrai-se do contexto fático jurisdicional pátrio, a crescente postulação de demandas judiciais que intentam o reconhecimento de novos modelos de entidades familiares. Desse modo, realça-se a perfunctória abordagem legislativa, relativa ao reconhecimento de modelos familiares, de maneira adstrita à aceção prevista em normas, mostrando-se inerte frente à apreciação de possíveis direitos inerentes aos referidos novos modelos. Sob o espectro laboral fático do Direito das Famílias tem se deparado rotineiramente com o fato de que não se pode relegar ao plano do não direito, entidades familiares dotadas de formações distintas daqueles tidas como formais. Dentre tais arquétipos, impende essencial ressaltar aquele que compõe o escopo do presente estudo, qual seja, das famílias paralelas ou simultâneas.

A noção de família, com o decurso do lapso temporal, transmutou-se essencialmente, de modo que se tornou mais complexa e avançada. Neste ínterim, evidencia-se que, hodiernamente, não há que se falar em unicidade familiar, tal como em tempos pretéritos,

¹Alunos do 7º período do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito.

²Orientador. Doutor e mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Professor de Direito Civil da UNIPAC Itabirito e Mariana.

e sim em pluralidade. Isso pois, as entidades familiares demonstram-se em consonância com as alterações sociais.

Faz-se necessário ressaltar, inicialmente, que não se pretende esgotar a temática cerne do presente artigo, ante a vastidão.

A noção de família, com o decorrer dos anos, vai se tornando cada vez mais complexa e avançada. Não há de se falar mais em unicidade familiar, e sim pluralidade, uma vez que as entidades familiares estão em consonância com as alterações sociais. A família não se refere a um conceito que estagnou-se no tempo, mas consiste em uma instituição dinâmica e evolutiva, de modo que o direito, diante da desconformidade entre as concepções de famílias previstas na legislação e aquelas que efetivamente existem no âmbito fenomênico, deve ajustar-se às transformações sociais e conceder a proteção que revela-se imprescindível à garantia dos direitos fundamentais desses novos modelos familiares. Não se protege a família pelo seu nome, mas pelo seu conteúdo.

2. Contexto histórico

Muito se discute na contemporaneidade acerca da possibilidade de reconhecimento jurídico das famílias paralelas mas, para compreendê-las em sua totalidade, deve-se fazer um breve retrospecto histórico visando identificar as transformações pelas quais passou a família tradicional dos séculos XVI ao XX até se chegar à noção de família preconizada pela Constituição de 1988. A partir dessa perspectiva, analisar-se-á a evolução dos grupos familiares desde o período do Brasil Colônia até a atualidade, com foco enfraquecimento do patriarcalismo e na superação do casamento como a única maneira de se constituir família.

No século XVI, a única forma legítima de se constituir família era por meio do matrimônio, sendo as demais entidades familiares existentes marginalizadas e subjugadas tanto pela sociedade quanto pelo Direito. Nesse contexto, a família estava associada aos interesses estatais, isto é, a interesses extrínsecos que não voltavam-se para a realização pessoal de cada componente do núcleo familiar, mas sim para a preservação de patrimônios e para o desenvolvimento do próprio Estado.

Uma das principais características das entidades familiares predominantes no período supracitado era seu aspecto patriarcal, haja vista que os homens eram colocados como "chefes familiares", submetendo os demais membros da família aos seus anseios e vontades. Nesse contexto, a ideia de homem como "chefe da sociedade conjugal" estava diretamente

relacionada à manutenção da ordem e da autoridade no âmbito familiar, objetivando o bom funcionamento da família e, conseqüentemente, reforçando seus aspectos transpessoal e patrimonializado, haja vista que as vontades individuais eram suprimidas e a perspectiva institucional, fortalecida.³

Esse modelo de entidade familiar mostrava-se fortemente hierarquizado, sendo o "chefe familiar" o único detentor de direitos e cidadania plena. Os demais integrantes da família, em contrapartida, tinham seus direitos e prerrogativas consideravelmente restringidos, encontrando-se a mulher e os filhos em situação de submissão, dependência e fragilidade, condições que refletem uma verdadeira ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, vez que ocorre uma limitação da liberdade intrínseca a cada indivíduo. Tratava-se, portanto, de um modelo familiar que visava a garantia do "ter" em função do "ser"; preocupava-se, acima de tudo, com os papéis de procriação, gerenciamento econômico e direção política do que com as particularidades de cada indivíduo isoladamente consideradas.⁴

Após essas breves considerações, passar-se-á à análise da evolução da família no ordenamento jurídico brasileiro, acompanhando as transformações sofridas pelas entidades familiares desde a promulgação do Código Civil de 1916 até sua posterior substituição pelo Código Civil de 2002, o qual será examinado à luz da Constituição de 1988.

O Código Civil de 1916 manteve a aplicação da legislação portuguesa já existente⁵, moldando-se sob os costumes e interesses do modelo de família patriarcal. Sendo assim, firmou-se em um código com normas machistas e demasiadamente conservadoras, tratando as mulheres como submissas aos homens e fazendo com que suas vontades estivessem diretamente atreladas às de seus companheiros, negando-lhes a autonomia que, algum tempo depois, lhes seria conferida com o advento da Constituição de 1988.

Com a promulgação da Constituição de 1988, a interpretação constitucional começou a se desvencilhar da mera reprodução das normas preconizadas no ordenamento jurídico e passou a contar com a participação do próprio intérprete que, ao aplicar o silogismo jurídico⁶, ideia criada pelo filósofo Aristóteles, revela-se como coparticipante no processo de

³ FERRARINI, Letícia. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: Pedacos da realidade em busca da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2010. p. 48.

⁴ *Ibid.*, p. 47.

⁵ FERRARINI, Letícia. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: Pedacos da realidade em busca da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2010. p. 51.

⁶ APLICAÇÃO do Direito, disponível em: <<https://introducaoodireito.info/53-aplicacao-do-direito/>> Acesso em: 05 mai. 2019

criação de Direito, sendo um dos principais responsáveis pela adequação dessa instituição às constantes modificações pelas quais passa a sociedade. Conforme assevera Carlos Ruzyk:

Nada obstante isso, para além de um sentido de coerência formal do sistema expresso por meio de critérios supramencionados – que, salvo melhor juízo, prendem-se a um olhar ainda positivista, que parte da estrutura lógico-formal do sistema jurídico –, cabe remarcar o sentido hermenêutico que emerge do princípio da “máxima efetividade” (...). Trata-se de optar pela interpretação que maior efetividade ofereça à disposição constitucional.⁷

Por conseguinte, o Código Civil de 2002 apresentou algumas modificações positivas no que tange à regulamentação jurídica das famílias, superando definitivamente o matrimônio como única forma de constituição de família, incluindo, a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Conforme exposto anteriormente, a partir da promulgação da Lei Maior, a família constitucionalizada representou uma inversão em relação aos modelos familiares que a precederam. Nesse novo cenário, a família se funcionaliza para garantir o "ser" em detrimento do "ter", isto é, começa a se alicerçar no afeto, na solidariedade e na cooperação de seus membros. Não se trata mais de satisfazer os interesses do Estado, mas sim promover o desenvolvimento pessoal dos sujeitos de direito que compõem o núcleo familiar, visando a busca da felicidade e a promoção da dignidade. Nesse sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo:

A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que matizaram o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vincada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto: a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada pela Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização.⁸

No entanto, o Código Civil de 2002 ainda apresenta algumas falhas, haja vista que, ao não regulamentar a existência de determinadas entidades familiares, tais como as famílias paralelas ou simultâneas e as poliafetivas, comete o mesmo erro do Código Civil anterior, deixando que o próprio julgador interprete determinados aspectos concernentes aos direitos de minorias, interpretação esta que, em alguns casos, pode se contrapor ao princípio da dignidade da pessoa humana preconizado na Constituição Federal.

Dessa maneira, conforme previsto no caput do art. 226 da Constituição Federal, a pluralidade familiar também carece de chancela jurídica, haja vista que, por ser a família a base

⁷ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias Simultâneas: Da Unidade Codificada À Pluralidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 36, 2005.

⁸LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das famílias. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, Síntese, v. 6, n. 24, p. 151, 2007.

da sociedade, ela tem proteção especial do Estado. Ives Gandra da Silva Martins, com base nesse preceito legal, afirma que:

A norma de reconhecimento é que não há sociedade sem família, é esta a base da sociedade, vale dizer, toda a Constituição brasileira é voltada, em primeiro lugar, para a valorização da família, pois é ela o alicerce, o fundamento, a “célula-mater” da sociedade.

O segundo comando maior impõe ao Estado que a proteja. Não qualquer proteção. Não uma proteção genérica, programática, mas específica, e mediata, própria, tanto que o constituinte a qualificou de “especial proteção”. Uma proteção, portanto, diferenciada e maior do que aquela ofertada, nos diversos dispositivos, a sociedade em geral.⁹

Nesse contexto, proceder-se-á à análise das famílias paralelas, as quais constituem o tema desse artigo, abordando suas características primordiais, alguns dos elementos que as distinguem em face das demais entidades familiares e, conseqüentemente, expondo as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema em questão, visando instigar a discussão sobre os efeitos jurídicos relacionados à simultaneidade familiar e à necessidade de fornecer a devida proteção a esse fenômeno social.

2. Breves considerações sobre a monogamia

Na esfera da filosofia, os princípios, enquanto maneados pelas leis morais, são preceitos que o indivíduo professa no que concerne à sua própria consciência.¹⁰ Destarte, os princípios são convicções criadas por cada indivíduo de maneira particular e individualizada. Em contrapartida, Miguel Reale aduz que

(...) princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.¹¹

Todavia, quando um princípio é posicionado como regra no âmbito privado da estrutura da entidade familiar, representa um verdadeiro impasse para aqueles cidadãos que buscam na família sua forma de liberdade e melhor maneira de convivência.

⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. A imposição tributária e a Família. In: —; ALTAMIRANO, Alejandro C. (coord.). Direito Tributário: Justiça prospectiva e Princípios inerentes ao Direito Tributário e Previdenciário (Tributação e Incentivos à família). São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 16.

¹⁰ SIGNIFICADO de princípios. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/principios/>> Acesso em: 04 mai. 2019

¹¹ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 37.

Nesta perspectiva, alguns autores vêm se posicionando sobre a questão da monogamia ser ou não tratada como um princípio que deve ser empregado na estrutura da entidade familiar. Para Carlos Ruzky, “não se pode afirmar que a monogamia seja um princípio do direito estatal da família, mas sim, uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas e, portanto, constituída sobre a chancela prévia do Estado”.¹² Para o autor, a monogamia não é um princípio do direito das famílias, mas uma maneira de o Estado interferir nas diversas formas de estrutura familiar, evitando, assim, a formação de relações familiares diversificadas.

Conforme elucida Letícia Ferrarini:

É possível, todavia, conciliar a monogamia, enquanto valor compatível com a cultura ocidental, desde que não se pretenda negar- o que seria irreal - a existência de múltiplas conjugidades, como fenômeno sociológico presente na sociedade contemporânea¹³

Ainda que a monogamia seja considerada por parcela da sociedade como a estrutura fundamental da organização jurídica familiar, devido à forte influência da religião e da cultura ocidental sobre o Direito, não é possível negar a existência de outras estruturas familiares.

Cumprido salientar, também, o posicionamento da autora Carlos Eduardo Pianovski, segundo a qual “a monogamia não se trata de um princípio, mas sim de uma regra estritamente proibitiva da existência de relações múltiplas sob a égide estatal”.¹⁴

Por outro lado, Rodrigo da Cunha Pereira, assevera, em sua obra “Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família”, que:

A monogamia, embora funcione também como um ponto-chave das conexões morais das relações amorosas e conjugais, não é simplesmente uma norma moral ou moralizante. Sua existência nos ordenamentos jurídicos que o adotam tem a função de um princípio jurídico ordenador. Ele é um princípio básico e organizador das relações jurídicas da família do mundo ocidental. Se fosse mera regra moral, teríamos que admitir a imoralidade dos ordenamentos jurídicos do Oriente Médio, onde vários Estados não adotam a monogamia.¹⁵

Em suma, de acordo com a análise das opiniões dos autores supracitados, pode-se dizer que não há um posicionamento doutrinário pacífico acerca de a monogamia ser ou não

¹² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas e Monogamia. In: COUTO, Sérgio. MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coor). Família Notadez - Direito de família e Sucessões. Sapucaia do Sul: Notadez, 207, p.74.

¹³ FERRARINI, Letícia. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: Pedacos da realidade em busca da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2010. P.96

¹⁴ “Famílias Simultâneas: Da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional” (Rio de Janeiro: Renovar, 2005).

¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 127.

considerada um princípio. Todavia, conforme salientado acima, é importante destacar que não há previsão explícita ou implícita no texto constitucional que a caracterize como um princípio básico ordenador das entidades familiares.

Vale ressaltar que o artigo 226 da Constituição Federal aduz que a família, por ser a base da sociedade, deve ser protegida integralmente pelo Estado. Este, portanto, não pode se eximir de proteger as entidades familiares existentes com base em preceitos morais, como a monogamia, haja vista que a proteção das famílias deve se sobrepor ao conservadorismo, de tal forma que a igualdade formal ceda lugar à material, e os direitos concedidos à maioria possam, também, ser assegurados às minorias, que optam por constituir formas não “tradicionais” de família.

2.1.A monogamia no contexto das famílias paralelas

Depois de lançadas essas considerações, é necessário fazer uma análise da questão da monogamia em relação às famílias paralelas, as quais não seguem os padrões definidos pela sociedade, uma vez que são formadas por pessoas que optam pela simultaneidade familiar, ou seja, indivíduos que compõem mais de uma entidade familiar.

Quando os padrões da monogamia são colocados como um princípio jurídico, ou seja, uma norma a ser seguida, tende-se a considerar as famílias paralelas como algo ilícito, negando-lhes existência para o Direito, embora presentes no mundo fático. Neste contexto, famílias que possuem formatos diferentes daqueles aceitos pela sociedade ficam alijadas do mundo jurídico, não produzindo quaisquer efeitos nesta seara.

Alguns doutrinadores, tal como Rodrigo da Cunha Pereira, por exemplo, defendem que as famílias paralelas não devem receber chancela jurídica. Tal posicionamento é justificado por adotarem a monogamia como um princípio orientador da constituição de famílias, razão pela qual qualquer tipo de relacionamento distinto do monogâmico não deve ser abarcado pelo direito.¹⁶

Nesse prospecto, pode-se citar, também, o posicionamento de Rolf Madaleno, que defende a existência de um regime monogâmico no qual não há espaço para o reconhecimento das relações paralelas: “Estou entre aqueles que afastam do direito de Família as relações poliândricas ou poligâmicas, quer preexista casamento ou apenas precedente união estável,

¹⁶PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do direito de família. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012. p. 127.

nada diferenciando o fato de a pessoa ser ou não civilmente casada com outra mulher, com a qual convive em dupla união”.¹⁷

Salienta-se, também, o pensamento de Pinto Ferreira, que enumera os benefícios de uma relação monogâmica para a sociedade como um todo:

A família monogâmica tem evidentemente diversas vantagens sobre a poligâmica. Entre outras, caberia mostrar que a monogamia permite uma melhor criação da prole, um superior desvelo pela velhice, uma profunda estabilidade do grupo social e corresponde à necessidade biológica da divisão numérica equitativa, existente na natureza entre o sexo masculino e o feminino, sem levar em conta, ainda, que ela permite uma vida espiritual mais aperfeiçoada nas relações domésticas.¹⁸

Não obstante a reconhecida sabedoria dos autores supracitados, percebe-se que seus posicionamentos são influenciados por aspectos meramente morais, não tendo eles apontado nenhuma norma constitucional que direta ou indiretamente sirva de fundamento para eles.

Dessa maneira, não cabe ao Direito definir como as famílias devem ser constituídas, mas sim proteger a sua formação, garantindo os direitos que são estabelecidos por lei. Nesse sentido, tem-se o posicionamento de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

Nessa toada, tomar um princípio jurídico da monogamia como um “dever ser” imposto pelo Estado a todas as relações familiares é algo que entra em conflito com a liberdade que deve prevalecer naquela que é uma das searas da vida na qual os sujeitos travam algumas das mais relevantes relações no tocante à formação de sua subjetividade e desenvolvimento de sua personalidade. (...) Não se trata de criticar a orientação monogâmica comum a uma moral social média, que reflete uma longa permanência histórica. Trata-se, sim, de criticar a pretensão de atribuir ao direito estatal o poder de reputar ilícitas formas de convivência decorrentes de escolhas coexistenciais materialmente livres.¹⁹

Assim sendo, a base de toda entidade familiar deve ser a boa-fé, ou seja, se existe uma clareza dentro de um relacionamento, se este não está infringindo a dignidade da pessoa humana de nenhum dos cônjuges, se ambos sabem da real situação e comungam das mesmas vontades, o Estado não tem o papel de intervir nestas formações familiares, mas sim o dever de protegê-las. O ser humano tem o direito de constituir sua família da maneira que se sinta realizado, desde que não viole o direito de nenhum de seus integrantes, e cabe ao Estado abarcar essas famílias, sem negar-lhes direitos e sem excluir as que não se encaixam nos moldes da sociedade.

¹⁷MADALENO, Rolf. *A união (ins)estável (relações paralelas) 2010*. Disponível em: <<https://bit.ly/2V8SvMD>>. Acesso em: 01 maio 2019.

¹⁸FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 366

¹⁹RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias Simultâneas e Monogamia*. 2005. Disponível em: <<https://bit.ly/2H9nX2a>>. Acesso em: 01 maio 2019.

3. Elementos mínimos caracterizadores das famílias informais

Por todo o exposto nos tópicos antecedentes, infere-se que a concepção familiar, que outrora assumia um caráter patrimonial e hierarquizado, fora perdendo tais atribuições em meio às mudanças jurídicas e sociais. Desta forma, hodiernamente a família fundada no casamento não mais representa a única entidade familiar consagrada pelo direito constitucional, visto que, na contemporaneidade, são também reconhecidas como entidades familiares tuteladas constitucionalmente as famílias informais, que tem o objetivo de constituir uma família, de forma pública, estável e continuada, em consonância com o que preconiza o artigo 1723 do Código Civil.

Neste sentido, partindo da constante mudança social, que por consectário, resultou no advento de novas formas de famílias, importante se faz apreciar analiticamente a temática das famílias paralelas, bem como, a pormenorização do instituto em seu âmago, distinguindo-o de meras relações adulterinas eventuais e explanando os pressupostos mínimos para seu possível reconhecimento na esfera jurídica.

Nesta senda, Carlos Eduardo PianovskiRuzyk patenteia que o termo famílias paralelas “caracteriza o fenômeno da simultaneidade familiar, de forma a englobar todas as circunstâncias em que uma pessoa se coloca como componente de duas ou mais entidades familiares diversas entre si”²⁰. Destarte, nos termos expostos pelo autor retro mencionado, compreender-se-ia abarcado em tal concepção “desde a pluralidade pública e estável de conjugalidades até aquelas situações envolvendo filhos de pais separados que mantém relacionamento com ambos os pais”.

No tocante à configuração das famílias paralelas, urge imperioso salientar que podem se enquadrar nessa constituição familiar as relações de simultaneidade de um casamento e uma união estável, bem como, a relação de duas uniões estáveis.

Entretanto, frisa-se que o instituto em comento se difere das relações adulterinas eventuais, e que, portanto, se faz necessário desnudar os vínculos intrínsecos às famílias informais, com o intuito de se estabelecer em quais situações são atendidos os requisitos caracterizadores das famílias paralelas.

²⁰RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias Simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro. Renovar, 2005, p.6.

Isto posto, salienta-se que, inobstante a coexistência de famílias paralelas se apresente encontradiço no meio social brasileiro, ainda as recai certo grau de relativização e equiparação às meras relações adúlteras. Todavia, a crucial distinção reside no fato de que estas não são constituídas sob o intento de contrair relação familiar, porquanto, na simultaneidade, os componentes dispõem de esforços para a constituição de uma entidade familiar. Portanto, na abordagem à temática das famílias paralelas, elide-se a tratativa dos relacionamentos casuais de cunho adúltero.

À vista disso, para que se alcance o status de família paralela, essencial se faz a presença de determinados critérios vetores à identificação de certa relação simultânea como entidade familiar, os quais serão traçados seguidamente. Contudo, destaca-se que o presente artigo não busca firmar precocemente uma definição absoluta que engendre as possibilidades em que a simultaneidade será determinada, mas unicamente, discernir as regras e os princípios que norteiam a viabilidade de seu reconhecimento, para que no caso concreto haja o devido julgamento pelo juízo competente.

Preliminarmente à reconção dos pressupostos mínimos, apresenta-se o instituto principiológico da boa-fé. Sob este espectro, segmenta-se a dicotomia entre boa-fé subjetiva, e boa-fé objetiva. Pela perspectiva da primeira, diante da situação fática, sopesa-se acerca da posição da conjuntura, pela consideração do real intento aventado pelo sujeito integrante da relação jurídica. De outro modo, a boa-fé objetiva ocupa-se em estabelecer parâmetros responsabilizadores, para a conduta, fundados na retidão e na lealdade, por meio de aferíveis análises comportamentais, que exigem a observação aos demais pressupostos.

Deste modo, tem-se que em razão da boa-fé objetiva, poder-se-á, nos casos concretos, deixar de reconhecer direito inerente a membro da segunda união estabelecida, quando da análise de seus atos ficar constatado violação ao instituto em questão, cabendo peculiar avaliação das circunstâncias em cada caso. Todavia, indo além em tais perquirições, suscita-se ao debate o seguinte questionamento: realmente seria legítimo restringir componentes de determinada entidade familiar, de usufruírem dos direitos inerentes a tal ente, descaracterizando-o desafortunadamente ao mero concubinato, sob o respaldo em questões morais e extremamente pessoais? Nota-se neste ponto, que em caso de afirmativa à indagação, funda-se por estabelecer disparidade entre institutos familiares, que factualmente vivenciam realidades semelhantes, não carecendo de intervenção Estatal para obstar.

À posteriori, estabelece-se o elemento da afetividade, do qual aduz-se, a partir da Carta Magna de 1988, que as famílias estruturam-se em relações de autenticidade,

afetividade, amor, diálogo e igualdade. Denota-se que, embora evitada de cunho subjetivo, a afetividade ora tratada não ocupa-se de questões íntimas, mas tão somente dos vestígios que afetam juridicamente as relações familiares. Nesta senda, não há que se rechaçar o reconhecimento de entidades familiares informais, tais quais a paralela, que contemplam plenamente a afetividade.

Entretanto, a doutrina acrescenta ainda, para o reconhecimento das famílias enquanto simultâneas, a exigência do pressuposto basilar da coexistência, como meio de exteriorização afetiva. Com efeito, insta esclarecer que para que exista coexistência é necessário que se tenha uma reciprocidade na satisfação existencial, ou seja, relações baseadas em interesses que divirjam à comunhão com intuito de família não ensejam a formação da entidade familiar. É de extrema importância salientar que, para coexistir não é necessário coabitar, ou manter relações íntimas.

Assim sendo, no plano factual, apresentar-se-á plenamente cabível a coexistência de determinado indivíduo comum a ambas as relações, coabitar na entidade familiar na qual foi estruturada de forma matrimonializada, sem que assim, deixe de coexistir na segunda relação.

Continuamente, na pormenorização dos pressupostos mínimos à caracterização da simultaneidade, expõe-se a estabilidade e durabilidade da união afetiva, concebida enquanto elementares de ordem objetiva. Isto é, embora não haja previamente estabelecido determinado lapso temporal mínimo para que se impute à entidade a atribuição familiar, infere-se que relações precedentes não avocam continuidade do vínculo, e, portanto, não demandam a designação de entidade familiar.

Ulteriormente, para ultimar os elementos mínimos constitutivos das famílias paralelas, apresenta-se a ostentabilidade plena. Da análise substancial de tal requisito, depreende-se que o reconhecimento de uma entidade, sob a égide familiar, pleiteia a notoriedade frente ao meio social, ainda que a reconhecença existencial do ente limite-se ao conjunto de pessoas com afinidades aos membros.

Independentemente das concepções morais que cada um possa ter, negar a realidade é a forma mais injusta de combater um argumento. Desta forma, não podemos excluir da apreciação jurídica a situação vivenciada por milhares de famílias que vivem em situação de concomitância. O Direito, enquanto matéria mutável, deve se atualizar para corresponder a estes fatos jurídicos que permeiam a sociedade, livre de (pré)conceitos, assim como seus operadores devem discutir o assunto desarmados de suas concepções

morais, de forma livre, buscando conciliar princípios sem perder o foco na dignidade da pessoa humana.²¹

Nesse prospecto, aduz Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

De qualquer sorte, resta claro que a ambiência normativa hábil a recolher do âmbito dos fatos, sem um sentido de desvalor, a situação de simultaneidade familiar é aquela em que, de um lado, a família se põe como fruto do afeto, que não se deixa aprisionar pelos estreitos limites de um modelo jurídico tendente à tutela de uma instituição abstrata. De outro lado, a simultaneidade adquire relevância jurídica quando o olhar da norma não se dirige ao todo abstrato, mas, sim, a cada um de seus componentes, podendo localizar, na perspectiva de algum deles, coexistências familiares em núcleos diversos entre si, mas que, nem por isso, podem ser reputadas de antemão como mutuamente excludentes. Essa pluralidade simultânea de relações familiares também depende, para sua apreensão jurídica, do não aprisionamento do sentido jurídico de família a uma unicidade de modelo: a pluralidade sincrônica, que constitui a simultaneidade, tem como antessala o próprio sentido plural que o direito possa atribuir à família.²²

À face do exposto, extrai-se que carece de legítima fundamentação jurídica, o posicionamento doutrinário e jurisprudencial que empreende em obstruir a avocação fatídica das famílias simultâneas ao plano jurídico pátrio. Isso pois, em nada se distinguem no plano factível, das uniões amparadas pelo direito presentemente, mas por intentos morais, finda-se ilegitimamente por não reconhecer uma realidade que equipara-se em sua essência, a qualquer outra entidade familiar, atravancadas por meras intolerâncias arraigadas ao senso comum.

4. Análise jurisprudencial

Da leitura dos recursos especiais atinentes à temática em estudo, pode-se citar o caso abaixo, o qual se refere a uma relação simultânea que perdurou por 17 anos. De acordo com depoimentos concedidos por testemunhas, o casal vivia como se casados fossem, morando e trabalhando juntos, além de demonstrarem afeto um para com o outro. Após o falecimento de um dos envolvidos no triângulo amoroso, questionou-se a legitimidade da união paralela ao seu casamento, haja vista que a esposa demonstrou discordância em relação ao provimento judicial que favorecia a companheira, concedendo-lhe benefícios relativos à partilha. Insatisfeita, a esposa interpôs um recurso especial, cuja ementa encontra-se a seguir:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.682.423 - MA (2017/0157957-0) RELATORA:
MINISTRA MARIA ISABEL GALOTTI (...) Trata-se de recurso especial interposto por

²¹ROCHA, Giancarlo Nunes da. *União Estáveis Paralelas: Reconhecimento e Efeitos Jurídicos*. 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/QMsKEo>>. Acesso em: 20 out. 2018.

²²RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias Simultâneas: Da Unidade Codificada À Pluralidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 29-30, 2005.

N P DE C E OUTROS, com fundamento nas alíneas a e c do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, assim ementado (fl. 325 e-STJ): DIREITO DE FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL - SIMULTÂNEOS. RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO.

1. Ainda que de forma incipiente, doutrina e jurisprudência vêm reconhecendo a juridicidade das chamadas famílias paralelas, como aquelas que se formam concomitantemente ao casamento ou à união estável. 2. A força dos fatos surge como situações novas que reclamam acolhida jurídica para não ficarem no limbo da exclusão. Dentre esses casos, estão exatamente as famílias paralelas, que vicejam ao lado das famílias matrimonializadas. 3. Para a familiarista Giselda Hironaka, a família paralela não é uma família inventada, nem é família imoral, amoral ou aética, nem ilícita. (...) 4. Havendo nos autos elementos suficientes ao reconhecimento da existência de união estável entre a apelante e o de cujus, o caso é de procedência do pedido formulado em ação declaratória. 5. Apelação cível provida. Opostos os embargos de declaração, esses foram rejeitados (fls. 367/371 e-STJ). Em suas razões do recurso, a parte recorrente sustentou violação aos artigos 1.723, § 1º, e 1.727 do Código Civil, bem como a existência de dissídio jurisprudencial, tendo em vista a impossibilidade de reconhecimento de união estável simultânea a casamento não dissolvido ou que não tenha havido separação de fato ou judicial. Decisão positiva de admissibilidade proferida às fls. 490/491 e-STJ. Presentes os pressupostos de admissibilidade e ultrapassado o limite do conhecimento do presente recurso, verifico que esse merece provimento, senão vejamos. A Súmula nº 568, desta Corte, dispõe que relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. Da análise dos autos, observo que o acórdão recorrido vai de encontro à jurisprudência pacífica desta Corte (...) "Com efeito, destaco que é assente na jurisprudência pátria, à luz do impedimento previsto no artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, a impossibilidade de se 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" (AgRg no AREsp 748.452, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 23/2/2016, DJe 7/3/2016). Nesse Sentido: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL NÃO RECONHECIDA. HOMEM CASADO. SEPARAÇÃO DE FATO NÃO COMPROVADA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. "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" (AgRg no AREsp 748.452, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 23/2/2016, DJe 7/3/2016) (...) Em face do exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar improcedentes os pedidos contidos na inicial, restabelecendo-se a sentença de primeiro grau. Intimem-se. Brasília (DF), 21 de agosto de 2017. MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI Relatora(STJ - REsp: 1682423 MA 2017/0157957-0, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Publicação: DJ 30/08/2017).

A partir da análise do caso acima, denota-se que, inicialmente, o provimento judicial proferido em primeira instância mostrou-se desfavorável ao reconhecimento da união paralela entre o de cujus e a companheira com a qual se relacionou durante 17 anos, ainda que fosse casado. Tal decisão foi objeto de apelação e o acórdão proferido, por sua vez, optou pelo reconhecimento da união paralela, adotando como principal fundamento "a concepção de que a família paralela não é uma família inventada ou que deva permanecer estigmatizada, uma vez

que consiste em uma realidade fática cada vez mais frequente na sociedade, sendo igualmente digna de tutela jurídica".

Todavia, a esposa do de cujus, frustrada com a posição jurídica do acórdão citado anteriormente, interpôs um recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, visando reformar a decisão outrora proferida e, conseqüentemente, restringir os benefícios concedidos à companheira em sede recursal. Dessa maneira, contrariando a decisão favorável à existência da união estável paralela ao casamento, o acórdão referente ao Recurso Especial não reconheceu a simultaneidade familiar, firmando-se julgados anteriores do STJ como forma de reestabelecer a sentença de primeiro grau.

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL NÃO RECONHECIDA. HOMEM CASADO. SEPARAÇÃO DE FATO NÃO COMPROVADA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. **"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"** (AgRg no AREsp 748.452, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 23/2/2016, DJe 7/3/2016). 2. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmula n. 7 do STJ). 3. No caso concreto, o Tribunal de origem concluiu pela ausência de comprovação da separação de fato. Alterar esse entendimento demandaria o reexame das provas produzidas nos autos, o que é vedado em recurso especial. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 999.189/MS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 23/05/2017; grifo nosso)

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 NÃO PROVADA. ÔNUS DA PROVA QUE RECAI SOBRE A AUTORA DA AÇÃO. 1. **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.** 2. O acórdão recorrido estabeleceu que o falecido não havia desfeito completamente o vínculo matrimonial - o qual, frise-se, perdurou por trinta e seis anos -, só isso seria o bastante para afastar a caracterização da união estável em relação aos últimos três anos de vida do de cujus, período em que sua esposa permaneceu transitoriamente inválida em razão de acidente. Descabe indagar com que propósito o falecido mantinha sua vida comum com a esposa, se por razões humanitárias ou qualquer outro motivo, ou se entre eles havia "vida íntima". 3. **Assim, 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.** 4. Recurso especial provido. (REsp 1096539/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 25/04/2012; grifo nosso)

Nesse sentido, a relatora do caso em questão, ministra Maria Isabel Gallotti, alicerçou sua decisão na jurisprudência do STJ e do STF, alegando que, por tratar-se de entendimento já consolidado acerca da temática das famílias paralelas, não seria cabível o reconhecimento de tais entidades familiares, haja vista que isso representaria uma ofensa não só normativa, como também "uma injustiça ao direito sucessório do cônjuge sobrevivente".

Sendo assim, percebe-se que a fundamentação do STJ guarda resquícios principiológicos e morais, vez que, "embora nosso direito tenha abandonado praticamente a ideia de atribuição de efeitos jurídicos exclusivamente às relações monogâmicas", ainda nota-se que a monogamia é, por vezes, invocada como um princípio norteador das relações familiares, razão pela qual nega-se a tutela jurídica às entidades diversas do casamento, da união estável e das relações monoparentais.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, julgou o Recurso Extraordinário nº 397.762-8, figurado pela esposa e pela companheira do de cujus, o qual constituía um matrimônio que resultou em 11 filhos e, paralelamente, um relacionamento com a companheira, com a qual teve 9 filhos.

Após a morte do de cujus, a viúva interpôs uma ação de pedido de partilha de pensão previdenciária na comarca de Marau (BA). O primeiro pedido foi negado pelo juiz de primeiro grau, sendo assim a parte autora recorreu ao TJ da Bahia, conseguindo, por fim, uma decisão favorável ao seu pedido. Em controvérsia, o Estado da Bahia recorreu da decisão ao STF, que decidiu em desfavor à companheira, atestando que ela não teria direito a metade da pensão, sob arguição de que a relação mantida entre o de cujus e a parte autora consistiria em um mero embrião do casamento, não configurando uma união estável por falta de elementos mínimos necessários.

COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina. (STF - RE: 397762 BA, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 03/06/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: "caDJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-03 PP-00611 RDDP n. 69, 2008, p. 149-162 RSJADV mar., 2009, p. 48-58)

Dentre os votos proferidos pelos Ministros, apenas um esteve em consonância ao pedido da companheira, o que correspondeu de fato aos preceitos constitucionais, sendo este, o do Ministro Carlos Ayres, que reconhece:

À luz do Direito Constitucional brasileiro, o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental a dois.²³

Diante do retro exposto, depreende-se a concepção propalada pelos julgadores, sob viés essencialmente excludente, haja vista que, apesar dos anos de convivência partilhados pelo de cujus, com a companheira e seus filhos, proferiu-se édito decisório desfavorável ao reconhecimento do direito pleiteado pela companheira do de cujus.

Destarte, resta patente a natureza conflituosa entre moral, direito e religião, de modo que o exercício jurisdicional no âmbito do direito das famílias, por vezes reflete a incoerência jurídica, pois, apesar de possuir uma Constituição que tutela a liberdade individual, tem-se leis ordinárias que tentam superar a Carta Magna, ditando assim condutas que se sobrepõem ao regular exercício da autonomia privada.

Apesar de o caso supracitado ser um dos precursores na jurisprudência no que tange à temática das famílias paralelas, cumpre salientar que se torna cada vez mais recorrente o encaminhamento de casos similares à apreciação do Poder Judiciário, objetivando a tutela jurídica dessa nova forma de entidade familiar. Todavia, ainda que a demanda seja crescente, os tribunais superiores continuam demonstrando certa resistência às discussões acerca das famílias paralelas, uma vez que, devido à existência de um precedente relacionado a este tema, as decisões reduzem-se à mera aplicação mecânica do mesmo, sob a justificativa de uniformização dos provimentos judiciais.

Entretanto, o uso desmedido de precedentes, sem que se discuta apropriadamente um determinado tema, acaba prejudicando o exercício pleno do contraditório, haja vista que a fundamentação de decisões atuais com base em julgados anteriores, sem que haja uma análise aprofundada dos casos concretos, contribui para o engessamento do Poder Judiciário, impedindo a superação de entendimentos que não mais correspondem à realidade social.

5. Considerações finais

²³ STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 397762 BA. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 03/06/2008, Jusbrasil. 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/2FmTz4X>>. Acesso em: 23. mar. 2019.

Ainda que o concubinato, assim como outros modelos de família encontrem certa resistência por parte da sociedade e, de certa forma, pelo direito propriamente dito, a ausência de chancela jurídica não implicará na inexistência desses novos modelos familiares. Assim, independentemente dessa forma de reconhecimento, o concubinato continuará existindo e, portanto, ingressará no ordenamento jurídico por intermédio da porosidade do sistema aberto, adquirindo o status de família e demandando especial proteção do Estado.

Em contrapartida à errônea equiparação das famílias paralelas à mera conjuntura bigâmica, pleiteia-se através do reconhecimento jurídico da simultaneidade, a asseguaração da proteção Estatal aos componentes do ente parental, quando observados os pressupostos supraditos, assim como o é garantido aos integrantes das demais entidades familiares. Isso pois, da análise aos princípios constitucionalmente previstos, tem-se expressamente, conforme aduz o artigo 226 da Carta Magna, que a família representa a base da sociedade, e tem proteção especial do Estado.

Com fulcro em todo o acima exposto, enfatiza-se que ante a vastidão do tema abordado pelo presente estudo, não se pretende esgotar a discussão acerca da simultaneidade a partir da prolação de um quimérico veredito padronizador. Não obstante, almeja-se promover a apreciação de um conteúdo imprescindível, que incide diretamente sobre garantias individuais, e, tendo em vista a ampla disparidade contida entre o ordenamento jurídico pátrio e a conjuntura factual, demanda-se que o plano teórico se adeque à realidade fática, amoldando-se em uma sociedade constantemente modificada.

Ademais, vindica-se que o Estado não se limite apenas aos lindes previstos no art. 226 da Constituição Federal de 1988, mas que se ocupe em desempenhar os preceitos ora estabelecidos, para que tão logo represente uma realidade prática, de forma a abranger no contexto jurídico demais entidades familiares, já existentes fatidicamente. Tendo em vista que o dispositivo supramencionado, ao designar a família como base da sociedade, não discorreu quanto à formalidade de sua constituição, e tão pouco dispôs-se contrário à simultaneidade, não há que se falar, portanto, em concubinato no âmbito das famílias paralelas, uma vez atentadas aos pressupostos mínimos. Sendo assim, busca-se vigorosamente, que além do reconhecimento, seja assegurado a todos, sob a égide da isonomia constitucionalmente consagrada, a liberdade para constituir família da forma que melhor lhe aprouver, vedando-se a projeção do solipsismo jurisdicional embasado em escopos meta jurídicos, para intervir na individualidade particular dos cidadãos.

6. Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Famílias simultâneas e concubinato adulterino*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e Cidadania: o novo CBB e a “vacatio legis”*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 143-62.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Interesse Público, São Paulo, n. 33, p. 13-54, set./out. 2005.

CARBONERA, Silvana Maria. *O papel jurídico do afeto nas relações de família*. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 273-313.

FERRARINI, Letícia. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: Pedacos da realidade em busca da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2010. p. 122.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A repersonalização das famílias*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 24, p. 142-64, a. 2007.

MADALENO, Rolf. *A união (ins)estável (relações paralelas) 2010*. Disponível em: <<https://bit.ly/2V8SvMD>>. Acesso em: 01 maio 2019.

MARTINS, Ives Granda da Silva. *A imposição tributária e a Família*. In: —; ALTAMIRANO, Alejandro C. (coord.). *Direito Tributário: Justiça prospectiva e Princípios inerentes ao Direito Tributário e Previdenciário (Tributação e Incentivos à família)*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 16.

PENA JR, Moacir César. *Direito das Pessoas e das Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 12.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*.cit., p. 70-71.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 127.

PERROT, Michelle. *História da vida privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. v. 4.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 37.

ROCHA, Giancarlo Nunes da. *Uniões Estáveis Paralelas: Reconhecimento e Efeitos Jurídicos*. 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/QMsKEo>>. Acesso em: 20 out. 2018.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias Simultâneas: Da Unidade Codificada À Pluralidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas e Monogamia. In: COUTO, Sérgio. MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coor). *Família Notadez - Direito de família e Sucessões*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007, p.74.

SIGNIFICADO de princípios. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/principios/>> Acesso em: 04 mai. 2019.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. *Evolução histórica da família brasileira*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A família na travessia do milênio*. In: II CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Anais, 2000. Belo Horizonte: IBDFAM, 2000. p. 325-32.

**FAMÍLIAS POLIAFETIVAS:
primeiras impressões sobre a (im)possibilidade de reconhecimento jurídico**

Ana Luiza Reis

Cezar Augusto Pereira Silva

Daniel Felipe de Deus Soares

Diego Augusto de Deus Soares

Fernanda Luiza Bebiano Braga

Marília de Paula de Aguiar Ferreira

Natália Marina Silva Carvalho

Nayara Maria de Lima

Raphael Henrique Miranda¹

Raphael Furtado Carminate²

RESUMO: Este artigo tem como objetivo estudar e apresentar a evolução histórica do Direito das Famílias, suas principais mudanças e princípios, visando compreender como isso interfere na vida do indivíduo na sociedade atual. Para tanto, foram realizadas pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, baseadas em renomados autores, a fim de conhecer novos arranjos familiares e como eles são formados, especialmente as famílias poliafetivas. Serão tratadas, ainda, as interferências que sofrem essas uniões pela religião. Estuda-se a importância do afeto dentro desse novo conceito que coordena a formação de uma família e como o Estado intervém diretamente na vida privada do indivíduo. O confronto entre as uniões poliafetivas e a bigamia, reconhecida como crime no ordenamento jurídico brasileiro, também será objeto de análise. Por fim, caberá analisar os fundamentos para se reconhecer e proteger o modelo de Família Poliafetiva, considerando a legislação vigente, jurisprudência atual e posições doutrinárias.

Palavras-chave: princípios; afetividade; poliafetivas; direito das famílias; interferências.

ABSTRACT: This article aims to study and present the historical evolution of Family Law, its main changes and principles, aiming to understand how this interferes in the life of the individual in today 's society. For this purpose, doctrinal and jurisprudential research was carried out, based on renowned authors, in order to discover new family arrangements and how

¹ Acadêmicos do 7º período do curso de Direito da UNIPAC Itabirito.

² Doutor e mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Professor de Direito Civil da UNIPAC Itabirito e Mariana. Orientador.

they are formed, especially the polyaffective families. The interference of these unions by religion will also be treated. The importance of affection is studied within this new concept that coordinates the formation of a family and how the State intervenes directly in the private life of the individual. The confrontation between polyaffective unions and bigamy, recognized as a crime in the Brazilian legal system, will also be analyzed. Finally, it will be necessary to recognize and analyze the grounds for protecting the model of Polyffective Family, seeing the current legislation, current jurisprudence and doctrinal positions.

Key-words: principle; affectivity; polyaffective; family law; interference.

1. Introdução

As famílias poliafetivas constituem um modelo de família consubstanciado na presença três ou mais indivíduos que mantêm relações entre si, podendo estas serem de caráter afetivo sexual ou apenas de convívio e comunhão de vidas. Essas uniões se fundam na cooperação e afetividade entre seus membros, que concordam com esse tipo de formação, diferente do que se concebe preconceituosamente por parte da sociedade.

O presente artigo, fruto de projeto de pesquisa realizado pelos alunos do 7º período do curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos de Itabirito, visa analisar a possibilidade de reconhecimento jurídico desses arranjos familiares estabelecendo-se, primeiramente, as diferenças entre as famílias paralelas e as famílias poliafetivas.

Para tanto, será apresentada uma visão geral do Direito das Famílias, bem como suas finalidades, regulamentações e os princípios que o regem. Em seguida, passa-se à análise da evolução deste ramo do Direito, que perpassa inclusive pela mudança de sua nomenclatura, para então se abordar o conceito de poliafetividade e como o crime de bigamia, tipificado pelo Código Penal, pode interferir no reconhecimento das famílias poliafetivas. Além disso, serão analisadas as interferências religiosas e a intervenção estatal no Direito das Famílias, com o intuito de se demonstrar os fundamentos para o reconhecimento e tutela dessas uniões.

2. Breve síntese do Direito das Famílias e Princípios

O Direito das Famílias, conceitualmente, pode ser determinado como um conjunto de normas jurídicas que regulam as relações pessoais e patrimoniais entre as pessoas unidas pelo parentesco, pelo matrimônio, pela união estável, bem com unidos por todos os modos de constituição de família.

A família é uma construção cultural onde todos ocupam um lugar, possuem uma função, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. É essa a estrutura familiar que interessa investigar e preservar em seu aspecto mais significativo, como um lugar de afeto e respeito que preexiste ao Estado e está para além do Direito.

Sendo a família o primeiro agente socializador do ser humano e considerada a base da sociedade, recebe especial proteção do Estado (Art. 226, CF/88). A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que (Art. 16, 3): “*A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado*”.

O grande problema reside em encontrar, na estruturação formalista do sistema jurídico, o modo de se proteger sem restringir, e de regular sem engessar. O formato hierárquico da família cedeu lugar à sua democratização e as relações são de igualdade e de respeito mútuo.

Para que se possa analisar as questões inerentes a esse ramo, é necessário que observe os princípios a ele aplicáveis, destacando-se abaixo alguns deles, relacionados ao tema objeto deste estudo:

1º) Princípio da dignidade da pessoa humana: Art. 1º, III, CF/88 - É o princípio mais abrangente. Não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para a sua ação positiva. A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado onde a ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre elas, tutelando a família na pessoa de cada um de seus membros.

2º) Princípio da solidariedade familiar: Art. 227 e 230, CF/88 – Solidariedade é o conjunto de obrigações mútuas entre os membros de uma família. Tem origem nos vínculos afetivos e a lei se utiliza da solidariedade que existe entre os integrantes do grupo familiar, para prover direitos e obrigações recíprocas entre estes.

3º) Princípio da pluralidade das entidades familiares: Com a Constituição Federal, as estruturas familiares adquiriram novos contornos. Nas codificações anteriores, somente o casamento merecia reconhecimento e proteção; os demais vínculos familiares eram condenados à invisibilidade. A partir do momento em que as uniões matrimonializadas deixaram de ser reconhecidas como a única base da sociedade,

aumentou o espectro familiar. O princípio supracitado é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares.

4º) Princípio da proteção especial: Apesar de não elencados no Art. 5º da CF/88, são fundamentais os direitos das crianças, adolescentes e jovens. Dispõe de previsão constitucional a proteção integral e a igualdade no âmbito das relações paterno-filiais, ao ser assegurado aos filhos os mesmos direitos e qualificações, vedadas designações discriminatórias. A Constituição Federal veda também a discriminação em razão da idade, assegurando especial proteção ao idoso, atribui à família, à sociedade e a Estado o dever de garantir sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, bem como lhe garantindo o direito à vida.

5º) Princípio do livre desenvolvimento da personalidade: A proteção da personalidade pressupõe a liberdade para o seu desenvolvimento segundo o próprio projeto, situação e possibilidade, independentemente de vinculação a um determinado modelo de personalidade, ligado a valores morais e religiosos, tendo em vista ser a pessoa dotada de capacidade de escolha.

Os princípios supra apresentados serão fundamentais para a solução do problema exposto, em conjunto com os aspectos que serão abordados em seguida.

3. Do “Direito de Família” para o “Direito das Famílias”

Antes da entrada em vigor da Constituição Federal, o casamento era a única espécie de família reconhecida pelo ordenamento jurídico. A família era compreendida como um meio para procriação, de cunho basicamente sexual, patriarcal e hierarquizada, mantendo patamares de subordinação entre seus membros.

Após a Constituição de 1988, que reconheceu juridicamente outras formas de constituição de família, fez-se necessária a mudança na nomenclatura do instituto de “Direito de Família” para “Direito das Famílias”, justamente pela pluralidade de arranjos possíveis, terminologia mais adequada e inclusiva.

O casamento, união estável, união homoafetiva, famílias monoparentais, entre outros arranjos possíveis, passaram a ser reconhecidos como entidades familiares merecedoras de tutela do Estado. Como primeiro agente socializador humano e base da sociedade, a família

deve receber proteção total do Estado, nas pessoas de seus membros, qualquer que seja seu modo de formação, com vistas à igualdade e vida digna.

O direcionamento familiar visa, portanto, fundar-se no afeto e promoção do desenvolvimento das potencialidades dos seus membros em busca da felicidade, razão pela qual não se pode mais admitir um “Direito de Família”, mas um “Direito das Famílias”, destinado à regulamentação da multiplicidade de arranjos familiares possíveis, merecedores de tutela jurídica.

4. Revolução no Direito das Famílias / Superação jurídico-social do modelo hierárquico-patriarcal pelo modelo eudemonista de família conjugal

A sociedade do início do século passado tinha uma concepção de família matrimonializada, hierarquizada e patriarcal, destacando-se que as mulheres casadas sequer eram reconhecidas como pessoas capazes, a ponto de se tornarem relativamente incapazes após o casamento, conforme previsto no artigo 6, II, do Código Civil de 1916.

A codificação revogada reconhecia apenas o matrimônio como entidade familiar, e impedia a dissolução do mesmo, além de criar distinções entre os integrantes da mesma família, estabelecendo entre estes, patamares de subordinação.

Apenas na segunda metade do século passado o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) iniciou a valorização da figura feminina no âmbito familiar, garantindo plena capacidade à mulher casada, deferindo a ela o direito a bens adquiridos como fruto de seu trabalho. Em seguida, foi promulgada a Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), possibilitando a dissolução do casamento em razão da vontade das partes envolvidas. Neste sentido:

Todas as formações que foram notadas alheias ao modelo oficial de família matrimonializada não se deram em vão, mas baseadas no bem-estar de seus componentes. As pessoas reuniam-se e mantinham-se juntas por vontade própria. A realização e o crescimento pessoais, portanto, ganharam realce, servindo de suficiente fundamento para a constituição e manutenção familiar (RODRIGUES JÚNIOR; ALMEIDA, 2012, p. 20).

Maria Berenice Dias aduz que “a lei procura congelar a realidade, mas a realidade se modifica e isso acaba refletindo inversamente na lei”. A Constituição Federal de 1988, em

seu artigo 226, estabeleceu a igualdade entre os entes que compõe a família, além de reconhecer e tutelar a união estável.

Diante deste contexto, a família assume o viés de agrupamento social, posteriormente regulamentada pelo direito, onde se integram pessoas que compartilham projetos de vida em comum. Percebe-se, portanto, a superação do modelo hierárquico-patriarcal das famílias pelo modelo eudemonista, que se fundamenta pela reciprocidade de respeito e assistência na comunhão de vida plena, em busca da satisfação dos desejos pessoais de cada indivíduo do agrupamento familiar.

5. Conceito de Poliafetividade

A palavra poliafetividade caracteriza uma relação que se baseia em múltiplos afetos, eis que advém de *poli* - termo que indica muitos, vários - e *afetividade*: conjunto dos fenômenos afetivos (tendências, emoções, sentimentos, paixões etc.). O poliamor caracteriza-se pela relação afetiva que se consubstancia em laços familiares e de afeto entre mais de duas pessoas, ou seja, o poliamorismo permite a coexistência entre pessoas de maneira consciente e concordante naquele modelo de relação (BRAGA, 2013).

É importante ressaltar que uma relação poliamorosa não contará, necessariamente, com a presença de relações sexuais, entre todos ou apenas alguns dos indivíduos que compõe a relação. Muitos dos relacionamentos poliafetivos contam apenas com a presença do afeto e com o consentimento em se relacionar com as pessoas envolvidas.

Os modelos deste relacionamento variam dentro deles mesmos e como se trata de um tipo de relacionamento “novo” - novo entre aspas justamente por que tal modelo existe desde os tempos mais antigos da humanidade, no entanto tem ganhado maior destaque e liberdade nos últimos anos - as definições ainda não são muito claras, pois os próprios membros ainda o entendem e criam suas regras de convivência.

Os poliamoristas veem o poliamor como uma maneira de escolher seus companheiros, baseada justamente na afetividade e companheirismo que deve estar presente nas relações.

Assim como a união estável, a união homoafetiva e a família monoparental, que já são tuteladas pelo direito, as relações poliafetivas se embasam na afetividade. A tutela dos modelos familiares citados acima é possível graças aos princípios dignidade da pessoa humana,

da liberdade, da igualdade e da pluralidade das entidades familiares que guiam nosso ordenamento jurídico.

6. Bigamia e poliafetividade

No dicionário monogamia está descrito como: “Regime social ou cultural segundo o qual uma pessoa pode ter apenas um cônjuge, enquanto estiver casada”, mas na verdade o conceito de monogamia pode se estender para o contexto social, onde uma pessoa escolhe se relacionar com apenas outra por vez ou ainda a sexual que o indivíduo escolhe se relacionar sexualmente como apenas uma pessoa. E em seu contrário está a poligamia “na qual uma pessoa [casa](#) com diversas pessoas (que podem ou não elas próprias estarem casadas ou terem relações românticas entre elas)” (REFLEXÕES SOBRE O POLIAMOR, 2016).

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 a única família tutelada pelo direito era a família que surgia em consequência do matrimônio, conforme art. 229 do Código Civil de 1916 que dizia: “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos” (Arts. 352 a 354); deixando expresso que apenas o casamento legitimava a constituição de uma família.

A bigamia é descrita como o ato de contrair matrimônio já estando casado. É prevista como conduta típica no Código Penal vigente, em seu art. 235: “Contrair alguém, sendo casado, novo casamento...”. Não há qualquer explicação legal que esclareça o motivo da tipificação da bigamia, mas influências conservadoras e religiões estão certamente atreladas.

O Código Penal é datado de 1940, assim a tipificação da bigamia e, portanto, a proteção da monogamia era aceitável à época, uma vez que o indivíduo, não podendo se casar mais de uma vez, não poderia dividir seu patrimônio com mais de uma família, e a herança seria dividida para uma quantidade menor de herdeiros, concentrando uma parcela maior de bens na mão de poucos.

A psicóloga Noely Montes Moraes fala sobre a monogamia: “A etologia (estudo do comportamento animal), a biologia e a genética não confirmam a monogamia como padrão dominante nas espécies, incluindo a humana. E, apesar de não ser uma realidade bem recebida por grande parte da sociedade ocidental, as pessoas podem amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo. ”

Ademais, não se pode elevar à qualidade de princípio a monogamia, pois os princípios têm caráter de dever-ser e orientam todo o ordenamento jurídico. Consoante a esse pensamento, destaque-se:

Considerar a monogamia como princípio estruturante do Direito das Famílias seria o mesmo que cercear a possibilidade de ser feliz daquele que pretende formar uma família composta por múltiplos membros, imprimindo um viés excludente totalmente diverso daquele pretendido pela teleologia constitucional (VIEGAS, 2017. p. 168).

E ainda César Fiuza e Luciana Poli:

Elevar a monogamia à categoria de princípio é perpetuar o que o texto constitucional não disse; é vendiar os olhos para inúmeras realidades familiares; é perseguir resultados desastrosos; é negar o reconhecimento e proteção a diversos núcleos familiares (FIUZA; POLI, 2016, p. 166).

A sociedade evolui, bem como seus conceitos morais também, nesse sentido, a tipificação da bigamia como forma de proteção à monogamia já não encontra mais espaço no ordenamento jurídico, como ocorreu à época da criação do Código Penal vigente. Em uma sociedade pós-moderna, na qual as pessoas não se prendem aos conceitos religiosos e morais gerais, não cabe ao direito intervir na liberdade de escolha do indivíduo sobre quem, como e com quantos outros indivíduos se relacionar.

Portanto, assim como a lei do adultério (Art. 240 C.P.) acabou sendo revogada por cair em desuso, dentro de alguns anos o crime de bigamia também será tacitamente revogado, tendo em vista a sua irrelevância diante da realidade social. Numa sociedade plural, já não existe sentido para a tipificação da bigamia e, logo, a não aceitação das relações poliamorosa.

7. Famílias Poliafetivas contra Famílias Paralelas

As famílias paralelas, também denominadas famílias simultâneas, consistem em circunstâncias em que alguém se coloca concomitantemente como componente de duas ou mais entidades familiares diversas entre si.

Por outro lado, as famílias poliafetivas consistem no relacionamento entre três ou mais pessoas. É a possibilidade de uma pessoa poder amar e se relacionar com várias pessoas ao mesmo tempo. O poliamor pressupõe uma igualdade de direitos, não só entre sexos, mas entre

pessoas, além do consentimento entre os integrantes destas relações. Cabe a cada pessoa definir o tipo de relação que quer para si, não se limitando aos modelos rígidos que a sociedade lhe impõe.

Apesar de não existir nenhum reconhecimento concreto das famílias poliafetivas e paralelas pelo Estado, esses modelos de famílias não são novos arranjos familiares, pelo contrário, já são a realidade de muitas famílias brasileiras. O que é mais recente, podendo-se considerar como “nova” é a busca pelo reconhecimento desse arranjo como entidade familiar. Estes tipos familiares existem há muito tempo no mundo fático, porém, por não serem legalmente amparadas, são camufladas na sociedade.

8. Interferência da igreja nas formações familiares

A família é um conceito que está sempre em construção, ela acompanha as mudanças com o passar do tempo. Porém, alas mais conservadoras da sociedade e de diferentes religiões não admitem essas alterações e insistem que o único fato gerador da família é o casamento entre um homem e uma mulher.

A religião estabelece diversos padrões, a exemplo da católica e evangélica que, em muitos casos, os próprios pastores ou padres não seguem, como demonstrado numa recente descoberta de uma série de abusos psicológicos e sexuais, contra milhares de pessoas, que foram mantidos escondidos pela Igreja Católica por mais de 50 anos.

Essas regras estabelecidas pelas religiões foram, e ainda são, um empecilho para o reconhecimento das famílias poliafetivas entre outras existentes, pela influência que têm sobre a sociedade e o legislador. Confirmando esta corrente, assevera Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas:

“Como se observa, o direito canônico trouxe uma visão sacramental e indissolúvel do matrimônio e a imposição à monogamia e a negação de novas formas de família fundavam-se no preconceito impregnado na sociedade, e, sobretudo, no interesse da Igreja em proteger o patrimônio da família.” (VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. 2017, p.166)

O Estado para não reconhecer e tutelar uma família poliafetiva como legítima, utiliza argumentos religiosos e princípios morais que, diante de um estado laico, não podem ser considerados como fundamentação válida.

Logo, não há motivos para o Estado não legitimar ou para a sociedade se incomodar com o que ocorre em outro âmbito familiar, cabendo a cada um viver da forma que lhe for mais conveniente e satisfatória, respeitando as normas de direito, os princípios constitucionais e, principalmente, as diferenças existentes entre as famílias. Uma vez mais: não se deve confundir direito e religião. É necessário estar atento quanto a isso, de modo a impedir que o pensamento religioso e moral influencie prejudicialmente no mundo jurídico.

9. Indevida intromissão estatal no Direito das Famílias

A Constituição Federal traz em seu artigo 226 a família como base da sociedade e a proteção estatal a essa instituição. O Estado interfere na vida privada regulando condutas com o objetivo de proteger a família, porém o que se pretende discutir no presente momento são os limites para essa intervenção.

Dentro dessa perspectiva, será tratado aqui mais detalhadamente o artigo 1566 do Código Civil de 2002, que aborda condutas tipificadas como obrigacionais para uma relação conjugal. Resta analisar: até onde o Estado pode determinar o andamento e a conduta adequada das relações privadas das pessoas? O que baseia essas condutas e as tornam mais ou menos importantes que as tornem merecedoras de respaldo legal? Até onde a autonomia da vontade de cada ser pode encontrar barreira que os impeçam de estabelecer, de forma conjunta, suas vontades frente ao convívio e forma de atuação de cada membro dentro da família?

O interesse da sociedade em tutelar os Direitos das Famílias não pode se sobrepor aos interesses particulares dos membros do núcleo familiar. O Estado, no seu intuito protetivo, não deve colocar supostos interesses coletivos acima dos interesses privados constitucionais dos indivíduos no âmbito familiar.

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira:

“Ao garantir ao indivíduo a liberdade por intermédio do rol de direitos e garantias contidos no art. 5º, bem como de outros princípios, a Constituição conferiu-lhe a autonomia e o respeito dentro da família e, por conseguinte, assegurou a sua

existência, como célula mantenedora de uma sociedade democrática. Isto, sim, é que deve interessar ao Estado”. (PEREIRA, 2008, p.183).

Nas palavras de Tartuce e Simão (2012, p. 18), “o princípio em questão, princípio da intervenção mínima do Estado no Direito das Famílias, mantém relação direta com o princípio da autonomia privada, que deve existir no âmbito do Direito de Família”. Desta forma, é possível dizer que a autonomia da vontade privada consiste no poder que o indivíduo detém de regulamentar os próprios interesses, sem que o Estado fixe qualquer mecanismo coercitivo que possa impedir tal possibilidade.

Deste modo, o poder do Estado de intervir no âmbito privado das relações familiares deve ser o mínimo possível para que seja respeitada a livre vontade dos cônjuges/companheiros e sua descendência. Todavia, cabe ao mesmo Estado garantir e tutelar essa autonomia, buscando de modo menos invasivo garantir que as práticas de condutas dos entes não sejam exploradas ou, de alguma forma, forçada por parte de um ou uns sobre o (s) outro (s).

9.1. Recente posicionamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

O CNJ foi acionado a pedido da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) ao tomar ciência de notícias relatando que cartórios estavam realizando registros de uniões estáveis poliafetivas. Liminarmente, a entidade pediu a proibição de lavraturas de escrituras públicas de reconhecimento dessas uniões pelos cartórios de todo o país. No mérito, pugnou pela regulamentação da questão pela Corregedoria Nacional de Justiça. A ADFAS argumentou no sentido de falta de eficácia jurídica, violação às regras constitucionais sobre família, à dignidade da pessoa humana, na violação das leis civis e da moral e bons costumes.

Aos 26 dias do mês junho de 2018, o Plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), decidiu que os cartórios brasileiros não podem registrar uniões poliafetivas, formadas por três ou mais pessoas, em escrituras públicas. A maioria dos conselheiros considerou que esse tipo de documento atesta um ato de fé pública e, portanto, implica o reconhecimento de direitos garantidos a casais ligados por casamento ou união estável, como por exemplo, direito de herança e previdenciário.

Em análise ao caso concreto, a ministra Nancy Andrichi, Corregedora Nacional de Justiça, decidiu:

“Relatado o processo, decide-se. Face aos elementos existentes nos autos, extrai-se a necessidade da prévia manifestação das Corregedorias Gerais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo sobre os fatos e argumentos narrados na inicial. Forte nessas razões, DETERMINO a expedição de ofício às Corregedorias-Gerais da Justiça dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, manifestem-se acerca dos fatos e fundamentos alegados na inicial, juntando aos autos documentação que porventura julgarem necessária. Intimem-se, ainda, as Corregedorias Gerais de Justiça dos Estados, para que informem às serventias extrajudiciais de Notas sob sua supervisão acerca da existência deste procedimento em tramitação na Corregedoria Nacional, e recomendem aos seus titulares que é conveniente aguardar a conclusão deste Pedido de Providências para lavrar novas escrituras declaratórias de “uniões poliafetivas”. Intimem-se.” MINISTRA NANCY ANDRIGHI (CNJ. PP 1459-08.2016.2.00.0000. Relatora: Nancy Andrighi. Corregedora Nacional de Justiça. Brasília, 13 de abril de 2016)

Conforme exposto no presente trabalho, não há qualquer inconstitucionalidade na união civil poliafetiva. Cláudia Mara Viegas aduz que:

“[...] o registro em cartório representa apenas uma declaração de vontade que formaliza um núcleo afetivo existente faticamente, fundado no princípio da pluralidade familiar, isonomia, autonomia privada e no livre desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, no seio do vínculo familiar com múltiplos membros. (...) O desafio da pós-modernidade é aprender a lidar com a democracia, pluralismo e instabilidade, de modo a respeitar a diversidade, sem obrigar o ser humano a viver conforme padrões previamente estereotipados. [...]” (VIEGAS, 2017, p.194).

O ideal é que, em uma democracia, o Estado apenas reconheça e tutele as relações sociais existentes, especialmente no que tange ao âmbito familiar. Nesse caso, é de suma importância contemplarmos essa questão por se tratar da liberdade do planejamento familiar e de relações íntimas de afeto, que embora existentes no plano fático, tem seu reconhecimento cerceado.

10. Afetividade nas famílias poliafetivas

O afeto vem sendo apontado como o principal fundamento das relações familiares, ainda que não esteja expresso na Constituição Federal, é decorrência da valorização da dignidade da pessoa humana. Ele é fundamental no vínculo de convivência familiar, mais do que um vínculo

apenas biológico. A partir deste entendimento, passou o direito a tutelar, por exemplo, a parentalidade socioafetiva, conforme jurisprudência já citada neste artigo.

Como afirma Viegas (2017, p. 96) “O fato de a afetividade ter sido inserida como elemento essencial para a constituição do núcleo familiar ampliou o conceito de família, propiciando o surgimento de novos arranjos, que evoluíram à margem de regulamentação.”.

Na doutrina prevalece o entendimento de que a afetividade seja um princípio, o que lhe confere certa imperatividade, pois teria caráter obrigatório. Nesta corrente, leciona Paulo Roberto Iotti Vecchiatti:

“[...] A evolução social quanto à compreensão da família elevou o afeto à condição de princípio jurídico oriundo da dignidade da pessoa humana no que tange às relações familiares, visto que estas, para garantirem o direito à felicidade e a uma vida digna (inerentes à dignidade humana), precisam ser pautadas pelo afeto e não por meras formalidades como a do casamento civil. Assim, o princípio do afeto é um princípio constitucional implícito, decorrente da dignidade da pessoa humana e, ainda, da própria união estável, que tem nele o principal elemento para o reconhecimento do status jurídico-familiar de uniões não-matrimonializadas. ” (VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. 2016)

Contudo, embora seja merecedor da atenção jurídica, por ser um elemento constitutivo e integrante das relações familiares, o afeto tem existência no plano fático e não jurídico, trata-se de um sentimento que não pode ser imposto às pessoas como um dever.

Neste sentido, profissionais da psicologia e parte da doutrina entendem que o afeto seja um elemento anímico ou psíquico, sendo um fator metajurídico que não pode ser alcançado pelas normas das ciências jurídicas, apenas pela normatividade da moral, dispensando tal obrigatoriedade por ser algo espontâneo e livre. De acordo com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ensinam:

“Afasta-se, portanto, uma suposta caracterização do afeto como um princípio jurídico do Direito das Famílias. Ora, se princípio fosse, o afeto seria exigível, na medida em que todo princípio jurídico tem força normativa e, por conseguinte, obriga e vincula sujeitos. Assim sendo, a afetividade permeia as relações jurídicas familiares, permite decisões e providências nela baseadas (como a concessão de guarda para quem demonstra maior afetividade ou mesmo reconhecimento de uma filiação em decorrência de sua presença). Contudo, não se pode, na esfera técnica do Direito, impor a uma pessoa dedicar afeto (amor, em última análise) a outra. ” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 64).

O afeto é um sentimento que une as pessoas com o fim de trazer felicidade aos integrantes pertencentes àquele meio, o que por si só, traduz a necessidade de tutela e reconhecimento das várias formas de constituição familiar, vedando-se a discriminação de qualquer natureza. Todavia, não se deve qualificar esse sentimento como um princípio, tendo em vista a espontaneidade com que se constitui e a impossibilidade de atribuir obrigatoriedade ao mesmo.

11. Fundamentos para tutela constitucional da união poliafetiva

Com a promulgação da Constituição de 1988 foram reconhecidos outros formatos de entidades familiares, além do casamento. Contudo, diante da dinâmica da sociedade surgem novos tipos de família, igualmente merecedoras de proteção estatal.

No plano fático, é possível que as pessoas vivam em uniões poliafetivas, ou seja, famílias formadas por três ou mais pessoas que se relacionam entre si e possuem laços de afetividade, compartilhando a plenitude de vida. Entretanto, essas relações se encontram fadadas à exclusão, sem reconhecimento do Estado, visto que a poligamia ainda constitui crime no ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar disso e embora não explicitamente, a Constituição Federal reconhece que o elemento de relevância essencial para as famílias é exatamente o afeto. O art. 226 da CF/88 é rol exemplificativo que reconhece famílias formais, informais e monoparentais, entretanto, as demais espécies de família estão enquadradas no caput de artigo, que não cria diferenças entre estas para fins de tutela do Estado.

Não obstante o art. 226, §3º dispor que "para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.", a diversidade de gênero não é mais requisito para reconhecimento de união estável e casamento, visto que ambos já ocorrem para pessoas do mesmo sexo, o que faz esperar que em algum tempo também sejam possíveis para as relações poliafetivas.

Como denota o próprio nome, essas relações se fundam no afeto entre os companheiros e na promoção da dignidade da pessoa humana. Além disso, o direito fundamental da igualdade impõe que não haja tratamento diferenciado ou discriminação entre as famílias, o que torna inconstitucional o não-reconhecimento das uniões poliafetivas como tais. Outro ponto pertinente é quanto à liberdade de cada um dos membros dessa relação em determinar o que é

melhor para si, tendo em vista que o poliamorismo não implica em prejuízos para terceiros e só gera efeitos para aqueles que consensualmente desejam tal união conjugal.

Dessa forma, não cabe ao Estado cercear o direito de escolha dos indivíduos quanto aos relacionamentos que desejam integrar, com vistas à sua satisfação pessoal. Reiterando essa inclusiva visão, cite-se o posicionamento dos autores Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior:

“Todas as outras espécies de família – ao menos aquelas até agora catalogadas pela doutrina – exigem do ordenamento jurídico mero reconhecimento, tão logo se apresentem instituídas, de fato. A interferência estatal se dá ex post e para simplesmente verificar a existência dos requisitos elementares da família. ”
(RODRIGUES JÚNIOR; ALMEIDA, 2012, p. 63)

Ademais, estas relações possuem fins iguais aos de qualquer outra família, quais sejam a afetividade, mútua assistência, objetivo de constituir família, publicidade, respeito e lealdade sendo formadas por interesses comuns entre os membros que as integram buscando sua realização pessoal, o que constitui fundamento indiscutível para reconhecimento.

Percebe-se que na legislação constitucional, bem como nas legislações cíveis, não há regulamentação nem proibição das relações poliafetivas, dessa forma, não há que se falar em ilegalidade das novas famílias que surgem no seio da sociedade.

O Direito das Famílias deve ser orientado pelo princípio da intervenção mínima, cabendo ao Estado, conforme ocorreu com a união de pessoas do mesmo sexo, somente respeitar as diferenças e tutelar essas novas formações familiares.

12. Considerações Finais

Observando os mais diversos meios de constituir família, cabe ao Estado tutelar e garantir que a proteção ao núcleo familiar seja respeitada, independentemente de sua origem. Pode-se definir a família como o organismo social a que pertence o homem pelo nascimento, casamento, filiação ou afinidade, que se encontra inserido em determinado momento histórico. Desta forma, não poderia mais haver na família a qualificação de legítima ou ilegítima, sendo esta constituída de várias formas.

A constituição de uma família ultrapassa a formalidade e firma-se como núcleo sócio afetivo necessário para um melhor desenvolvimento da personalidade de seus membros. Suas

premissas devem pautar-se nos princípios gerais que norteiam o Direito das Famílias, respeitando à dignidade da pessoa humana e a solidariedade familiar amplamente assegurada pela Carta Magna.

Assim, o Código Civil em seu artigo 1511 prevê que “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”; bem como no artigo 1723: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”, esvaziando a antiga ideia de que somente o casamento poderia formar uma família.

Pode-se concluir que a regulamentação da família, nas suas mais variadas formas, é uma necessidade que se ampara nos valores pessoais do ser humano, na transformação da sociedade, fazendo dela uma realidade complexa e plural. De todo o exposto, resta ao Estado tutelar com a cautela de não interferir na esfera privada dos indivíduos, de modo que estes possam se relacionar com quem lhes interesse e escolher o arranjo familiar que melhor lhes convier.

REFERÊNCIAS

CAMARA, Santos. **Direito de Família e Responsabilidade Civil**. Disponível em: <<http://www.santoscâmara.com.br/direito-de-familia-e-responsabilidade-civil/>>. Acesso em: 14 out. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. em e-book baseada na 11 ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008 (Coleção Direito Civil; v. 5).

FIÚZA, César; POLI, Luciana Costa. Famílias plurais o Direito Fundamental à família. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, pp. 151 - 180, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1730>>. Acesso em 26 fev. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (Coleção Direito Civil; v. 6)

GUIMARÃES, Luis Paulo Cotrim; MEZZALIRA, Samuel. **Código Civil Comentado – Art. 1723**. Disponível em: <<https://www.direitocom.com/codigo-civil-comentado/artigo-1723>>. Acesso em: 14 out. 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 7.ed. - São Paulo: Saraiva 2017.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Cartórios são proibidos de fazer escrituras públicas de relações poliafetivas**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87073-cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas>>. Acesso em: 02 mar. 2019.

PAULA, Uequicilene Nascimento de; CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat;

GUIMARÃES, Décio Nascimento. **A intervenção do Estado no poder familiar**. Revista Científica Interdisciplinar. v. 01, n. 01. Out/Dez 2016. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/8-15-1-sm.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2018.

PESSANHA, Jackelline Fraga. **A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar**. Artigo IBDFAM. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

REFLEXÕES SOBRE O POLIAMOR! Disponível em: <<http://estapafurdiapilheria.typepad.com/blog/2007/12/reflex%C3%B5es-sobre-o-poliamor.html>>. Acesso em 04 de maio de 2019.

SÁ, Camila Franchi de Souza; VIECILI, Mariza. **As novas famílias: Relações Poliafetivas**. Revista eletrônica de Iniciação Científica. v. 05, n. 01, p. 137-156, 1º trimestre de 2014. Disponível em: <<https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientificaricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments / 985/Arquivo%207.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2018.

SILVA, Marcos Alves da. **Uniões simultâneas, monogamia e dever de fidelidade**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5153/Uni%C3%B5es+simult%C3%A2neas,+monogamia+e+dever+a+fidelidade>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **União Poliafetiva como entidade familiar constitucionalmente protegida**. Revista Libertas. Ouro Preto MG, n. 02, v.02, Jul/Dez 2016. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/418-693-1-pb.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito Civil; v. 5).

VIEGAS, Claudia Mara de Almeida Rabelo. **FAMÍLIAS POLIAFETIVAS: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea**. 2017. 234f. Tese (Doutorado em Direito Privado). Faculdade Mineira de Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

Cada vez é *preciso o impossível*: hospitalidades

Ana Luiza Gussen Ferreira dos Santos¹

Bernardo Gomes Barbosa Nogueira²

Resumo

Para falar do tema da hospitalidade, este artigo tem como contexto os episódios de violência contra os venezuelanos que cruzaram a fronteira com o Brasil. O tema, no entanto, excede esses fatos políticos, e busca, nas formulações de Jacques Derrida, uma reconfiguração do sentido corrente de hospitalidade, passando por pontos de seus escritos que ajudam a compreender melhor sua proposição de uma hospitalidade incondicional.

Palavras-chave: Hospitalidade. Desconstrução. Estrangeiro. Justiça. Direito

Résumé

Pour parler du thème de l'hospitalité, cet article a pour contexte les épisodes de violence contre les Vénézuéliens qui ont traversé la frontière avec le Brésil. Le thème dépasse toutefois ces faits politiques et cherche, dans les formulations de Jacques Derrida, à reconfigurer le sens actuel de l'hospitalité, en passant par des points qui lui permettent de mieux comprendre sa proposition d'hospitalité inconditionnelle.

¹ Mestranda pelo Programa de Pós-graduação em Filosofia da UFRJ. Pós-graduada em Direito Público pelo IEC-PUC/MG. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

² Doutor em Direito pela PUC/MG. Mestre em Ciências Jurídico Filosóficas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor da Unipac/Itabirito. Professor da Faculdade de Direito Milton Campos.

Mots-clés: Hospitalité. Déconstruction. Étranger. Justice. Droit

1 INTRODUÇÃO

O sentimento de tensão causado pela entrada de venezuelanos no Brasil nos últimos quatro anos servirá de pano de fundo para o desenvolvimento do tema da hospitalidade. Em agosto de 2018 testemunhou-se mais uma vez o caráter violento da tendência nacionalista que veio a ser reafirmada nas eleições de outubro do mesmo ano: o ataque aos acampamentos de venezuelanos realizado por parte da população da cidade Pacaraima, no estado de Roraima, fazendo com que o tema tratado tivesse sua relevância insuflada.

A ação dos moradores de Pacaraima consistiu em atos coordenados e de motivação comungada onde parte da população atacou os acampamentos venezuelanos, locais de abrigo dos imigrantes vizinhos que cruzaram a fronteira em fugindo da crise político-institucional na qual agoniza a Venezuela.

Os brasileiros envolvidos no ataque aos acampamentos tentaram justificar sua ação com base num crime supostamente cometido por um grupo de venezuelanos. Segundo eles, a indignação se devia ao assalto e espancamento sofrido por um comerciante local – dado esse meramente especulativo. No entanto, esse fato serve bem a narrativa xenofóbica que criminaliza essas pessoas e sua entrada no país.

Antes ainda desses acontecimentos drásticos, não se pode deixar de mencionar as várias tentativas, por parte do governo local, em fechar a fronteira entre Brasil e Venezuela, com respaldo da opinião popular local, alegando a impossibilidade de recepção desses estrangeiros bem como dos danos decorrentes da sua presença, ainda que tal demanda seja completamente contrária aos pactos previamente assinados entre os países.

Importante frisar que não há, neste estudo, a intenção de apurar os motivos que levaram os moradores de Pacaraima a tal violência. A preocupação é, partindo da narrativa desses fatos, perceber como a lei da hospitalidade absoluta derridiana rompe com as leis e com a hospitalidade de direito em seu sentido corrente, condicionada, não de forma a negá-la, mas, sim, no sentido de “enviá-la a uma outra configuração, em uma outra margem, enviá-la a mirar sempre a terceira margem³” (NOGUEIRA, 2018, p.152). O trabalho de Jacques Derrida sobre

³ “Ditas as coisas assim, faz-se mais uma pequena hipérbole pela literatura e convocamos Guimarães Rosa com a sua Terceira margem do rio (ROSA, 1994, p. 409;413), a partir da qual propomos pensar a dimensão aporética da

a hospitalidade (*De l'hospitalité*) permeia as discussões suscitadas pelos acontecimentos brevemente narrados.

Neste primeiro ponto, portanto, tratou-se de pensar sobre o estrangeiro e, tomando o que diz Derrida, deve-se começar a pensar o estrangeiro, antes de ser uma questão a ser tratada, ou um conceito a ser designado, como aquele que coloca – ou a quem se endereça – a primeira questão, e que, ao fazê-la, também nos questiona. Seguindo esse pensamento, o artigo tratará, desde o início, sobre o abalo que, evidentemente, causam aqueles que chegam e da pronta reação ou intenção de captura desses, nos moldes das regras e na soberania de quem hospeda.

Essa intenção cativa inicial e totalitária sobre o outro que vem inicia o tema da hospitalidade condicional, essa que acontece por formas pactuadas e são sempre em algum âmbito violentas, ainda que veladas por regras de cordialidade.

No último ponto, aborda-se, por fim, a hospitalidade incondicional tal como proposta por Derrida em seu texto “Da Hospitalidade”. Para falar da incondicionalidade, desse impossível, deve-se, entretanto, a título de exórdio – ainda que breve –, evocar um breve comentário sobre o acontecimento da desconstrução para, enfim, evidenciar o esforço empenhado por Derrida ao propor a hospitalidade incondicional.

2 QUESTÃO DE/DO ESTRANGEIRO

Como mencionamos inicialmente, a entrada de venezuelanos no Brasil nos últimos anos, e especialmente intensa em meados do ano de 2018, despertou na sociedade brasileira reações violentas de caráter nacionalista, manifestas nas tentativas de fechamento de fronteiras, e na expulsão de cerca de mil e duzentos venezuelanos que acampavam próximos a fronteira por parte da população de Pacaraima expulsou.⁴

justiça. A terceira margem opera já um deslocamento, um assombro no pensamento, porque ela não traz consigo uma hipótese de ser vislumbrada ou finalizada em um conceito. [...] A aporia da terceira margem inspira pensar a justiça impossível, aquilo que margeia a própria margem, aquilo que se coloca ao lado dela, mas que com ela não se confunde. O direito é da ordem do cálculo e coloca-se como aquilo que é o possível, duas margens, a justiça se impõe enquanto aporia, enquanto terceira margem. Depositária daquilo que não é ou que não é ainda. Talvez por isso, aquilo que é da ordem da justiça seja mesmo da ordem da aporia, que opera uma desordem no cálculo, que o ultrapassa tornando-o outro, ou outra, uma terceira margem.” (NOGUEIRA, 2018, p. 152)

⁴ Este trabalho foi desenvolvido em agosto de 2018, mês em que os venezuelanos acampados na fronteira com o Brasil sofreram várias ações violentas por parte da população de Pacaraima. <http://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2018-08/moradores-de-pacaraima-se-revoltam-e-expulsam-venezuelanos>

O nosso objetivo não é este de compor um tratado de direito internacional, o que se quer é que as questões, que se evidenciam com esses fatos, sejam tratadas de maneira não restrita ao que diz o direito, ou as leis da hospitalidade, até porque, como se espera esclarecer no decorrer do texto, a “incondicionalidade da hospitalidade se dá em si mesma quando ela se coloca para além da relação jurídica, para além de um acordo pré-estabelecido” (NOGUEIRA, 2018, p.220), mas, tendo sempre em conta que “a questão da hospitalidade ou da inhospitalidade, se não forem olhadas apenas como textualidade, envolvem ainda hoje questões como cidadania, direito ao acolhimento, ao abrigo e ao asilo.” (SOLIS, 2009, p. 23)

A chegada do estrangeiro é sempre, a princípio, interpretada como um perigo. A inquietude que o porta a presença daquele outro estrangeiro dispara no hospedeiro o alarme de uma ameaça que se aproxima:

Antes de começar talvez seja lícito inclusive reconhecer aquilo que é por demais evidente, a própria noção de abalo que o outro, outra, estrangeiro, estrangeira, estranho, diferente causam quando chegam. Há sempre uma rápida intenção de captá-lo, de torná-lo sempre à nossa medida, com as regras que nos deixam satisfeitos; o que ao fim das contas significa que quando há uma recepção desta feita, quando os moldes e modelos encontram-se já instituídos, quando muito, podemos dizer que haveria uma violência velada por regras de cordialidade. Tão *hostis* quanto sua face de acolhida (NOGUEIRA, 2018, p.218).

A questão do estrangeiro, “o estrangeiro como a questão da questão”, mostra-se na sua estranheza às regras do lugar aonde chega, coloca em evidência e revisão o senhor da casa, numa posição “de reconsideração de si, porém, nem sempre há a disposição para essa revisão. O estrangeiro traz o medo” (NOGUEIRA, 2018, p.219).

A hospitalidade historicamente aparece sempre com pressupostos formais que privilegiam *o mesmo*, os iguais, os familiares, os amigos e os clientes. Como indica Dirce Solis, a primeira regra da hospitalidade referia-se ao grupo familiar e às relações de parentesco. Neste sentido a hospitalidade assume certo ar familiar, especialmente em sociedades que tem a família como fundamento da reprodução e da hierarquização do grupo social. (SOLIS, 2009, p. 24)

Hoje a hospitalidade, em sentido corrente, é pensada como o acolhimento daquele que aparece *familiarizado* com o grupo, iniciado nas regras sociais (condições) do grupo que recebe, independentemente de parentesco. Assim, percebe-se nesse sentido que a questão da hospitalidade remete “à cidadania, a *regras, direitos e deveres* que definem a inclusão nesta mesma cidadania.”(SOLIS, 2009, p.24)

A hipótese de uma hospitalidade incondicional, nesse momento, parece, na verdade, causadora de um incômodo *incontornável*, mas, de certo modo, completamente previsível.

Assim, quando evocamos a situação dos venezuelanos, e a reação violenta de alguns brasileiros com essa chegada, tenta-se de alguma forma ilustrar como o estrangeiro vem com essa face do medo e da ameaça do próprio.

Todas essas possibilidades são sentidas como ameaças que pesam sobre o território próprio do próprio e sobre o direito de propriedade privada. Elas estão, evidentemente, na origem de todas as reações e de todos os ressentimentos purificadores. Por todo lado onde o "em-casa" é violado, por todo lado em que uma violação é sentida como tal, pode-se prever uma reação privatizante, seja familista, seja, ampliando-se o círculo, etnocêntrica e nacionalista, portanto virtualmente xenófoba: não dirigida contra o estrangeiro enquanto tal, mas, paradoxalmente, contra o poderio técnico anônimo (estrangeiro à língua ou à religião, tanto quanto à família ou à nação) que ameaça, junto com o "em-casa", as condições tradicionais de hospitalidade. A perversão, a perversibilidade dessa lei (que é também uma lei da hospitalidade) é que pode tornar virtualmente xenófobo quem protege ou pretende proteger sua própria hospitalidade, o próprio lar que torna possível essa hospitalidade (DERRIDA, 2003, p.47).

Antes de qualquer hospitalidade é preciso que haja um senhor da casa, “uma soberania do hospedeiro, um *chez moi* que determina quem é o próprio e, por oposição, quem é o estrangeiro” (RODRIGUES, 2010, p.144). Nas palavras de Derrida:

É o déspota familiar, o pai, o esposo e o patrão, o senhor do lugar que faz as leis da hospitalidade. Ele as representa e se dobra a isso para nisso também dobrar os outros, nessa violência do poder de hospitalidade, nessa potência de ipseidade (DERRIDA, 2003, p. 131).

Esse outro, na figura do estrangeiro, esse que ameaça primeiramente meu “em-casa”, ameaça a capacidade de escolher quem, onde e quando se vai receber quem ou o que se vai receber em casa. Derrida afirma que,

Não há hospitalidade, em sentido clássico, sem soberania do si para consigo, mas, como também não há hospitalidade sem finitude, a soberania só pode ser exercida filtrando-se, escolhendo-se, portanto excluindo e praticando-se violência. A injustiça, uma certa injustiça, e mesmo um certo perjúrio, logo começam a partir do limiar do direito à hospitalidade. Esse conluio entre a violência do poder ou a força de lei (*Gewalt*), de um lado, e a hospitalidade, de outro, parece dever-se, de maneira radical, à inscrição da hospitalidade num direito [...] (DERRIDA, 2003, p. 49).

Quer dizer, a hospitalidade condicional está restrita à palavra do direito, às leis, ao jurídico “e que por assim o ser, carregam em si a violência que é congênita ao direito”⁵

⁵ Sobre o que diz Derrida da diferença entre justiça e direito: “Jacques Derrida deixa claro que a questão da força é algo imanente ao direito, que há uma violência operando, não a partir dele, mas que se confunde com ele, que nos dá aquilo que se chama força de lei, a força que permite aplicar a lei, a força que é a própria lei, a força que comanda a lei. Nestes termos, se há uma hipótese de dizermos aquilo que sugerimos a respeito do título, isto estaria quando muito na hipótese de uma justiça enquanto direito, mas que por outro lado, como pretendemos mostrar,

(NOGUEIRA, 2018, p.223), mas esse assunto por enquanto não será tratado. Agora, não é mais tarefa difícil apreender os motivos pelos quais o estrangeiro traz o medo, ele chega ameaçando a soberania do hospedeiro, ele chega e “nos retira do lugar, em verdade, o lugar é a questão aqui, o de dar lugar a quem vem.”(NOGUEIRA, 2018, p. 219)

Aqui, Derrida aponta um paradoxo sobre a soberania do dono da casa, soberania esta que depende e deve-se ao outro. Quer dizer, uma casa, um lar, um espaço habitável tem como constituinte aberturas – janelas, portas. A casa, a interioridade, precisa de portas e janelas, é preciso dar passagem ao estrangeiro, a “mônada do *chez-soi* deve ser hospitaleira para ser *ipse*, si mesmo consigo, *chez-soi* habitável em relação à consciência de si” (DERRIDA, 2003, p.55).

Derrida indica que a primeira violência é aquela da língua. O estrangeiro coloca-se em risco de ficar sem defesa quando se coloca diante do direito do país que o acolhe, o que quer dizer que, antes de tudo, o estrangeiro é estranho à língua de direito na qual está formulado o dever de hospitalidade, asilo, seus limites, suas normas, sua polícia (DERRIDA, 2003, p.15). Essa violência aponta uma das condições que se fazem necessárias para o acolhimento do estrangeiro e marca o início da questão da hospitalidade: devemos demandar que o estrangeiro nos compreenda, e que fale nossa língua, como requisito da possibilidade da sua acolhida? O estrangeiro que chega, amparado por um pacto, chega confrontado por inquisições sobre quem é, de onde veio, por onde andou, sendo essas condições para que ele seja recebido. Assim, Derrida responde e questiona,

A hospitalidade consiste em interrogar quem chega?[...] Ou será que a hospitalidade começa pela acolhida inquestionável, num duplo apagamento, o apagamento da questão e do nome? [...] Ou a hospitalidade se torna, se dá ao outro antes que ele se identifique, antes mesmo que ele seja (posto ou suposto como tal) sujeito, sujeito de direito e sujeito nominável por seu nome de família, etc.?(DERRIDA, 2003, p.25)

Essas perguntas direcionam para o próximo tópico em que será abordada a hospitalidade condicional.

3 HOSPITALIDADE CONDICIONAL

nunca poderá com ele se confundir” (NOGUEIRA, 2018, p. 140). Sobre o que Derrida diz sobre o a violência e o direito: “O próprio surgimento da justiça e do direito, o momento instituidor, fundador e justificante do direito, implica uma força performativa, isto é, sempre uma força interpretadora e um apelo à crença: desta vez, não no sentido de que o direito estaria a serviço da força, instrumento dócil, servil e, portanto, exterior do poder dominante, mas no sentido de que ele manteria, com aquilo que chamamos força, poder ou violência, uma relação mais interna e mais complexa” (DERRIDA, 2010, p.24).

Quando se traz os fatos sobre a questão da reação dos brasileiros quanto à entrada dos venezuelanos, tem-se como objetivo também destacar como se deve, de imediato, pensar essa discussão sobre existências estrangeiras para além do dever do Estado em recebê-las, para além do direito à hospitalidade que se fundam em pactos firmados.

Para começar este ponto é importante fazer, ainda que de maneira breve, a diferenciação entre o estrangeiro e o chegante absoluto. Derrida aponta que o estrangeiro que vem, vem já “alicerçado em toda uma história, que envolve o lugar de onde veio, as suas relações familiares e políticas” (NOGUEIRA, 2018, p.227). Assim, pode-se entender que o estrangeiro porta, em alguma medida, a condição de possibilidade de haver uma hospitalidade em relação a ele. O chegante absoluto, em contraponto ao estrangeiro, aquele que chega sem qualquer referência ou insígnia, sem nome ou qualquer atestado de identificação que o anteceda.

Nas formulações derridianas sobre a incondicionalidade, esse momento de distinção entre estrangeiro e chegante absoluto é, sem dúvidas, de primeira importância. Ao passo que, na hospitalidade incondicional, o acolhimento do chegante absoluto não depende nem se funda nas leis da hospitalidade, o que é um outro jeito de apontar mais um limite à hospitalidade condicional. Assim, a marca da condicionalidade aparece “nesse primeiro instante no qual o estrangeiro necessita se apresentar, necessita dizer quem é, de onde veio, por onde andou e quem o antecede.” (NOGUEIRA, 2018, p.227). Derrida diz ainda que,

[...] a diferença, uma das sutis diferenças, às vezes imperceptíveis entre o estrangeiro e outro absoluto, é que este último pode não ter nome e nome de família; a hospitalidade absoluta ou incondicional que eu gostaria de oferecer a ele supõe uma ruptura com a hospitalidade no sentido corrente, com a hospitalidade condicional, com o direito ou o pacto de hospitalidade. [...] Ela parece ditar que a hospitalidade absoluta rompe com a lei da hospitalidade como direito ou dever, com o "pacto" de hospitalidade. Ela parece ditar que a hospitalidade absoluta rompe com a lei da hospitalidade como direito ou dever, com o "pacto" de hospitalidade. Em outros termos, a hospitalidade absoluta exige que eu abra minha casa e não apenas ofereça ao estrangeiro (provido de um nome de família, de um estatuto social de estrangeiro, etc.), mas ao outro absoluto, desconhecido, anônimo, que eu lhe *ceda lugar*, que eu o deixe vir, que o deixe chegar, e ter um lugar no lugar que ofereço a ele, sem exigir dele nem reciprocidade (a entrada num pacto), nem mesmo seu nome (DERRIDA, 2003, p. 23-25).

Dessa diferenciação entre o chegante absoluto e o estrangeiro, inicia-se este tópico falando sobre o pensamento de Kant sobre a hospitalidade, a qual tem pretensões que se encontram nas críticas formuladas por Derrida sobre a hospitalidade condicional e suas limitações. Pela natureza deste estudo, não será realizada uma análise completa do pensamento kantiano sobre a temática da hospitalidade. Dessa forma, elegeu-se para o momento as

limitações à lei e ao comportamento, que nos denuncia Derrida sobre o que escreveu Kant em seu opúsculo “A Paz Perpétua no Terceiro artigo definitivo para a Paz Perpétua” que,

Fala-se aqui, como nos artigos anteriores, não de filantropia, mas de direito, e *hospitalidade* significa aqui o *direito* de um estrangeiro a não ser tratado com hostilidade em virtude da sua vinda ao território de outro. Este **pode rejeitar o estrangeiro**, se isso puder ocorrer sem dano seu, mas **enquanto o estrangeiro se comportar amistosamente no seu lugar**, o outro não o deve confrontar com hostilidade (KANT, 2008, p.20, grifo nosso).

É possível notar pela leitura desse trecho que no próprio texto de Kant a proposta de hospitalidade se apresenta limitada. Ele condiciona a acolhida ainda à um comportamento pacífico e amistoso, e ainda determina a possibilidade de rejeição do estrangeiro. Esses são elementos que colocam essa hospitalidade em oposição àquela incondicional de que nos ensina Derrida. A dimensão da hospitalidade como Kant propõe está inscrita, tão somente, na palavra do direito, do jurídico “*Fala-se aqui, [...] não de filantropia, mas de direito, e hospitalidade significa aqui o direito de um estrangeiro*”.

Quer dizer, desde já, a pretensão universalista do filósofo ter exposto suas limitações, revela-se em seu caráter condicional, e, portanto, “é da lavra do soberano, de quem recebe, o talho de quem chega – isso afirma o *modus* violento e apropriador” (NOGUEIRA, 2018, p. 243), ou seja, quem vem já está avisado, deve se adaptar (!) ou não venha. Como já mencionamos em outro momento neste trabalho, pela sua inscrição limitada na palavra do direito e, assim, na violência que lhe é congênita, não demanda grande esforço perceber a violência a que se presta esta hospitalidade condicional para proteger seu espaço de soberania, enquanto o estrangeiro se comportar amistosamente no seu lugar conforme Kant. Sobre isso, Derrida ensina,

Isso quer dizer que o hospedeiro kantiano trata aquele que ele abriga como um estrangeiro? Sim e não. Ele o trata como ser humano, mas instala sua relação com aquele que está em sua casa segundo o direito, tanto quanto a relação que o liga aos assassinos, à polícia ou aos juizes. Do ponto de vista do direito, o hóspede, mesmo quando bem-recebido, é antes de tudo um estrangeiro, ele deve continuar estrangeiro. É devida uma hospitalidade ao estrangeiro, claro, mas ela continua, como o direito, condicional, portanto condicionada em sua dependência à incondicionalidade que funda o direito (DERRIDA, 2003, p. 63).

Essa hospitalidade jurídica que depende de um pacto, um acordo previamente estabelecido, ela diz respeito àqueles estrangeiros que têm a possibilidade de dizer de onde vieram, seus nomes de família. Há, no entanto, como na distinção que fizemos no início deste tópico, aqueles chegantes absolutos,

o chegante por excelência, é aquilo, aquele ou aquela que, mesmo ao chegar, não passa o limiar que separaria dois lugares identificáveis, o próprio e o estrangeiro, o próprio de um e o próprio do outro, como se diria que um cidadão de um certo país identificável passa a fronteira de um outro país, como se fosse um viajante, um emigrado ou um exilado político, um deportado ou refugiado, um trabalhador imigrado, um estudante ou um investigador, um diplomata ou um turista. Estes são efetivamente chegantes, mas a um país que já se determina e cujo habitante se sabe ou se crê em sua casa [...] O chegante absoluto não tem ainda nem nome nem identidade... E como o chegante não tem ainda identidade, o seu lugar de chegada encontra-se também assim desidentificado: não se sabe ainda ou não se sabe mais como chamar, qual é o país, o lugar, a nação, a família, a língua, o em si em geral acolhe o chegante absoluto (DERRIDA, apud BERNARDO, 2005, p. 991).

Essa forte noção de manutenção da soberania que acompanha as leis da hospitalidade serve para deixar manifesto que onde age o direito, age a violência, assim, busca-se um caminho outro, ou um caminho *do* outro.

4 HOSPITALIDADE INCONDICIONAL

Percorre-se o caminho até aqui, buscando demonstrar que a hospitalidade incondicional que Derrida oferece atravessa todas as concepções sobre esse tema num movimento de constante inversão e deslocamento, do *acontecimento* da desconstrução. A desconstrução é este primeiro assunto do qual será trabalhado nesse ponto.

O movimento da desconstrução opera uma em um primeiro momento a inversão, para que haja o deslocamento, que, no entanto, não diz que são momentos de linearidade temporal ou que se encerrem em algum momento. No correr deste texto, falou-se daquele que vem, tanto na condição de estrangeiro como aquele chegante absoluto, bem como, na maior parte dessa produção, passou-se caminhando junto à prioridade que Derrida oferta ao hóspede. Não por acaso, Derrida escolhe tematizar a hospitalidade a partir de um enfoque no hóspede. A operação da desconstrução tem exatamente essa estratégia de desestabilizar as prioridades estruturais de cada construção particular (BORRADORI, apud NOGUEIRA, 2018, p. 147). Derrida assim ensina que,

[...] um questionamento desconstrutivo que começa, como foi o caso, por desestabilizar, complicar ou apontar os paradoxos de valores como os do próprio e da propriedade, em todos os seus registros, o do sujeito, e portanto do sujeito responsável, do sujeito de direito e do sujeito da moral, da pessoa jurídica ou moral, da intencionalidade etc. e de tudo o que daí decorre, tal questionamento é de ponta a ponta, um questionamento sobre o direito e a justiça. Um questionamento sobre os fundamentos do direito, da moral e da política (DERRIDA, 2010, p.12-13).

Quando se fala da hospitalidade condicional, trazendo o pensamento kantiano, fica assim explícito que a hospitalidade veio sempre de uma preocupação com o incômodo, com o distúrbio de uma suposta tranquilidade da ordem pela qual o hospedeiro é submetido quando da acolhida daquele que vem. Nesse ponto, opera-se uma inversão na noção de hospede e hospedeiro. Derrida mostra que é necessária a desconstrução em sede de hospitalidade⁶, porque, primeiro, se o hospedeiro vem como a figura principal, aquele que tem as regras mata a existência e a infinitude do outro que vem, que seria o hóspede. Não se pode esquecer que a distinção que realizada entre o outro estrangeiro e o outro chegante absoluto. Essa inversão faz emergir os limites da hospitalidade tradicional, as limitações e as exclusões violentas das leis da hospitalidade face à Lei da hospitalidade.

Tudo se passa como se as leis da hospitalidade constituíssem, marcando seus limites, poderes, direitos e deveres a desafiar e transgredir a lei da hospitalidade, aquela que exigiria oferecer ao chegador uma acolhida sem condições (DERRIDA, 2003, p. 69).

Aqui, parece importante passar pela distinção que Derrida (2010) faz entre direito e justiça em seu texto *Força de Lei*, especificamente, na primeira parte intitulada *Do direito à justiça*, o que acode para uma compreensão da relação entre as leis da hospitalidade e a Lei da hospitalidade, a primeira pertinente à noção de hospitalidade condicional e a última à hospitalidade incondicional.

A fala de Derrida se inicia quando ele aponta aquilo que foi mencionado em nota acima, que há uma força que está inserida no direito desde sempre, não como um adjetivo ou

⁶ Está aí uma constante, uma regra da desconstrução: ter algo a fazer aos pares de conceitos que são ao mesmo tempo heterogêneos e indissociáveis. Por exemplo, o par “hospitalidade incondicional / hospitalidade condicional”. Estão aí dos conceitos radicalmente diferentes. A hospitalidade que se abre incondicionalmente e aquela que deixa entrar o outro sem perguntar de onde ele vem, sem solicitar visto, passaporte, sem convite prévio: o outro chega e entra sem condições. Ora, essa hospitalidade absoluta não tem nenhuma relação com a hospitalidade condicional, na qual, ao contrário convida-se, na qual se aceita, pergunta-se o nome, impõem-se condições, exige-se um visto: o outro vem a minha casa, em meu país, mas atenção, é-lhe preciso respeitar certas regras... Tratam-se, então, de conceitos absolutamente heterogêneos e, no entanto, indissociáveis. Por quê? Porque se a “hospitalidade incondicional” quer realmente dar algo, é preciso *também* que ela se determine. Não posso dizer a alguém: eu te recebo incondicionalmente. É preciso do mesmo modo que eu lhe dê algo, e não qualquer coisa, mesmo se for limitado – uma casa, pão, água; é preciso que eu crie as condições de uma hospitalidade concreta e que inscreva o incondicional no condicional. Tem-se de tratar com dois conceitos heterogêneos, sem medida comum e que, no entanto, devem permanecer indissociáveis. E aí, há um *dever*. É preciso que o direito seja o mais justo possível, e é preciso que a justiça se encarne em um direito mesmo se os dois permaneçam irreduzíveis um ao outro. É preciso que a “hospitalidade condicional” se inspire da “hospitalidade incondicional”, de outra forma, não haverá, nem nunca houve hospitalidade. Mas é preciso também que a “hospitalidade incondicional” seja concreta, não seja uma simples abstração e uma palavra vazia. É uma das coisas mais difíceis de alcançar porque se trata de uma *aporia*. Como, ao mesmo tempo, pensar e praticar uma “hospitalidade incondicional” que se torne condicional? Cada vez, é preciso uma transação, um compromisso entre o condicional e o incondicional, entre o direito e a justiça. (DERRIDA, *in*, EYBEN, RODRIGUES *orgs.* 2015, p. 18)

característica externa, mas sim enquanto fundante constitutivo do direito, razão pelo qual este é passível de ser desconstruído, que será tratado mais adiante. Derrida assim escreve,

[...] o direito é sempre uma força autorizada, uma força que se justifica ou que tem aplicação justificada, mesmo que essa justificação possa ser julgada, por outro lado, injusta ou injustificável. Não há direito sem força, Kant o lembrou com maior rigor. A aplicabilidade, a “*enforceability*” não é uma possibilidade exterior ou secundária que viria ou não juntar-se, de modo suplementar ao direito. Ela é a força essencialmente implicada no próprio conceito da justiça enquanto direito, da justiça na medida em que ela se torna lei, da lei enquanto direito (DERRIDA, 2010, p.7-8, grifo nosso).

A experiência para Derrida é uma travessia que passa através e viaja a uma destinação para a qual ela encontra passagem, o que impede que exista a experiência da aporia, daquilo que não dá passagem (DERRIDA, 2010, p.29-30). Essa colocação é especialmente importante para se compreender a noção de justiça que fala Derrida, como a experiência daquilo que não se pode experimentar. Derrida argumenta nesse sentido:

Acredito que não há justiça sem essa experiência da aporia, por impossível que seja. A justiça é uma experiência do impossível. Uma vontade, um desejo, uma exigência de justiça cuja estrutura, não fosse uma experiência da aporia, não teria nenhuma chance de ser o que ela é, a saber, apenas um apelo à justiça. [...] O direito não é a justiça. O direito é o elemento do cálculo, é justo que haja um direito, mas a justiça é incalculável, ela exige que se calcule o incalculável; e as experiências aporéticas são necessárias da justiça, isto é momentos em que a decisão entre o justo e o injusto nunca é garantida por uma regra (DERRIDA, 2010, p.30).

Para Derrida, a relação entre a justiça e o direito se funda nessa aporia, nessa relação de troca que acontece entre o calculável e o incalculável.

Neste sentido, o comércio, a transação entre o impossível e o possível, o incondicional e o condicional, marcam as aporias que sustentam essa maneira de pensar, informam como a noção de porvir se apresenta dentro do ideário derridiano, ou seja, a mesma condição de perfectibilidade que o porvir impende à democracia, vê-se na relação do direito com a justiça, que não o deixa/deve/pode deixar respirar aliviado, ora, o momento do porvir, o momento da justiça em Jacques Derrida nunca poderá se apresentar, sob o risco de se perder a dimensão do porvir, a chance que tem-se para pensar aquilo que acontece: confissão, perdão, invenção, hospitalidade (NOGUEIRA, 2018, p.74).

Essa breve explicação sobre a justiça e o direito é importante para que se possa entender a relação antinômica entre as leis da hospitalidade e a Lei da hospitalidade como nos explica Derrida. A Lei da hospitalidade incondicional, tal qual a justiça, coloca em questão as leis da hospitalidade condicional, interrompe a sua aparente tranquilidade, que em seu silêncio é violenta, apossa-se do direito e da ordem. Assim, como Derrida ensina, esta nunca será aquela, nunca se confundirão essas leis, como já mencionado acima, a Lei da hospitalidade se coloca num movimento contínuo que quer desestabilizar

e provocar a ordem para torná-la outra, quer perverter a ordem, buscando se irromper nesse silêncio, “esse silêncio violento que vem sempre gravado no idioma do direito, das leis condicionais de hospitalidade enquanto direito” (NOGUEIRA, 2018, p.224).

A Lei da hospitalidade, essa da acolhida incondicional, que vem sem hora, sem lenço e sem documento⁷, manda romper com a hospitalidade condicional para sempre, romper e continuar, reconfigurar. Não se misturam, nunca se confundem, mas a ruptura da incondicionalidade é o que faz com que as leis da hospitalidade tenham uma nova chance, “por isso podemos e devemos falar sempre nesse idioma que perverte e inaugura” (NOGUEIRA, 2018, p.224). Chega e coloca em questão assim como a questão que vem com o estrangeiro.

A Lei da hospitalidade absoluta, incondicional ganha essa feição aporética em que ao mesmo tempo que coloca em questão, cria essa fissura, oferece ruptura no corpo das leis, das regras, da ordem, no mesmo impulso perverte a si mesma.

Uma tal hospitalidade é, notemo-lo já, uma hospitalidade pré-filosófica, pré-ética, pré-jurídica e pré-política. É uma hospitalidade incondicional e impossível que, traduzindo-se e inscrevendo-se embora *de passagem*, ou melhor, quase-se-traduzindo ou quase-se-inscrevendo, como está obrigada a fazê-lo (e é uma outra face da Necessidade) nas condições, isto é, no corpo das leis, regras e deveres, normas ou linguagem da hospitalidade, que suspenderá, interromperá e afetará, transgredindo-as e, no mesmo lance, pervertendo-se a si mesma, adquirirá por isso uma feição irremediável e irredutivelmente aporética, contraditória ou paradoxal – *hosti/pitalidade* -, permanecendo embora, justamente em razão da heterogeneidade dissimétrica que lhe salvaguarda a diferença e a impossibilidade como tal, trans-filosófica, trans-ética e trans-jurídico-política (BERNARDO, 2004, p. 48).

“Um ato de hospitalidade só pode ser poético⁸”, essa frase de Derrida ensina sobre essa dimensão poética na qual se inscreve a hospitalidade, sem a qual deixa de ser hospitalidade. Essa dimensão poética

dá o tom da hospitalidade, ela caminha nessa dimensão como um reclame que evidencia um passo adiante, aquele que restaria a ser dado pela ordem que prescreve os ritos e os limites a quem vem (NOGUEIRA, 2018, p.218).

Nem as leis da hospitalidade existem sem a Lei da hospitalidade, nem a Lei da hospitalidade existe sem as leis da hospitalidade. É uma relação antinômica inescapável para

⁷ Assim como canta Caetano Veloso: *Caminhando contra o vento/Sem lenço e sem documento(...)Eu vou.*

⁸ Cada experiência da hospitalidade deve pois inventar uma nova linguagem – uma linguagem inventiva ou poética. Uma linguagem que, falando embora a partir de um não-saber e do dever absoluto que a ditam, que inventando ou dando embora língua à língua para lá da língua; uma linguagem na qual a separação (da língua, do outro, de si e do mundo) respira, respira e suspira; uma linguagem que não pretende reduzir o infinito da distância e da alteridade absolutas do outro, antes as porta e as suporta nelas se transportando (aquela que, no caso concreto da hospitalidade, deseja ser uma porta aberta ou uma tocante mão estendida a acenar “sim, tu, estrangeiro, vem”, “vem, permanecendo tu, permanecendo estrangeiro, isto é, sem teres de te assimilar ou de te integrar, sem, de todo, teres de se despir ou despedir da tua língua, religião, usos e costumes, etc. etc.). (BERNARDO, 2004, p. 56)

ambas que dão a chance da perfectibilidade, de perceber sempre que é necessário a invenção de uma língua para a hospitalidade, e que ela sempre restará, e essa é nossa tragédia, a reclamar outra chegada.

A hospitalidade justa rompe com o a hospitalidade de direito; não que ela a condene ou se lhe oponha, mas pode, ao contrário, colocá-la e mantê-la num movimento incessante de progresso; mas também lhe é tão estranhamente heterogênea quanto a justiça é heterogênea no direito do qual, no entanto, está tão próxima (na verdade, indissociável) (DERRIDA, 2003, p. 25).

A necessidade de operar essas inversões e deslocamentos está em fazer com que se abra uma clareira no sentido ético, na ética da alteridade, essa que Derrida escreve inspirado por Emmanuel Lévinas. Quando Derrida transporta isso para a noção de hospitalidade, ele diz que só há hospitalidade se for incondicional, porque uma hospitalidade condicionada é apenas o mero cumprimento das regras da hospitalidade, e de fato não é bem isso que significa receber. Deve-se atentar que ao falar de hospitalidade incondicional, as noções de acolhida e recepção não se dão “na medida estreita de uma escolha que nasce a partir de um ego que a tudo determina” (NOGUEIRA, 2018, p. 221).

Ao fazer essa inversão, de colocar a prioridade no hóspede e não no hospedeiro, Derrida mostra, ainda, que o hospedeiro acaba sendo refém do hóspede, porque ele está preso nessa condição de ego, de centro, nessa condição de quem demanda, de quem tem o poder. Por isso, é necessário libertar tanto o hóspede da sanha de ego do hospedeiro, quanto libertar o hospedeiro da sua própria sanha de hospedeiro.⁹ Essa aporia da “hospitalidade que deixa ver o poder/mal da soberania e ao mesmo tempo a hipótese do outro como libertação e constituição” (NOGUEIRA, 2018, p.237).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁹ A incondicionalidade é também uma incondição de aprisionamento conceitual, não haverá precedentes que invoquem o como dessa recepção, ela mesma não se mostra, não permite o alcance, o chegante lança para longe as credenciais que indicam a hospitalidade condicional, ele é a questão posta e que não se põe; daí que ele desautoriza a investigação anterior, abala a noção de soberania e limite e ao mesmo tempo empresta a pensarmos que haveria uma hipótese outra de refletir a relação com o outro ou outra, pois aquilo que ele é nunca fora planejado, portanto, essa face enigmática que não se mostra alavanca-nos a dimensionarmos na relação com o impossível, que se dá aqui enquanto hospitalidade incondicional, o que é mesmo dizer, que nos lança mesmo a uma necessidade de invenção, reinvenção, desconstrução do limite que impõe a hospitalidade condicional. (NOGUEIRA, 2018, p. 231)

Buscou-se trazer, nesse texto, algumas reflexões que Derrida oferece ao propor uma hospitalidade incondicional. Essa hospitalidade que se propõe desperta, a princípio, esse medo e faz com que se tente, de toda forma, praticar a hospitalidade dentro de um local de comodidade, e que não ouse perturbar o sono desse rei mimado que dorme silencioso na barriga. Ficar diante desse outro que chega e ousa, não se pode, desde já, encará-lo como um colonizador que vem tomar forçosamente o lugar, não negando, no entanto, que isso pode se suceder. Essa abertura incondicional ao outro que vem não deve e não pode ser combatida, é uma parte constituinte de quem recebe, como reflete Derrida, não se pode ter uma casa, ou um lar sem portas ou janelas. Pensa-se que antes de ser hospedeiro, já se é de alguma maneira hóspede, e que esse outro que vem não vem para tomar o seu lugar, dá-se o lugar para encontrar lugar. Como preceitua Derrida,

Digamos sim ao que chega, antes de toda determinação, antes de toda antecipação, antes de toda identificação, quer se trate ou não de um estrangeiro, de um imigrado, de um convidado ou de um visitante inesperado, quer o que chega seja ou não cidadão de um outro país, um ser humano, animal ou divino, um vivo ou um morto, masculino ou feminino (DERRIDA, 2003, p. 69).

A questão dos venezuelanos, portanto, escancara como as normas de uma hospitalidade condicionada e restrita ao cumprimento de um pacto prévio não consegue dar conta nem mesmo dos parâmetros que suas próprias leis instituem. Parece mesmo que as leis da hospitalidade não foram concebidas com objetivo de garantir a hospitalidade, senão, em fato, de garantir que o hospedeiro não tenha sua soberania desestabilizada.

REFERÊNCIAS

BERNARDO, Fernanda. **Como uma língua por inventar**: a hospitalidade poética de Derrida. *Phainomenon*, outono, 9, p. 9-67, 2004.

BERNARDO, Fernanda. **Para além do Cosmopolitismo kantiano**: Hospitalidade e “altermundialização” ou a Promessa da “nova Inter-nacional” democrática de Jacques Derrida, *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, v. 61, fasc. 3-4, p. 951-1005, jul./dez. 2005.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**: o fundamento místico da autoridade. Editora WMF Martins Fontes, 2ª ed. São Paulo, 2010.

DUFOURMANTELLE, Anne. **Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar Da Hospitalidade/Jacques Derrida** [Entrevistado]; tradução de Antonio Romane; revisão técnica de Paulo Ottoni. São Paulo, Escuta, 2003.

EYBEN, Piero. RODRIGUES, Fabricia Wallace. **Cada vez o impossível: Derrida**. Editora Horizonte. Vinhedo, 2015.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Um Projecto Filosófico Tradução de Artur Morão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008.

NOGUEIRA, Bernardo Gomes Barbosa; Ribeiro, Fernando José Armando (Orientador). **Direito e literatura: hospitalidade e invenção**. Belo Horizonte, 2018. 290f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

NOGUEIRA, Bernardo Gomes Barbosa. **Hospitalidade condicional/Hospitalidade incondicional: Entre Kant e Derrida, paradigmas que se autodesconstroem**. *in*: Perspectivas de la Filosofía del Derecho y las Teorías Jurídicas Contemporâneas. CUADROS, Rúben Alberto Duarte. Ediciones Universidad Libre, Bogotá, p.49- 2011.

RODRIGUES, Carla; Duque-Estrada, Paulo Cesar (Orientador). **Rastros do feminino: sobre ética e política em Jacques Derrida**. Rio de Janeiro, 2010. 210p. Tese de Doutorado - Departamento de Teologia Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

SOLIS, Dirce Eleonora Nigro. **Desconstrução e arquitetura uma abordagem a partir de Jacques Derrida**. Editora UAPÊ, Rio de Janeiro, 2009.

A PEC 209 E A REPERCUSSÃO GERAL NOS RECURSOS ESPECIAIS: O que o aprendizado com o Recurso Extraordinário pode nos ensinar?

Flávio Quinaud Pedron¹

Guilherme Henrique Lage Faria²

1. INTRODUÇÃO

A repercussão geral, como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional nº 45/2004, incluindo a necessidade de a questão constitucional trazida nos recursos extraordinários possuir repercussão geral para que fosse analisada pelo Supremo Tribunal Federal.

Dentre as finalidades da repercussão geral, vale ressaltar as indicadas pelo próprio STF, quais sejam, delimitar a competência do STF, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa e uniformizar a interpretação constitucional sem exigir que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional.”³

O instituto foi regulamentado mediante alterações no Código de Processo Civil (tais como os artigos 543-A e 543-B do CPC/73) e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.⁴

O referido requisito de admissibilidade dos Recursos Extraordinários, utilizado como *mecanismo de filtragem*⁵ dos casos a serem analisados pelo STF, sempre causou grande controvérsia dentre os operadores do direito, bem como na doutrina, conforme se verifica nas lições de Barbosa

¹ Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor Adjunto do Mestrado em Direito e da Graduação da UniFG (Bahia). Professor Adjunto da PUC-Minas (Graduação e Pós-graduação). Professor Adjunto do IBMEC. Editor-Chefe da Revista de Direito da Faculdade Guanambi. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional (ABDPC). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). Membro da Comissão de Processo Civil da OAB/MG. Advogado sócio do escritório Pedron Advogados, E-mail: flavio@pedronadvogados.com.br.

² Mestre em Direito Processual pela PUC-MINAS, Professor do curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Membro da Comissão de Direito Processual Civil da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Minas Gerais, do Instituto dos Advogados de Minas Gerais – IAMG e do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Advogado sócio do escritório Pedron Advogados, E-mail: guilherme@pedronadvogados.com.br.

³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao> (acesso em 15/10/2018)

⁴ Criada pela EC 45/04 e inicialmente disciplinada pela lei 11.418/06, a repercussão geral só foi efetivamente implementada ao regimento interno do STF pela Emenda Regimental nº 21 de 30 de abril de 2007.

⁵ Segundo o Relatório Final da Comissão Mista de Reforma do Poder Judiciário, a repercussão geral serviria para "restaurar o caráter paradigmático das decisões do STF, à medida que possibilitará que essa Corte examine apenas as grandes questões do país discutidas no Poder Judiciário" – Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datDiario=21/01/2006&tipDiario=1> (acesso em 15/10/2018).

Moreira, o qual, alertando os desdobramentos problemáticos da análise do requisito (pensando como meio de minorar o volume de processos no STF e, conseqüentemente, o acúmulo de trabalho), ressaltava que:

“(...) sempre que se mantiverem aquém do quórum especial os votos no sentido de não se conhecer do recurso, por falta do requisito da “repercussão geral”, a tramitação compreenderá dois julgamentos, em vez de um único – e ambos realizados em sessão pública e devidamente fundamentados: o do Plenário, de rejeição da preliminar, e, em princípio, o da Turma, sobre a restante matéria. Pelo menos no particular, portanto, não se afigura exagero de pessimismo vaticinar que aumentará o trabalho do Tribunal e demorará mais a solução do problema”⁶.

Fazendo coro a Barbosa Moreira, Luís Roberto Barroso e Frederico Montedonio Rego, em artigo publicado em fevereiro/2018, afirmam que *“o instituto da repercussão geral completou dez anos sem ter sido capaz de atender as expectativas criadas com a sua introdução no sistema processual brasileiro”⁷.*

Atualmente, a repercussão geral, enquanto requisito de admissibilidade recursal, é regulamentada pelo art. 1.035 do CPC/15, o qual dispõe que: *o Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral.* Contudo, para sua melhor compreensão, se faz importante uma incursão histórica no referido instituto, a fim de delinear seus intentos e implicações na sistemática de julgamento dos recursos destinados aos Tribunais Superiores.

A questão que se pretende abordar neste breve estudo é se, mais uma vez⁸, estamos diante de uma possível alteração da sistemática processual, no que tange à admissibilidade dos recursos especiais, sem que se realize a necessária (e indispensável) análise de todos os impactos que esta poderia resultar, ou se a proposta encampada na PEC 209 é capaz de alcançar melhoras efetivas para a sistemática de julgamento dos recursos direcionados ao Superior Tribunal de Justiça.

2. UMA ANÁLISE PRELIMINAR: OBJETO, FINALIDADE E REQUISITOS DOS RECURSOS DESTINADOS AOS TRIBUNAIS SUPERIORES.

⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos: A Emenda Constitucional 45/2004 e o processo, in: *RePro 130* (2005).

⁷ Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI274826,31047Como+salvar+a+repercussao+geralIdeias+simples+para+reverter+um> (acesso em 15/10/2018)

⁸ Conforme apontado por Dierle Nunes, as alterações do sistema processual brasileiro sempre sofreram grande influência dos modelos procedimentais estrangeiros, contudo, nem sempre com a devida percepção e problematização necessárias para a sua implementação em nosso ordenamento jurídico. Para uma melhor compreensão da temática: NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

Sob o título de “recursos destinados aos Tribunais Superiores” pretende-se incluir um gênero do qual serão espécies dos Recursos Extraordinários – endereçados ao Supremo Tribunal Federal (STF) –, os Recursos Especiais – direcionados ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) – e os Recursos de Revista – encaminhados ao Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Historicamente, os autores remontam ao Direito Norte-Americano a herança do sistema recursal brasileiro,⁹ mais exatamente no *writ of error*, posteriormente designado de *writ of appeal*, que mais à frente foi abandonado, e hoje regulado no *writ of certiorari*.

Fato é, que no que concerne o direito pátrio, a Carta Imperial de 1824 desconhecia institutos similares. Mas a Constituição Republicana de 1891, sob fortes luzes do direito norte-americano, trouxe a figura recursal para a um só tempo preservar a supremacia da norma constitucional e a inteireza do direito infraconstitucional positivo, definindo o STF como o seu “guardião”. As demais Cartas Constitucionais mantiveram a lógica apenas fazendo modificações pontuais. Com a Constituição de 1934, tal recurso foi batizado como “extraordinário” e em 1988 teve seu objeto desmembrado com a criação do STJ.

A partir de 1988, a matéria infraconstitucional ficaria a cargo do Tribunal recém-criado, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), pela via do Recurso Especial. Ao Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, caberia figura semelhante à destinada ao STJ sob a rubrica de Recurso de Revista.

Mas o que tais vias recursais têm em comum, a ponto de serem agrupados todos num mesmo conjunto? Segundo a doutrina, tais recursos separam-se dos demais – os chamados *recursos ordinários* – uma vez que a eles escapa toda e qualquer possibilidade (segundo a doutrina processual brasileira) de se discutir em seu *iter* a revisão de questões fáticas – como, por exemplo, reapreciação de provas.¹⁰

Estes recursos apresentam como principal característica a chama *fundamentação vinculada*, isto é, além de apresentarem os pressupostos de admissibilidade regulares a todo e qualquer recurso, trazem pressupostos especialíssimos;¹¹ por isso mesmo, tais recursos não se prestam a (re)discussões fáticas, mas a apresentação de teses jurídicas.¹²

Por tal razão, esta suposta questão jurídica – principalmente a partir das inovações trazidas pela Emenda Constitucional n. 45, mas também anteriormente pela Medida Provisória n. 2.226/2001, no campo do Recurso de Revista – não pode estar adstrita à esfera de interesse das partes litigantes,

⁹ ASSIS, Araken. *Manual dos Recursos*, p. 691-692.

¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*, p. 43. Nesse sentido, já se fixavam a jurisprudência brasileira, guiando-se a partir do entendimento das famosas súmulas 297 do STF e n. 7 do STJ (STF, Súmula n. 279: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”; STJ, Súmula n. 7: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”).

¹¹ BATISTA DA SILVA, Ovídio A. GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*, p. 305.

¹² Todavia, traçar uma linha capaz de separar o que sejam questões de direito e questões de fato não é um trabalho fácil, como já observaram diversos juristas, chegando alguns a afirmarem a existência de uma teoria tricotômica (KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a questão de fato: por uma teoria tricotômica*) como forma de superação do problema.

representando reflexos para além, isto é, para toda a coletividade (*transcendência/relevância/repercussão geral*), justificando não apenas um pressuposto recursal especial, como ainda a própria função jurídico-política desempenhada por estes Tribunais.

Os processualistas brasileiros parecem bem convencidos da possibilidade de, ao analisar um recurso desse tipo, não se fazer necessária uma análise do caso concreto, o que permitiria aos Tribunais Superiores analisar apenas *teses jurídicas* e não *lides* (conflito de interesses). Muitos, portanto, irão invocar a chamada *teoria das possibilidades de julgar*, como critério pragmático distintivo. Tal tese, como lembra Knijnik,¹³ é defendida por Henke¹⁴ e afirma que a possibilidade de conhecimento do recurso depende não da natureza jurídica ou fática da questão em discussão, mas da necessidade, ou não, de que se promova uma nova instrução probatória para sua solução. Todavia, é irreconhecível que tal tese atesta uma “margem de discricionariedade” ao Tribunal para fixar conforme seu entendimento a necessidade da revisão da decisão *a quo*.¹⁵

Outra discussão importante fica acerca da finalidade dos recursos destinados aos Tribunais Superiores. Em linhas gerais, os diversos manuais parecem afirmar que eles se prestam a atender as exigências de garantir a *uniformidade da interpretação e da aplicação* do ordenamento jurídico em nível constitucional (recurso extraordinário) e em nível infraconstitucional (recurso especial e recurso de revista).¹⁶

¹³ KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a questão de fato: por uma teoria tricotômica*, p. 154.

¹⁴ HENKE, Horst-Eberhard. *La cuestion de hecho*, p. 27.

¹⁵ Curiosamente, esta parece ser a *ratio* por detrás da famosa – e criticada – *Súmula 400 do STF*. Esta afirmava que a decisão que deu “razoável interpretação” à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário. Ora, se por um lado tal súmula tinha por escopo limitar o número de recursos extraordinários a se admitir pelo Tribunal, por outro, relativizava o papel do STF como “intérprete supremo” da Constituição, autorizando interpretação divergentes de outros tribunais coexistirem na ordem jurídica nacional, o que levaria a sérios abalos no que poderia chamar de “segurança jurídica” (previsibilidade).

¹⁶ Habermas (*Facticidad y Validez*, p. 313) destaca que o Tribunal Constitucional alemão desempenha três funções básicas em âmbitos de competência distintos: (1) interceder para solucionar conflitos de competência entre órgãos estatais, inclusive entre o Governo Federal e Governos Estaduais; (2) exercer o controle de constitucionalidade das normas jurídicas; e (3) se pronunciar sobre os recursos a ele endereçados, visando, com sua decisão, à busca de unificação e coerência do Direito. Logo, o Tribunal Constitucional alemão (bem como os Tribunais Superiores brasileiros) não se limita a uniformizar as decisões, o que é atividade bem diferente da garantia de coerência do Direito. Isso porque a atividade de uniformização está mais preocupada com uma noção de “segurança jurídica” (aqui entendida como previsibilidade de decisões), portanto está voltada apenas para a dimensão de facticidade do Direito, virando as costas para as questões de validade, ou seja, a legitimidade da decisão a partir de critérios de aceitabilidade racional (HABERMAS, *Facticidad y Validez*, p. 311). Por isso mesmo, não basta aqui o proferimento de uma decisão pelo Tribunal, qualquer que ela seja, como queria o modelo kelseniano – suficiente para a garantia de uniformização – para que se tenha assegurada a coerência do Direito. Essa é uma dimensão bem mais complexa, como demonstra Dworkin (*Império do Direito*), e pode ser compreendida como uma “reserva que asegura que todas las normas se articulen en un sistema concertado y coherente que, por su propia idea, sólo permita para cada caso una única solución correcta” (HABERMAS, *Facticidad y Validez*, p. 334).

Por isso mesmo, tais modalidades recursais estão condicionadas ao *prévio esgotamento das instâncias recursais inferiores*.¹⁷ Em tais etapas anteriores, é que caberia a parte recorrente impugnar questões concernentes à “justiça” da decisão, de modo que precluiria *consumativamente* a oportunidade de novo questionamento em mesmo sentido na seara dos Tribunais Superiores. Restaria, então, apenas da discutibilidade das questões que versam sobre o interesse público, ou seja, aqueles interessem que transcendam a esfera única e individual dos sujeitos litigantes e que, por versarem sobre a aplicação e a interpretação de normas jurídicas apenas ganham outra dimensão. E mais, o contencioso agora teria natureza *objetiva*, o que autorizaria à Ordem Jurídica fixar condições especiais de admissibilidade:

1. Recurso Extraordinário (art. 102, III, CR/88): (a) contrariar dispositivo desta Constituição; (b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; (d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.
2. Recurso Especial (105, III, CR/88): (a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; (b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.
3. Recurso de Revista (art. 896, CLT): (a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional do Trabalho, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou contrariarem súmula de jurisprudência uniforme dessa Corte ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal; (b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente na forma da alínea "a"; e (c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal.

Em razão mesmo desta discursividade prévia, que jurisprudencialmente ganhou corpo a tese da necessidade de que a matéria (tese) objeto do recurso sofresse um *prequestionamento* da questão

¹⁷ Nesse sentido, têm-se as *súmulas 281 e 282 do STF*, respectivamente: “É inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”; “É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. Conforme decisão do STF, a decisão ainda não enseja recurso extraordinário caso ainda caiba agravo regimental no Tribunal *a quo* (AI 169.067-4 / SP, DJ 15/08/95, p. 24.235); mesmo posicionamento encontra-se nos julgados do STJ (6ª T., Resp 27.331-0 / AM, DJ 20/09/93, p. 19.196).

constitucional ou federal (incluindo a questão trabalhista) envolvida. Tal exigência materializou-se na forma de um *pressuposto de admissibilidade intrínseco* do recurso e representa uma herança do *Judiciary Act*, de 24 de setembro de 1798, dos EUA. Desse modo, a questão deve já ter sido suscitada, não podendo tratar-se de matéria nova veiculada no recurso.¹⁸ Prequestionar o recurso, então, é fazer com que os juízos anteriores se manifestem expressamente sobre o acatamento ou a rejeição da tese jurídica sustentada.¹⁹ Para Araken de Assis, o prequestionamento é o ato de *afloração* dos tipos legais exigíveis para interposição dessa modalidade recursal.²⁰ Por isso mesmo, é essencial que o juízo *a quo* decida sobre a questão.²¹

Outra função importante dos recursos destinados aos Tribunais Superiores seria a atividade de *uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional*, garantindo assim que os supostos “casos semelhantes” recebam igual tratamento. Para tanto, exige-se do recorrente, nos casos do recurso especial e do recurso de revista, a demonstração da divergência jurisprudência entre pelo menos dois tribunais. Para tanto, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.²²

Tais recursos serão, ainda, interpostos perante o Presidente – ou Vice-Presidente – do Tribunal *a quo*, sempre em petições distintas, que deverão constar a exposição do fato e do direito; a demonstração do cabimento do recurso interposto; e as razões do pedido de reforma da decisão recorrida.

3. A INCLUSÃO DE FILTROS RECURSAIS (REPERCUSSÃO GERAL/TRANSCENDÊNCIA/RELEVÂNCIA) COMO MECANISMOS DE APAZIGUAMENTO DA CRISE DO JUDICIÁRIO.

3.1. O PONTO DE PARTIDA: A TRANSCENDÊNCIA NO RECURSO DE REVISTA.

¹⁸ No caso de omissão no pronunciamento jurisdicional, a parte deverá apresentar *embargos declaratórios*, conforme entendimento sedimentado pela Súmula n. 356 do STF e Súmulas n. 98 e n. 211 do STJ. Todavia, mesmo a despeito de existência de posicionamento sumulado consagrando essa exigência, muitos autores – dentre eles, José Afonso da Silva (*Do recurso extraordinário*, p. 198) – entendem que o silêncio do Texto Constitucional representa um “afrouxamento” nas exigências de interposição desse recurso.

¹⁹ Em voto proferido no AgRg 253.566-6 (DJ 03/03/2000), afirmou-se que o STF, devido a sua natureza ímpar, não pode perder seu tempo vasculhando o acórdão recorrido em busca de uma norma que poderia ser pertinente ao caso. Essa posição não deixa de ser curiosa: a presunção de conhecimento ilimitado do Direito pelos STF apenas sede lugar a uma razão pragmática – diminuição da atividade judicante.

²⁰ ASSIS, Araken. *Manual dos Recursos*, p. 702-703.

²¹ STJ, 3ª Turma, Ags 353.976-SP, DJ 07/04/2001, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito.

²² Exigência expressamente contida no art. 1.029, § 1º do CPC, nas hipóteses em que o recurso especial fundar-se em dissídio jurisprudencial.

Após o advento da Constituição da República de 1988, funcionando como a primeira experiência de inserção, no Direito brasileiro, de um mecanismo com a finalidade de filtrar os recursos destinados aos Tribunais Superiores, foi editada, pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, a Medida Provisória n. 2.226/01,²³ que introduziu, no texto da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), o art. 896-A e acrescentou mais um requisito de admissibilidade recursal ao instituto do *recurso de revista*, objetivando diminuir a massa de demandas que congestionam o Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Originalmente as hipóteses de cabimento desse recurso já haviam sido limitadas às *matérias de direito*, conforme denominação de grande parte dos processualistas. De acordo com a síntese de Martins Filho, resume-se a controvérsia sobre a:

[...] *divergência na interpretação de dispositivo legal, salvo se a decisão recorrida estivesse em consonância com prejudgado ou jurisprudência pacífica do TST; - violação de “norma jurídica” (o que incluía todas as fontes de direito, autônomas e heterônomas, federais, estaduais e municipais)*²⁴.

Todavia, com a edição da medida provisória em questão, inovou-se o âmbito dos requisitos de admissibilidade para o recurso de revista, passando-se a exigir que, além da observância dos requisitos de admissibilidade já existentes, fosse demonstrada, em cada recurso, a “transcendência” específica da questão discutida. Tal “transcendência” seria oriunda de *reflexos de natureza econômica, política, social ou jurídica*. Dito de outro modo, significa afirmar que, para o conhecimento de um recurso de revista pelo TST, não basta que o Tribunal Regional competente para conhecer e julgar o recurso ordinário tenha, em sede do mesmo, aplicado a norma jurídica através de uma interpretação não compatível com as demais compartilhadas pelos outros Tribunais ou Tribunais Superiores; ou que, na decisão, fique caracterizado o desrespeito de normas jurídicas, até mesmo da Constituição da República. Se tais situações geram consequências supostamente circunscritas ao *espectro individual*, ou seja, que atinjam exclusivamente o direito das partes processuais, não se justifica a movimentação do aparato jurisdicional do TST para a apreciação da questão.

Como, então, entender os reflexos que transcendam o prisma individual do litígio? Uma proposta é fornecida por Gomes Junior, de modo que se teria:

²³ É importante lembrar que a utilização do instituto da medida provisória representou uma forma de fuga da deliberação parlamentar, uma vez que já havia sido posto em votação o Projeto de Lei n. 3.267/00 com igual conteúdo e objetivo. Além disso, sua edição deu-se seis dias antes da publicação da Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, que alterou sensivelmente as disposições constitucionais referentes às medidas provisórias, mas que, por outro lado, em razão de seu art. 2.º, autorizou que aquelas que tivessem sido editadas anteriormente à própria Emenda permanecessem em vigor até que fossem revogadas explicitamente por outra medida provisória ou por deliberação definitiva do Congresso Nacional.²³ Dessa forma, a Medida Provisória n. 2.226/01 permanece no Direito brasileiro como norma dotada de validade. Todavia, sua constitucionalidade foi posta em dúvida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2.527-9).

²⁴ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O critério de transcendência nos recursos de revista*, p. 55.

- a) reflexos econômicos: quando a decisão possuir potencial de criar um precedente outorgando um direito que pode ser reivindicado por um número considerável de pessoas (alteração nos critérios para se considerar a correção monetária dos salários de determinada categoria, p. ex.).
- b) reflexos políticos: na hipótese de decisão que altere a política econômica (obrigatoriedade de aumento para os servidores públicos regidos pela CLT, p. ex.).
- c) reflexos sociais: existirão quando a decisão deferir um direito ou indeferi-lo, e esta mesma decisão vier a alterar a situação fática de várias pessoas e;
- d) reflexos jurídicos: este é um requisito relevante, sob vários aspectos. Será relevante a matéria deduzida no recurso de revista todas as vezes que for contrária ao que já decidido pelo TST ou estiver em desacordo de jurisprudência do STF.²⁵

Outra proposta de interpretação vem de Martins Filho, pautada no texto do Projeto de Lei n. 3.267/00, que definia o que vinha a ser cada reflexo transcendente:²⁶

- a) *transcendência econômica*: concebida como “a ressonância de vulto da causa em relação à entidade de direito político ou economia mista, ou a grave repercussão da questão na política econômica nacional, no seguimento produtivo ou no desenvolvimento regular da atividade empresarial”. Outra referência de sua caracterização seria “uma causa de valor muito elevado”.²⁷
- b) *transcendência política*: diz respeito ao princípio federativo, principalmente “à harmonia entre os Poderes constituídos”. A principal situação que ensejaria a apreciação do recurso de revista por presente a transcendência política seria a manutenção da uniformidade da jurisprudência trabalhista pelos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT), evitando a instalação de disputas como as já conhecidas “guerras fiscais”, o que, no caso trabalhista, caracterizar-se-ia pela migração de empresas e/ou trabalhadores atrás de melhores condições de lucro e remuneração, respectivamente.
- c) *transcendência social*: quando fosse possível constatar “a existência de situação extraordinária de discriminação, de comprometimento do mercado de trabalho ou de perturbação notável à harmonia entre capital e trabalho”.
- d) *transcendência jurídica*: presente quando houvesse “o desrespeito patente aos direitos humanos fundamentais ou aos interesses coletivos indisponíveis, com comprometimento da segurança e estabilidade das relações jurídicas”. Seriam quatro as situações: (1) demandas resultantes da propositura de ações civis públicas que discutam interesses difusos ou coletivos; (2) processos nos quais haja a participação do sindicato como substituto processual da categoria na defesa de direitos individuais homogêneos; (3) causas cujo objeto de discussão seja o desrespeito de fundamento maior, situação essa identificada por Martins Filho como ofensa ao Direito Natural; (4) processos oriundos de Tribunais Regionais do Trabalho que se recusem a acatar a jurisprudência pacificada do TST ou do STF.²⁸

²⁵ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *O Pressuposto da Transcendência no Recurso de Revista*.

²⁶ Diferente é a opção feita no texto da medida provisória, uma vez que esta deixa para o Regimento Interno do TST a regulamentação e o detalhamento da questão.

²⁷ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O critério de transcendência nos recursos de revista*, p. 60.

²⁸ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O critério de transcendência nos recursos de revista*, p. 58.

Tomando as teses acima expostas, pode-se chegar a algumas considerações importantes: 1º) o fundamento jurídico para admissão do recurso *concorre em igualdade com os demais fundamentos de natureza econômica, política e social, como exigência alternativa;*²⁹ 2º) tanto as leituras feitas por Gomes Junior quanto por Martins Filho sobre os possíveis desdobramentos da *transcendência* demonstram uma tentativa de responder ao problema por meio de *definições materializantes*, que consideram o que seja transcendente de maneira antecipada, isto é, independentemente do caso específico *sub judice*.

Os autores, portanto, reconhecem que a abertura semântica que pode ser atribuída ao requisito da transcendência é grande, sendo, portanto, *intencional* a opção feita no texto da Medida Provisória n. 2.226/01. Tal opção tem como objetivo abrir um *espaço de indeterminação* para que, por meio do *poder discricionário* do aplicador oficial (isto é, os Ministros do TST), constata-se a existência de elementos no recurso que sejam ou não transcendentais.³⁰

O uso dessa discricionariedade seria, portanto, inerente ao requisito e elemento fundamental para que o mesmo atinja sua finalidade – qual seja a de permitir a filtragem de recursos cuja matéria não possa ser classificada como imprescindível para o atendimento do interesse público.

Justifica-se tal discricionariedade sob o argumento de que a decisão sobre o requisito de transcendência é eminentemente um *ato de natureza política* e não jurídica, logo a sociedade deveria *confiar na capacidade dos Ministros do TST para selecionar causas que atendam ao “bem comum”*. Todavia, essa noção de “bem comum” ou “interesse público” permanece sem problematização no discurso de seus defensores.

3.2. A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45 E A REPERCUSSÃO GERAL DAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

Sob a justificativa política de solução da “crise” do Judiciário, a EC n. 45 pretendeu promover uma série de mudanças no cenário jurídico nacional. Ao lado da afirmação da Súmula Vinculante, a arguição de repercussão geral da questão constitucional (ou simplesmente repercussão geral, como passou a ser chamada) ganha destaque.

Trata-se, a semelhança da arguição de transcendência, de um *filtro recursal* sob a forma de um pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário.

²⁹ Tal leitura acaba por igualar razões jurídicas com argumentos de outras origens no curso dos discursos (processos) de aplicação da norma, comprometendo o *código do Direito*, o que, ao final, representará em perda de legitimidade das decisões.

³⁰ Segundo Martins Filho (*O critério de transcendência nos recursos de revista*, p. 58): “O critério de transcendência previsto para a admissibilidade do recurso de revista para o TST dá, ao Tribunal e seus ministros, uma margem de *discricionariedade* no julgamento dessa modalidade recursal” (*grifos no original*).

O que chama a atenção, todavia, e desperta perplexidade, é como o tratamento constitucional, dado pela EC n. 45 ao §3º do art. 102 da Constituição de 1988, acabou por receber *distorções* – ou verdadeiras usurpações inconstitucionais – por parte da sua regulamentação infraconstitucional, hoje, no artigo 1.035 do Código de Processo Civil brasileiro (CPC/2015) e pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF).

Segundo o texto constitucional emendado, no recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, como condição para o Tribunal examine a admissão do recurso.

Dessa forma, o STF somente poderia *recusá-lo* pela manifestação de *dois terços de seus membros*. Nesse sentido, o § 3º do art. 102 torna, pelo menos, a princípio, todo recurso dotado de repercussão, cabendo ao STF um exame mais detalhado e o pronunciamento negativo por *quórum* especial.

É claro, que por questões de economia procedimental, *a análise da repercussão geral só vem depois de esgotados a verificação de atendimento de todos os demais pressupostos recursais*, conforme determina do art. 323 do RISTF.³¹ Assim, somente quando estes se fazem presente que, ainda em caráter preliminar, seria observada a presença de repercussão geral no recurso extraordinário *sub judice*.

Desde o início, há críticas ao *quórum* de 2/3 dos ministros para não conhecimento do recurso.³² Para muitos juristas, tratar-se-ia de número elevado, o que conduziria a uma permissividade recursal maior, indesejável. Razão pela qual a legislação processual acabou regulando a questão de modo distinto.

Segundo o artigo 1.035 do Código de Processo Civil 2015, a *repercussão geral das questões constitucionais discutidas* se definiria a espelho da *transcendência*,³³ por critérios de interesse público

³¹ Realmente, seria desarrazoada a exigência de apuração da repercussão antes da análise dos demais requisitos de admissibilidade.

³² Também no sistema alemão aparece a exigência de 2/3 dos membros do Tribunal para a não-apreciação do recurso, favorecendo a lógica de que, em regra, o recurso deverá ser conhecido (SARTÓRIO, Elvio Ferreira. JORGE, Flávio Cheim. *O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral*, p. 186).

³³ Para André Ramos Tavares (*Recurso Extraordinário*, p. 55), a repercussão estaria presente quando a questão constitucional fosse dotada do atributo da novidade e da multiplicidade, isto é, ela deverá ser inédita e sua decisão deverá ser útil para a resolução de diversos outros casos pendentes nos tribunais inferiores. Ora, tal tese apenas pode ser cogitada como adequada se for considerada também adequada à tese do processo objetivo nos Tribunais Superiores. Entretanto, isso acaba por deixar transparecer um problema processual grave: os defensores dessa tese olvidam o fato de que o recurso extraordinário decorre sempre de uma causa, isto é, uma alegação de lesão ou ameaça de lesão a direito pelas partes do processo, a princípio do autor – e não de uma questão que pode ser resolvida em abstrato. Todavia, ainda assim, é possível afirmar que mesmo a apreciação judicial em abstrato, como acontece com as hipóteses de controle de constitucionalidade, constitui-se em discursos de aplicação e, por isso mesmo, depende de uma base fática, não se processando no vácuo (SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 246). Ao que parece, esse perfil elitista por parte do Judiciário, assumido principalmente pelo STF com a tese da natureza objetiva dos processos destinados a julgamento naquele Tribunal, é inclusive transportado para o processamento do recurso extraordinário. Assim, mesmo antes da arguição de repercussão geral ou da Súmula Vinculante, pode ser observado esse movimento, mais acentuado com (1) a Emenda Constitucional n. 3/93, que inseriu o instituto da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) na ordem constitucional brasileira; e com (2) as Leis 9.868/99 e 9.882/99, que modificaram a lógica que se vinha

fragmentado em subespécies variando de acordo com a natureza da questão: *jurídica, social, política ou econômica* (art. 1.035, §1º CPC/2015 e art. 322, alterado pela Emenda Regimental n. 21/07 do RISTF).

Tais conceitos são de natureza *indeterminada e aberta*, mas diferentemente dos vislumbrado nos discursos dos processualistas justrabalhistas, aos olhos dos processualistas civis, esta discricionariedade em preenchimento do conceito não existe. Marinoni e Mitidiero³⁴ afirmam que se tratar de um dever do Tribunal de admissão do recurso extraordinário caso fique configurada sua respectiva pertença à órbita do conceito.

Mas a repercussão seria *presumida* sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal (art. 1.035, § 3º, inciso I).

Como forma de dar agilidade aos julgamentos passou-se a afirmar a possibilidade de que se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

Curiosa e muito nova foi a criação no STF de um *Plenário Virtual* capaz de apurar as votações simultâneas e eletrônica dos ministros quanto à existência ou inexistência de repercussão geral nas matérias julgadas. O art. 323 do RISTF determina que o Ministro Relator do Recurso irá submeter cópias aos demais com sua posição sobre existência ou não da repercussão geral. Todavia, este procedimento é excetuado quando o próprio Tribunal já houver se pronunciado positivamente em outros casos pela existência de repercussão geral, sendo a presumida na atual. Recebida a manifestação, os demais ministros têm o prazo de 20 dias para se manifestarem por meio eletrônico. Interessante e pouco usual aqui, é que a desobediência de prazo faz presumir a existência da repercussão geral; ou seja, transcorridos os 20 dias sem todos os ministros tenha se alcançado o quórum de rejeição (2/3), a matéria será refutada dotada de repercussão geral (art. 324, parágrafo único do RISTF). Ao final da apuração, cabe ao Relator produzir a decisão fundamentadamente.

Mas e se ele não endossar a posição majoritária do Tribunal? Nesse caso, o que deveria ser feito? Designar-se-ia para relator do acórdão o revisor ou Ministro que instaurou a divergência, espelhando-se no art. 135 do RISTF?

A aplicação desses dispositivos encontra lógica no fato de que seria difícil para um julgador confeccionar um acórdão e uma ementa expondo justamente o contrário do seu entendimento. Por isso, se fosse o caso ocorrido no Plenário normal essa tarefa redacional deve sempre ser atribuída a um dos julgadores que adotou o entendimento vencedor. Mas no caso do Plenário Virtual, há uma mudança, pois, o Relator continua ainda responsável (art. 325 RISTF).

No curso do julgamento do RE 559.994 QO/RS, rel. Min. Marco Aurélio, em 26.3.2009, que uma proposta de solução foi apresentada: apresentada no Plenário Virtual a manifestação fundamentada

desenvolvendo quanto ao controle de constitucionalidade, colocando o controle difuso em nítida subserviência ao controle concentrado.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no Recurso Extraordinário*, p. 34-35.

do Relator sobre a existência ou não de repercussão geral, os demais Ministros podem votar *sem fundamentação desde que acompanhem o entendimento relatado*; o primeiro Ministro a votar em sentido divergente deve fundamentar seu entendimento; todavia, *aqueles que votarem após a instauração da divergência fundamentada, podem acompanhá-la sem necessidade de nova fundamentação*.³⁵

O curioso aqui, é ver como o imperativo constitucional pode ser subvertido. A dispensa de fundamentação dos votos na apuração eletrônica dos julgados acaba por trazer sérios riscos para a legitimidade decisória. Mais uma vez, o que importa é saber quem e como se decide, ficando olvidada a exigência de fundamentação racional dos demais ministros, se não forem o primeiro a instaurar a divergência.

Peculiaridade à parte, uma vez definida a existência da repercussão geral, julgará o recurso ou pedirá dia para seu julgamento, após vista ao Procurador-Geral, se necessária; negada a existência, formalizará e subscreverá decisão de inadmissão do recurso.

A decisão acerca da admissão do recurso por presente a repercussão geral, ou quanto a sua recusa, é irrecorrível (art. 326 RISTF e Art. 1.035 CPC). A decisão será publicada e comunicada a Presidência dos Tribunais *a quo* recusarão todos os demais recursos com matérias idênticas (art. 1.030, I, “a” CPC). Todavia, tal decisão não impede que o STF reveja seu entendimento e reconheça em novo julgado a existência (ou inexistência) de repercussão geral.

É importante destacar que o CPC e o RISTF acabam por ampliar os poderes dos Presidentes dos Tribunais estaduais e federais, dando a eles a possibilidade de sobrestar o processamento de recursos

³⁵ O Tribunal, resolvendo questão de ordem, aprovou proposta do Min. Gilmar Mendes, Presidente, no sentido de que o primeiro Ministro que vier a divergir, no julgamento do Plenário Virtual, produza, desde logo, via sistema, as razões de sua divergência. Na espécie, a União formulara pedido de reconsideração da decisão do Plenário Virtual que, por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, relator, e Ellen Gracie, recusara recurso extraordinário, ante a ausência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, qual seja, a recepção, ou não, pela Constituição Federal, do art. 3º do Decreto-lei 1.437/75, que delegou competência ao Ministro da Fazenda para instituir taxa destinada ao ressarcimento de custos de selo de controle do IPI. A requerente insistia na existência da repercussão geral. Por sua vez, o Min. Marco Aurélio, relator, reafirmando a irrecorribilidade da decisão que nega a repercussão geral, e tendo lavrado a ementa do acórdão, explicitara que os pronunciamentos que resultaram vencedores não teriam sido acompanhados de fundamentação para que fossem juntados aos autos, nos termos do art. 325 do RISTF [“O(A) Relator(a) juntará cópia das manifestações aos autos, quando não se tratar de processo informatizado, e, uma vez definida a existência da repercussão geral, julgará o recurso ou pedirá dia para seu julgamento, após vista ao Procurador-Geral, se necessária; negada a existência, formalizará e subscreverá decisão de recusa do recurso.”]. Ao encaminhar o processo à Presidência, informara, ainda, que vem lançando sempre, de forma expressa, as razões de seus votos no Plenário Virtual, e propusera que, caso se persistisse na desnecessidade de cada qual justificar sua óptica, que se registrasse a fundamentação consignada por aquele que capitaneara a corrente vencedora. Considerando ser preciso uniformizar o procedimento de votação no Plenário Virtual, apontou-se a dificuldade surgida, pela sistemática atual de votação, quando o Ministro que diverge do relator deixa de encaminhar aos demais os fundamentos de sua manifestação e essa manifestação divergente resulta vencedora, visto que não há registro das razões da divergência e, segundo disciplinado no RISTF, o relator, ainda que vencido, permanece responsável por lavrar o acórdão. Em seguida, determinou-se o encaminhamento do presente recurso extraordinário ao Min. Menezes Direito, primeiro que divergira do relator, para os fins propostos na questão de ordem, e julgou-se prejudicado o pedido de reconsideração. Vencido o Min. Menezes Direito que entendia não haver necessidade de o primeiro a votar na divergência, desde logo, mandar sua manifestação, mas somente ao final da votação, no caso de prevalência desse voto divergente. RE 559994 QO/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 26.3.2009. (RE-559994)

com matérias idênticas as já submetidas ao STF, mas ainda não definidas, bem como de considerar prejudicados todos aqueles que versem sobre matéria em que o STF entendeu ausente a repercussão geral.

Outro ponto relevante é a possibilidade de que o Presidente do Tribunal *a quo* possa, no caso de multiplicidade de recursos fundamento em idêntica controvérsia, fazer uma seleção por amostragem, enviando ao STF apenas aquele(s) recurso(s) que seja(m) mais representativo(s).³⁶ Mesmo tratamento, deverá ser dado aos agravos que visarem reverter decisão dos Tribunais *a quo* quanto à inadmissão do recurso extraordinário (328-A, § 2º RISTF).

As decisões sobre repercussão geral deverão ganhar ampla divulgação e atualização no sítio eletrônico do STF (art. 329 RISTF), de modo a formarem verdadeiros pontos de referência sobre a admissibilidade ou não dos recursos a partir de súmulas impeditivas de recursos.

Importante, então, é a iniciativa de autorizar a participação de terceiros, na condição de *amicus curiae* na fase de apreciação do recurso. Sua participação tanto pode ser com a oferta de pareceres à favor ou contra a admissibilidade da matéria. Todavia, é curioso que o controle dessa participação se faça exclusivamente e de modo irrecorrível pelo Ministro Relator (art. 323, § 2º RISTF).

3.3 ARGUIÇÃO DE RELEVÂNCIA, ARGUIÇÃO DE TRANSCENDÊNCIA E REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL: APENAS UMA TROCA DE ETIQUETAS?

É bastante comum a afirmação de que a *arguição de transcendência* e a *arguição de repercussão geral* são *espécies modificadas* da antiga *arguição de relevância* prevista no curso do Regime Militar, de modo que o mesmo raciocínio jurídico aplicado nessa também valeria para versões atuais. Mas será que tal afirmação encontra correspondência teórica? Será que o modelo da *arguição de relevância* pode ser tomado como base para os outros dois institutos?

Dessa forma, a fim de tentar encontrar uma resposta para as questões acima, deve-se perquirir o instituto da *arguição de relevância* para, só depois, confrontar com os outros dois institutos.

A *arguição de relevância da questão federal* – ou apenas *arguição de relevância*, como ficou mais conhecida – foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro como medida capaz de reduzir o volume de recursos extraordinários dirigidos para o Supremo Tribunal Federal (STF), que, conforme estatística apresentada por Baptista,³⁷ representava 80% dos feitos submetidos àquele tribunal.

³⁶ Aqui fica clara a deturpação do regramento constitucional: ao passo que o texto do art. 103-A da CR/88, considerava a análise caso a caso do requisito de admissibilidade da repercussão geral, o art. 534-B do CPC e o art. 328 RISTF falam em julgamento por amostragem, de modo que a decisão para um caso, passa a ter validade para outros que ainda aguardam o julgamento.

³⁷ BAPTISTA, N. Doreste. *Da arguição de relevância no recurso extraordinário*, p. 31.

Muitos juristas³⁸ alegam tratar-se de uma tentativa de importar, com adaptações, a figura do *writ of certiorari* do Direito norte-americano. Conforme fixado na *Rule 10* da Suprema Corte,³⁹ exige-se, para o conhecimento do recurso, a demonstração de importantes e especiais razões⁴⁰ que serão avaliadas pela Corte, de modo que não se trataria de um direito à revisão da decisão anterior. O *Justice* Frankfurter sintetiza a questão dizendo que o caso que chega à Suprema Corte é o caso que a Corte permite chegar a ela.⁴¹ Todavia, muitos autores, em suas pesquisas, buscam demonstrar a existência de uma racionalidade prática inerente à atividade,⁴² o que demonstra que a questão não é pacífica e mereceria uma análise pormenorizada, que escaparia aos propósitos do presente estudo. Dessa forma, apenas se pretendeu demonstrar que a afirmação de que os magistrados da Suprema Corte detêm um poder discricionário para a seleção de casos não constitui senso comum, mesmo para os juristas norte-americanos, quanto a sua aplicação prática ou, ainda, quanto à legitimidade dos *Justices* para tal seleção.⁴³

Mesmo assim, a discussão norte-americana é importante para explicar como os diversos autores consideram a relevância (o que se repete com a transcendência e a repercussão geral) à luz de *argumentos políticos* e não jurídicos. Essa é a tese endossada por diversos juristas, inclusive nacionais, bem como por membros da magistratura, com destaque para os ex-Ministros Moreira Alves e Sydney Sanches.⁴⁴ Como consequência da natureza política, decorreria o critério de conveniência, que fundamentaria a possibilidade de discricionariedade na seleção das causas.

³⁸ Dentre alguns, pode-se mencionar o pensamento de André Ramos Tavares (*A repercussão geral no recurso extraordinário*, p. 212-213): “O Pretório Excelso adotou, pois, a referida solução [a arguição de relevância], de cunho extremamente restritivo e discricionário, espelhando-se no modelo norte-americano do *writ of certiorari* (próprio de um sistema jurídico-judicial, como o brasileiro, que admite o controle difuso-concreto da constitucionalidade, preenchendo as atribuições do tribunal superior, em sua maioria, mediante o formato recursal de provocação)”.

³⁹ A *Rule 10* estabelece o cabimento de recurso quando: “(c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law which has not been but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court”. A *Rule 19* complementa: “a review on writ of certiorari is not a matter of right, but of sound judicial discretion, and will be granted only where there are special and important reasons therefore”.

⁴⁰ Muito se questiona sobre a natureza das razões que motivam a escolha de um caso determinado e não de outro. Para Tribe (*American Constitutional Law*, p. 22), seriam considerações de ordem política e de prudência que guiariam as escolhas da Corte. Segal e Spaeth (*The Supreme Court and the Attitudinal Mode*), por sua vez, alegam tratar-se de decisões ligadas às preferências políticas pessoais de cada *justice*.

⁴¹ *Apud* TAVARES, André Ramos. *Recurso Extraordinário: modificações, perspectivas e propostas*, p. 54.

⁴² Fallon Jr. (*Foreword: Implementing the Constitution - The Supreme Court 1996 Term*) irá desenvolver um minucioso ensaio sobre a aplicação das normas constitucionais por parte da Suprema Corte norte-americana. Para tanto, ele apresenta uma teoria que sistematiza os *testes* utilizados pela Corte para selecionar e solucionar os casos que lhe são apresentados, dividindo esses casos em dois grupos: casos comuns, que podem ser resolvidos apenas através da aplicação de uma moldura de possibilidades fixadas em casos anteriormente decididos; e casos extraordinários, que demandam uma análise nova das questões principiológicas envolvidas no caso.

⁴³ Essa é a posição defendida por Ronald Dworkin, que combate a tese da discricionariedade na atividade jurisdicional, além de defender que questões ligadas a argumentos de política (*policy*) não podem se sobrepor a argumentos de princípio (direitos).

⁴⁴ SANCHES, Sydney. Arguição de relevância da questão federal, p. 259.

Por meio da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, o STF adquiriu competência para indicar, no seu Regimento Interno, as causas a serem julgadas em grau de recurso extraordinário por negativa de vigência de tratado ou lei federal (1) ou, ainda, por dissídio jurisprudencial (2); podendo assim limitar sua atenção ao julgamento de causas que considerava relevantes devido à sua natureza, espécie ou valor pecuniário; diminuindo, em tese, o volume de demanda a que estava submetido.⁴⁵

A Emenda Regimental n. 3/75 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) cuidou do assunto, ao fixar as causas que, em princípio, não seriam examinadas pelo Tribunal:

Art. 308. Salvo nos casos de ofensa à Constituição ou relevância da questão federal, não caberá recurso extraordinário, a que alude o seu artigo 119, parágrafo único [da EC n. 1/69], das decisões proferidas:

I. nos processos por crime ou contravenção a que não sejam cominadas penas de multa, prisão simples ou detenção, isoladas, alternadas ou acumuladas, bem como as medidas de segurança com eles relacionadas;

II. nos habeas corpus, quando não trancarem a ação penal, não lhe impedirem a instauração ou a renovação, nem declararem a extinção da punibilidade;

III. nos mandados de segurança, quando não julgarem o mérito;

IV. nos litígios decorrentes:

a) de acidente do trabalho;

b) das relações de trabalho mencionadas no artigo 110 da Constituição;

c) da previdência social;

d) da relação estatutária de serviço público, quando não for discutido o direito à constituição ou subsistência da própria relação jurídica fundamental;

V. nas ações possessórias, nas de consignação em pagamento, nas relativas à locação, nos procedimentos sumaríssimos e nos processos cautelares;

VI. nas execuções por título judicial;

VII. sobre extinção do processo, sem julgamento do mérito, quando não obstarem a que o autor intente de novo a ação;

VIII. nas causas cujo valor, declarado na petição inicial, ainda que para efeitos fiscais, ou determinado pelo juiz, se aquele for inexato ou desobediente aos critérios legais, não exceda de 100 vezes o maior salário-mínimo vigente no País, na data do seu ajuizamento, quando uniformes as decisões das instâncias ordinárias; e de 50, quando entre elas tenha havido divergência, ou se trate de ação sujeita à instância única.

Dessa forma, o critério da relevância atuava como um *elemento positivo* sobre o juízo de admissibilidade recursal, isto é, as matérias acima apresentadas já estavam *a priori* excluídas da

⁴⁵ À época da Emenda Constitucional n. 1, o Min. Aliomar Baleeiro lembrou que tal redução, no caso do Direito norte-americano, deveria ser feita por meio do Congresso, não pela Suprema Corte. Mas o autor considerou que a solução brasileira era mais inovadora, por estar dando maior independência ao Judiciário, até por que, com isso, estar-se-ia livrando o Tribunal do “inconveniente diálogo” com o Legislativo, tão volúvel às convicções políticas.

apreciação pelo STF, sendo que tal pressuposição de irrelevância somente deveria ser derrubada argumentativamente, situação essa que levaria a um julgamento a parte – secreto e sem qualquer motivação –, no qual se verificaria a sua ocorrência. Todavia, o que se pode entender como *questão federal relevante*? Tomando o exemplo do Direito norte-americano, conforme estudo do Min. Victor Nunes Leal,⁴⁶ esclarece Baptista:

[...] a relevância, para esse efeito, será apurada especialmente do ponto de vista do interesse público. Em princípio, qualquer problema de aplicação da lei é de interesse público. Mas, na prática, muitas questões têm repercussão limitada às partes, ou a pequeno número de casos, e há problemas legais cujas conseqüências são muito reduzidas, mesmo para as partes, servindo antes como pretexto para manobras protelatórias ou que visam a subtrair o mérito do litígio ao direito aplicável. Muitas controvérsias sobre o direito processual estão compreendidas nesta última hipótese.⁴⁷

Assim, o artifício da relevância seria um mecanismo hábil, não somente para afastar causas de menor importância à luz do interesse público, bem como capaz de restabelecer a posição de origem do Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula do Poder Judiciário – razão pela qual não se poderia perder tempo com demanda de menor importância.⁴⁸ A cúpula do Judiciário brasileiro, portanto, deveria estar desimpedida para exercer sua função de controle e uniformização da interpretação do direito constitucional e federal.⁴⁹ Para tanto, se fazia necessária a introdução de um mecanismo capaz de ampliar a *esfera de discricionariedade* dos julgadores. Segundo os defensores dessa tese, a discricionariedade é condição essencial para o exercício da atividade jurisdicional.⁵⁰

Lembra Tavares⁵¹ que a Emenda Regimental n. 3/75 teve sua constitucionalidade posta em dúvida, uma vez que alguns autores consideravam que “o permissivo constitucional que demandava norma regimental jamais se referiu à *relevância* da questão (suscitada no processo) como critério

⁴⁶ Trata-se dos estudos de STERN & GRESSMANN. *Supreme court practice*, apud NUNES LEAL, Victor. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo. v. VI. p. 17.

⁴⁷ BAPTISTA, N. Doreste. *Da argüição de relevância no recurso extraordinário*, p. 35.

⁴⁸ Ora, com essa leitura, pode-se perceber a compreensão dicotômica tão naturalmente presente no paradigma do Estado Social, no qual o público (sinônimo de estatal) adquire relevância sob o individual (provindo da sociedade).

⁴⁹ Importante lembrar que apenas após a Constituição da República de 1988 se deu a criação do Superior Tribunal de Justiça, integrando o quadro dos Tribunais Superiores e recebendo a competência para apreciação das questões relativas à legislação infraconstitucional, tendo como via recursal para tanto o instituto do *recurso especial* (art.105, CR/88). Mesmo assim, à luz do paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, ainda se pode indagar se esse entendimento é adequado.

⁵⁰ Afirma Iduna Weinert Abreu (*A argüição de relevância da questão federal*, p.170): “A discricionariedade, dentro dos limites da lei, é uma das prerrogativas da função jurisdicional; foi, justamente, no sentido de consolidá-la, na exata medida em que deve ser atribuída aos seus pares, que o Supremo Tribunal Federal, ao elaborar a emenda Regimental n. 3, introduziu o requisito da ‘relevância da questão federal’, elemento de natureza subjetiva das causas e destinado a funcionar como válvula de escape aos casos de não cabimento do recurso extraordinário de que tratem as letras *a* e *d* do inciso III do art. 119 da Constituição Federal”.

⁵¹ TAVARES, André Ramos. *Recurso Extraordinário: modificações, perspectivas e propostas*, p. 214.

(exigência) válido a ser considerado pelo regimento, mas apenas aos três referidos (natureza, espécie ou valor)”. É, por isso, que, com a Emenda Constitucional n. 7/77, foi dada uma nova redação à CR/69, de modo a incluir explicitamente a expressão “arguição de relevância” e a fortalecer ainda mais a tese da discricionariedade para conhecimento das matérias veiculadas em sede de recurso extraordinário, colocando um ponto nessa questão.

Todavia, a partir da Emenda Regimental n. 2/85 ao RISTF, operou-se uma mudança no instituto “[...] *em vez de elencar as hipóteses em que, ressalvada a demonstração de relevância, não caberia recursos extraordinários, preferiu enumerar quais as causas que comportariam os recursos extraordinários, sendo que, para as demais, só demonstrada a relevância da questão federal*”.⁵² A redação do art. 325 ficou, então, da seguinte forma:

Art. 325. Nas hipóteses das alíneas "a" e "d" do inciso III do art. 119 da Constituição Federal, cabe recurso extraordinário:

- I. nos casos de ofensa à Constituição Federal;*
- II. nos casos de divergência com a Súmula do Supremo Tribunal Federal;*
- III. nos processos por crime a que seja cominada pena de reclusão;*
- IV. nas revisões criminais dos processos de que trata o inciso anterior;*
- V. nas ações relativas à nacionalidade e aos direitos políticos;*
- VI. nos mandados de segurança julgados originariamente por Tribunal Federal ou Estadual, em matéria de mérito;*
- VII. nas ações populares;*
- VIII. nas ações relativas ao exercício de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, bem como às garantias da magistratura;*
- IX. nas ações relativas ao estado das pessoas, em matéria de mérito;*
- X. nas ações rescisórias, quando julgadas procedentes em questão de direito material;*
- XI. em todos os demais feitos, quando reconhecida a relevância da questão federal.*

Assim, nas hipóteses previstas acima, no inciso XI, a relevância estaria *pressuposta*. Mas o critério, ainda assim, continuava obscuro: ainda não era possível compreender com clareza o que significava *relevância da questão federal*, o que mantinha a principal crítica ao instituto. Procurando saná-las, o art. 327 do RISTF procurou explicitar o conceito:

Art. 327. [...]

§ 1º Entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal (grifos nossos).

⁵² MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O critério de transcendência nos recursos de revista*, p. 50.

Interessante notar que o dispositivo citado parece realmente ter servido de inspiração para o instituto da transcendência ou da repercussão geral. Todavia, os novos institutos olvidaram-se da possibilidade de autorização para interposição de recursos de revista quando o caso apresentar aspectos morais.

Mesmo assim, as críticas sobre o que pode ser considerado como aspectos relevantes de ordem jurídica, econômica, política ou social – já discutidas no tópico anterior em face da análise da transcendência – se repetem, pois todos esses requisitos nada mais faziam do que reforçar a posição assumida pelo Min. Nunes Leal, para quem a relevância poderia se resumir na demonstração de que a questão não estava restrita ao interesse das partes litigiosas, adquirindo importância, principalmente, para o público. Mas, como tal compreensão de público é por demais *elástica*, o magistrado acabava por reconhecer que a questão deveria ficar ligada ao subjetivismo dos julgadores, haja vista que tal condição seria atividade intrínseca à “função de julgar”.⁵³

Sobre seu processamento, Martins Filho⁵⁴ explica que a arguição deveria se dar em capítulo separado da peça recursal ou em instrumento separado, em autos apartados (art. 327). Como ônus processual, caberia ao arguente o pagamento das custas e despesas na formação do instrumento e remessa e retorno do mesmo ao STF.⁵⁵ Antes da sessão, os ministros receberiam um extrato e a arguição seria acolhida se, pelo menos, *quatro* deles se mostrassem favoráveis (art. 328, §5º, VIII). Uma ata seria publicada para ciência das partes, nela constando quais arguições foram acolhidas e quais foram rejeitadas. Todavia, a decisão seria irrecorrível (art. 328, §5º, VII e VIII) e não apresentaria qualquer fundamentação ou mesmo motivação. Sobre esse último aspecto, basta lembrar que, no entendimento do Tribunal, bem como no de grande parte dos juristas, a questão era de natureza política e, por isso mesmo, tratava-se de uma *seção administrativa*, não jurisdicional.⁵⁶ Logo, afirmavam que não havia qualquer exigência normativa para que a mesma fosse feita de maneira pública. É importante ressaltar que o acolhimento da arguição em nada significaria o conhecimento do recurso extraordinário; ainda caberia ao relator verificar a presença dos pressupostos genéricos e específicos de admissibilidade do recurso.

Além do mais, uma razão pragmática justificava a ausência de fundamentação das decisões, pois, se: “[...] a decisão tivesse de ser fundamentada, estaríamos ampliando consideravelmente o número de sessões plenárias do Tribunal, que já são duas por semana. E a avalanche de processos continuaria invencível”.⁵⁷ A solução foi a implantação de *verbetes* quando se acolhesse, na decisão, a arguição de

⁵³ Tal posição é retratada por Martins Filho (*O critério de transcendência nos recursos de revista*, p. 50-51) a partir do ensaio Nunes Leal (*O requisito da relevância para redução dos encargos do Supremo Tribunal*, p. 17).

⁵⁴ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O critério de transcendência nos recursos de revista*, p. 51.

⁵⁵ LAMY, Eduardo de Avelar. *Repercussão geral no recurso extraordinário*, p. 169.

⁵⁶ SANCHES, Sydney. Arguição de relevância da questão federal, p. 260.

⁵⁷ SANCHES, Sydney. Arguição de relevância da questão federal, p. 260.

relevância. E acrescenta o Min. Sydney Sanches, em um tom bastante queixoso: “E estes já atingem várias dezenas, permitindo, por sua abrangência, o acesso de recursos extraordinários, pelas letras ‘a’ e ‘d’, em milhares de causas”.⁵⁸ Fato é que esses verbetes passaram a funcionar de maneira bem semelhante a enunciados produzidos pelo Tribunal.

Todavia, a realidade mostra-se bem mais complexa que a racionalidade humana consegue abarcar. Mais uma vez o aprendizado histórico do primeiro paradigma moderno se fez presente, as situações concretas, presentes na prática social, são por demais ricas, de modo que se mostra impossível ao legislador – o que se aplica também ao Tribunal – conseguir prever todas as hipóteses de aplicação de uma norma. Como consequência, tem-se a frustrante declaração do Min. Sanches: “Anoto que, praticamente, em cada sessão surge um verbete novo, que, mediante acolhimento de arguição de relevância, permite o acesso de novas dezenas ou centenas de recursos extraordinários. [...] Devo admitir que o sistema encontrado não é o ideal”.⁵⁹

Ora, a inclusão da arguição de relevância acabou por prejudicar a própria finalidade que é atribuída ao recurso extraordinário – a uniformização da aplicação do Direito (constitucional, mas também, à época, do direito federal). Ainda, a razão pragmática que embasou a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro se mostrou ineficaz: a prática da arguição de relevância que deveria limitar o número de recursos a fim de desafogar o Tribunal acabou servindo – através da prática dos verbetes – de razão para a manutenção de sua situação de calamidade, na visão do Min. Sanches. Logo, é a mesma razão instrumental – cálculo utilitarista, como desmascarado por Gouvêa *et al.*⁶⁰ – que pode ser usada como argumento para negar tal mecanismo e, mais forte ainda, contra seu retorno ou de mecanismo similar.

Esse quadro também foi importante para confirmar que a ideia de “crise do Supremo Tribunal Federal” – e também do Poder Judiciário como um todo – é mais uma questão *ideológica* que necessariamente factual. Não há que se falar em crise, se a situação se reflete como uma constante.

O pessimismo e as queixas em relação ao acúmulo de trabalho permaneceram ao longo de toda existência da arguição de relevância como requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário, mesmo com as estatísticas “positivas”. Segundo essas estatísticas – fornecidas por um de seus mais combativos defensores, o Min. Martins Filho⁶¹ – apenas 5% das arguições interpostas chegaram a ser acolhidas, sendo que 20% foram rejeitas por defeito no instrumento.⁶²

⁵⁸ SANCHES, Sydney. Arguição de relevância da questão federal, p. 260-261.

⁵⁹ SANCHES, Sydney. Arguição de relevância da questão federal, p. 262.

⁶⁰ GOUVÊA, Ligia Maria Teixeira. WRONSKI, Ana Paula Volpato. VILLAR, Gustavo Gouvêa. *Recurso de Revista sob o Enfoque da Transcendência*, p. 147.

⁶¹ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O critério de transcendência nos recursos de revista*, p. 51.

⁶² Para os defensores da arguição de relevância, essa seria a principal causa da indignação proveniente da classe dos advogados, não os problemas ligados à discricionariedade ou qualquer outra crítica de fundo teórico.

Mesmo com as críticas, esse sistema funcionou até a CR/88, uma vez que a atual Constituição não consagrou o instituto, nem mesmo outro similar. Todavia, tem-se um quadro bem diferente a partir da Emenda Constitucional n.45/2004, que introduz um novo mecanismo na sistemática do recurso extraordinário: a repercussão geral.

Dois aspectos devem ser, no entanto, colocados em evidência desde já: (1) a exigência de lei para regulamentação da questão e, principalmente, (2) o processo de seleção das causas, que se dá por um sistema de rejeição – a demonstrar que, via de regra, toda causa seria, pelo menos à primeira vista, relevante – sendo que seria necessário o voto de pelo menos 2/3 dos magistrados do Tribunal para o não conhecimento do recurso extraordinário. Mesmo não havendo exigência expressa de fundamentação da decisão que não conhece do recurso extraordinário, a determinação constitucional que afirma ser nula se desprovida de fundamentação é aplicável, *prima face*, ao caso (art. 93, IX, CR/88) como consectário do princípio do devido processo, sendo uma diferença em relação ao que ocorria no regime da arguição de relevância.

Todavia, esses aspectos parecem passar em branco na análise de diversos juristas, que continuam a afirmar uma equivalência entre o instituto e a arguição de relevância, igualando ainda a mesma à arguição de transcendência.

3.4 QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES?⁶³

Em que pesem os argumentos apoiados em uma racionalidade instrumental, não se pode perder de vista a discussão normativa subjacente. Nesse sentido, Calmon de Passos⁶⁴ lembra que é preciso recolocar a questão no universo jurídico: “onde inexiste a possibilidade de recurso inexiste o devido processo legal”. Recursos existem como mecanismos de proteção contra erros no curso do processo de aplicação dos direitos e, por isso mesmo, representam condição para manutenção da legitimidade dos discursos legitimadores do provimento.

⁶³ Frase em latim do poeta romano Juvenal traduzida como "Quem vigia os vigias?". A mesma pergunta é proposta por Platão, em A República, quando descrevendo sua sociedade perfeita, designa a classe guardiã para proteger a cidade. A resposta de Platão para esta pergunta é de que os guardiões irão se proteger deles mesmos. Para tanto, nós devemos contar a eles uma "mentira carinhosa", que lhes dirá que eles são melhores do que os que eles servem, sendo, portanto, de suas responsabilidades guardar e proteger aqueles que são menos do que eles mesmos. Todavia, eles serão instigados a adotar um desgosto por poder ou privilégio, de modo que irão mandar porque acham ser correto, não porque desejam.

⁶⁴ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Da arguição de relevância no recurso extraordinário*, p. 13. Os recursos, como consectários do princípio do devido processo, constituem mecanismos para defesa de direitos, além de representarem condições discursivas e, por isso mesmo, não podem ceder aos argumentos utilitários (baseados em uma racionalidade de custo-benefício) sem prejuízo do princípio democrático.

Mas outro argumento – presente nos discursos de Calmon de Passos⁶⁵– se mostra igualmente importante: Kelsen demonstrou que uma norma jurídica protege um interesse particular, essa proteção, por si só, já constitui um interesse público. Por outro lado, lembra o processualista baiano:

*[...] com referência a cada norma de Direito Administrativo ou Penal, tipicamente ramos do Direito Público, pode-se determinar a existência de um interesse particular cuja proteção é objeto da norma. Todo preceito jurídico, por conseguinte, é expressão de um interesse público e protege um interesse particular.*⁶⁶

E prossegue

Se toda má aplicação do direito representa gravame ao interesse público na justiça do caso concreto (único modo de se assegurar a efetividade do ordenamento jurídico), não há como se dizer irrelevante a decisão em que isso ocorre.

A questão federal só é irrelevante quando não resulta violência à inteireza e à efetividade da lei federal. Fora isso, será navegar no mar incerto do “mais ou menos”, ao sabor dos ventos e segundo a vontade dos deuses que geram os ventos nos céus dos homens.

*Logo, volta-se ao ponto inicial. Quando se nega vigência à lei federal ou quando se lhe dá interpretação incompatível, atinge-se a lei federal de modo relevante e é do interesse público afastar esta ofensa ao Direito individual, por constituir também uma ofensa ao Direito objetivo, donde ser relevante a questão que configura.*⁶⁷

Logo, mostra-se problemática a visão estanque entre interesse público e interesse privado. Aqui, já na argumentação de Calmon de Passos, tem-se que essa relação não pode ser reduzida em sua complexidade a um jogo de contrários, chamando para si a necessidade de repensá-la.

A exigência de integridade do Direito, lançada por Ronald Dworkin,⁶⁸ pode lançar uma nova proposta de interpretação para a questão, bem como uma (re)leitura das arguições de repercussão geral ou de transcendência: a referida exigência de “transcendência” ou de “repercussão geral” traduz-se na necessidade de articular, no *iter* processual, de maneira discursiva (lógico-argumentativa), os pressupostos da integridade. Assim, a condição de conhecimento desses recursos permanece como *questão interna ao Direito*, sem nenhum apelo para o plano meta-jurídico, de modo que o que se exige é a demonstração de que a argumentação sustentada pelo recorrente se integra – tal qual um capítulo do romancista da obra coletiva dworkiana – à história institucional daquela sociedade, fornecendo a melhor proposta de interpretação daquele direito.

⁶⁵ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Da arguição de relevância no recurso extraordinário*, p. 15.

⁶⁶ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Da arguição de relevância no recurso extraordinário*, p. 15.

⁶⁷ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Da arguição de relevância no recurso extraordinário*, p. 16.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*.

É apenas desse modo que os Tribunais Superiores podem, no marco do paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, assumir devidamente o seu papel, já que eles não mais podem funcionar como oráculos, que misteriosamente fornecem solução para uma sociedade consumidora; mas o inverso: eles se transformam em um local de discussão pública da questão jurídica, que não fica imune às críticas que podem provir da sociedade.

Por isso, os dois fundamentos dos recursos para Tribunais Superiores apontados pela dogmática jurídica tradicional – a proteção do ordenamento jurídico (em nível constitucional e infraconstitucional) e a garantia de uniformização na aplicação e na interpretação do Direito – representam, para Dworkin, a mesma coisa: um dever de toda a comunidade em face do *atendimento* à integridade do Direito e de sua *observância*. O Direito somente se encontrará protegido, se lido a partir de uma teoria que busque compreendê-lo sempre à sua melhor luz – isto é, consciente de sua dimensão histórica; sem, contudo, hipostasiá-lo no passado, nem tratá-lo como metas coletivas a serviço de uma parcela da sociedade – mas como um conjunto coerente de princípios.

Há ainda mais um ponto importante: um caso levado a julgamento, conforme o pensamento de Dworkin, por si só ultrapassa o âmbito dos sujeitos individuais envolvidos. Uma decisão “correta” lança luzes para toda a história institucional, de modo que há uma dupla exigência envolvida na questão: de maneira *imediate*, a questão da justiça da decisão atrai as partes litigantes para o debate jurídico que se desenvolve em torno do caso concreto; por outro lado, de forma *mediate*, decisão “correta” assume-se como um capítulo da história institucional dos direitos. Sob esse prisma, parece que se pode colocar a discussão sobre o atendimento do interesse público como condição para o atendimento do interesse privado em uma nova perspectiva,⁶⁹ que não mais os compreenda como opostos, mas integrados em uma mesma teoria política.

É, por isso, que a “transcendência” ou a “repercussão geral” não podem ser satisfatoriamente considerados como requisitos de admissibilidade recursal específicos. Apoiando-se na posição defendida por Barbosa Moreira,⁷⁰ a distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito recursal deve ser levada em consideração. Destarte, o primeiro grupo apenas deveria conter os chamados *pressupostos extrínsecos* (tempestividade, preparo, regularidade formal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer), sob pena de dissolver essa separação, o que geraria consequências importantes, uma vez que qualquer outra análise necessariamente acaba por adentrar na discussão sobre o mérito recursal.

⁶⁹ Através de uma reconstrução espelhada na realizada por Dworkin (2001b; 2005:162) com os princípios da igualdade e da liberdade, pode-se compreender melhor a interligação entre interesses público e privado. Todavia, esse ponto não será explorado aqui, até porque a discussão será conduzida sob o prisma da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia de Habermas.

⁷⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Juízo da admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial*, p. 166.

Logo, sob um prisma normativo, tanto a “transcendência” quanto a “repercussão geral” podem ser compreendidas como uma questão interna à própria pretensão recursal, bem como conectada a toda e qualquer pretensão jurídica levada a cabo pelas partes processuais. Uma leitura procedimental percebe que a ausência de demonstração de tais requisitos acarreta um *juízo de mérito negando tal pretensão*. Nesse sentido, o que seriam “inovações” capazes de fornecer respostas ao problema da “crise do Judiciário”, na verdade, em nada contribui para sua solução, representando mais uma repetição desnecessária dos requisitos recursais já exigidos na Constituição da República para o recurso extraordinário e na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) para o recurso de revista.

Já partir de Habermas,⁷¹ é possível compreender que a estrutura presente nas normas processuais é capaz de compensar as condições comunicativas, garantindo a formação de um provimento (legislativo, administrativo ou jurisdicional) legítimo. A exigência normativa de imparcialidade, então, pode-se despersonalizar através de uma separação entre discursos de justificação normativa e discursos de aplicação do Direito.

Nos discursos de justificação, explicados no tópico anterior, busca-se chegar à normas válidas, por meio do reconhecimento de que tais normas podem encontrar aceitação racional por todos os atores sociais.

Diferentemente, nos discursos de aplicação, a tentativa é de alcançar a norma adequada conforme as particularidades do caso concreto específico. Para tanto, deve-se desenvolver uma interpretação coerente do sistema jurídico, o que significa compreender o Direito à luz de princípios, ao invés de somente regras. Assim, os processos de aplicação judicial do Direito devem correlacionar as perspectivas concretas das partes com as normas *prima facie* aplicáveis, frutos de discursos de justificação, a fim de que seja possível identificar os traços e sinais individualizadores de cada situação concreta de aplicação.

Nesse sentido, traça-se uma linha que liga os participantes do processo e os demais membros da comunidade. Assim, um processo judicial revela uma dimensão que, por si só, ultrapassa os limites de uma situação específica, que, segundo a dogmática tradicional, estaria representando apenas o interesse particular das partes envolvidas.⁷² Os discursos de aplicação servem-se de normas já fixadas nos discursos de justificação. Logo, para serem consideradas normas, devem passar pelo teste de universalização, o que significa que todo direito, por mais individualista que seja sua leitura, expressa um interesse compartilhado por *toda a* sociedade e, por isso mesmo, uma materialização do *interesse público*.

⁷¹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, p. 306.

⁷² HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, p. 300.

Além do mais, Habermas adverte que, nos discursos de aplicação do Direito, o atendimento ao interesse de todos os possíveis afetados deve ficar para segundo plano, cedendo lugar para a busca da norma mais adequada a partir da reconstrução do caso concreto. Em razão disso, a reconstrução da situação de aplicação, que ocorre em simétrica paridade com as partes processuais, ganha relevo. As visões de mundo destas entrecruzam-se com descrições de estados de coisas impregnadas normativamente cuja validade é pressuposta.

Dessa forma, o regresso ao discurso de justificação representa uma via fechada em suas múltiplas formas. Nem as partes nem o juiz podem ocupar o lugar dos debatedores daquele discurso: as partes, em razão do conflito de interesse, são incapazes de assumir uma perspectiva que leve à troca recíproca de papéis;⁷³ o juiz, que desempenha um papel de terceiro em relação ao conflito, apenas atua como um *representante* do sistema jurídico, cujo titular é a sociedade. Por isso, a ele não é dada a possibilidade de negar validade às normas previamente fixadas como tal pela sociedade, muito menos de apresentar novas razões, quer de maneira supletiva, quer de maneira concorrente.⁷⁴

Todavia, o público não fica excluído totalmente da questão. Uma vez que a decisão não é *apenas* para as partes – no sentido de que, ao desenvolver uma compreensão dos direitos que se integram em um mesmo sistema coerente – ela volta-se para o resto da comunidade, que pode assumir uma importante participação – para além da sua representação pelo juiz – através da *crítica pública da decisão*, a qual lembra aos magistrados que são apenas representantes de um Direito que pertence a toda a sociedade, e não o seu agente materializador, como pode transparecer em Dworkin.⁷⁵ Portanto, em todo julgamento, deve-se buscar reconstruir as situações características e particulares dos casos para determinar a norma adequada dentre uma constelação de outras *prima facie* aplicáveis. Ao magistrado cabe somente fundamentar suas decisões com base em razões normativamente justificáveis – os argumentos de princípio, para usar a expressão de Dworkin. Também em Habermas, a aplicação judicial do Direito norteia-se pela “decisão correta”, o que exclui a possibilidade de decisão discricionária ou de qualquer atividade legislativa supletiva ou concorrente pelo Judiciário.

No caso dos julgamentos envolvendo os recursos destinados aos Tribunais Superiores, as considerações feitas acima não podem ser olvidadas. Esses Tribunais, segundo Habermas,⁷⁶ transformam-se em locais de discussão acerca das pretensões jurídicas em face de casos concretos,

⁷³ GÜNTHER, Klaus. *Legal adjudication and democracy: some remarks on Dworkin and Habermas*, p. 49.

⁷⁴ GÜNTHER, Klaus. *Legal adjudication and democracy: some remarks on Dworkin and Habermas*, p. 50.

⁷⁵ “The participants who play the role of the third party can only *represent* the system of all valid norms which all participants share *equally*. But they cannot deny the validity of any one of the norms which they represent who does not belong to the third party; that is, the discourse participant who is involved in the concrete case. As representatives of the valid norms, the participants who play the role of the third party can only argue about the coherent interpretations of the valid norms with regard to all relevant features of the case” (GÜNTHER, GÜNTHER, Klaus. *Legal adjudication and democracy: some remarks on Dworkin and Habermas*, p. 50, grifos no original).

⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, p. 309.

centralizando questões provindas da periferia – isto é, interpretações que as partes processuais fazem do Direito – e filtrando-as a fim de se construir um juízo de aplicação adequado a esses casos.

O direito ao recurso, qualquer que seja ele, para a Teoria Discursiva, está relacionado ao direito titularizado pela parte recorrente de obter uma decisão judicial “correta”, por meio da revisão de uma decisão anterior; mas também leva em conta a existência de um direito pertencente a toda a sociedade de ter um sistema eficaz de recursos, capaz de realizar tais correções. Esse direito geral ao recurso, ao associar-se ao direito processual da parte recorrente, expressa a exigência de igual consideração e respeito, no sentido de que pesa um interesse geral de que todos, nas mesmas situações, recebam igual tratamento.

Em face disso, tem-se negativa para os membros da dogmática tradicional, que vislumbram a possibilidade de se adotar um “processo objetivo” como forma de agilização dos julgamentos nesses Tribunais, pois a exclusão da participação das partes, com um fechamento apenas para as razões oriundas dos membros do Tribunal, denota uma situação de carência de legitimidade; desfigurando-se, pois, a própria função dos Tribunais Superiores em uma ordem democrática, haja vista a redução da correção normativa à mera necessidade funcional de se tomar uma decisão, qualquer que seja ela.

À luz dos pressupostos da teoria habermasiana, os Tribunais devem assegurar que as interpretações da Constituição – e da legislação – construam-se em um espaço processualizado, organizado a partir do modelo constitucional de processo, que determina inclusive a necessidade de fundamentação da decisão.

Contudo, ao que parece, a dogmática tradicional desconsidera que os recursos para Tribunais Superiores representam um prolongamento de um mesmo processo, iniciado na primeira instância, e que, portanto, trata-se de uma discussão sobre uma alegação de lesão ou ameaça de lesão a direito, a qual – para ser bem examinada, a fim de que se atinja uma “decisão correta” – exige um exame e uma discussão para determinar a norma mais adequada àquele caso. Também esquece que a figura do “caso igual” ou do “caso repetitivo” apenas pode existir se diante da figura da *coisa julgada* – repetição de uma questão jurídica sob a qual pesa decisão irrecorrível – ou da *litispêndência* – processos diferentes que apresentam mesmas partes, mesmo pedido e mesmas causas de pedir.

A partir desse prisma, a multiplicidade de propostas interpretativas de um direito, veiculada pelos diversos recursos apresentados aos Tribunais Superiores, não representa algo negativo. Primeiro, porque, como já afirmado, cada caso representa um evento único e, por isso, deve ser examinado à luz de suas particularidades, não podendo receber uma decisão *em bloco*, com demais casos distintos.

Ao contrário do que pesam e do que pensam alguns juristas tradicionais e ministros desses Tribunais, quanto maior a oportunidade de problematização, maior é o espaço para desenvolvimento de uma “cidadania ativa”.⁷⁷ Principalmente, porque a conclusão a qual se chega não é no sentido de que os

⁷⁷ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 247.

Tribunais Superiores funcionam como um “terceiro grau” de jurisdição, mas que os recursos a eles destinados apresentam uma importante função: assegurar a aplicação de normas adequadas aos casos concretos, de modo a sempre integrá-las num mesmo sistema coerente – o que, em termos dworkianos, visa à garantia de integridade do Direito.

Assim, também em Habermas, os recursos permitem que sejam produzidas novas respostas jurídicas, mantendo a expectativa de que essas sejam mais adequadas que as anteriores. As decisões proferidas no passado e no presente, então, não podem ser descartadas, pois indicam uma linha de raciocínio na compreensão de um direito e contribuem para uma leitura coerente.

A inclusão de um “novo” requisito de admissibilidade recursal, como a transcendência para o recurso de revista, ou a “repercussão geral” para o recurso extraordinário, mostra-se problemática à luz de uma compreensão procedimental do Direito. Aqui, não mais se pode defender a utilização de um mecanismo de seleção que poupe os Tribunais Superiores de “causas de menor importância”, já que toda causa lança luzes sobre a compreensão do sistema jurídico.

Sendo assim, todo direito, para ser considerado como tal, deve representar uma confluência de interesses de todos os membros da sociedade por meio de um discurso de justificação. Todavia, isso não é suficiente. Ainda é necessário que se proceda a uma compreensão do Direito a partir de um sistema coerente de normas *prima facie* aplicáveis – o que significava identificá-las como princípios.⁷⁸

Como afirmado, com base na teoria dworkiana, os dois fundamentos necessários para a interposição de um recurso para um Tribunal Superior apontados pela dogmática jurídica tradicional – a proteção do ordenamento jurídico (em nível constitucional e infraconstitucional) e a garantia de uniformização na aplicação e na interpretação do Direito – acabam adquirindo a mesma função também em Habermas: um direito apenas pode ser protegido se compreendido à luz de um sistema coerente de normas, isto é, como conjunto coerente princípios.

Por tanto, falar em “transcendência” ou em “repercussão geral” não pode nunca adquirir uma interpretação de que direitos estão ligados a pretensões privatísticas. Os direitos são construídos à luz de uma história institucional, abrindo um espaço argumentativo que não se desenvolve no vácuo, como já explicou Gadamer. Destarte, a exigência de demonstração da “transcendência” ou da “repercussão geral” apenas pode-se dar através da articulação, no *iter* processual, de maneira discursiva (lógico-argumentativa), de uma interpretação do direito pretendido à luz de um sistema coerente de normas.

⁷⁸ “Ahora bien, en los discursos de aplicación las perspectivas particulares de los participantes han de conservar simultáneamente la conexión con aquella estructura general de perspectivas, que en los discursos de fundamentación había estado tras las normas cuya validez se da ahora aquí por supuestas. De ahí que las interpretaciones de los casos particulares, que se hacen a la luz de un sistema coerente de normas, se vean remitidas a la forma de comunicación de un discurso que socioontológicamente está articulado de suerte que las perspectivas de los participantes y las perspectivas de los miembros no implicados de la comunidad jurídica, representados por un juez imparcial, se dejen transformar unas en otras” (HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, p. 300-301).

Mas, ao se proceder assim, pode-se constatar que a condição de conhecimento do recurso de revista e do recurso extraordinário permanece como *questão interna ao Direito*, haja vista a desnecessidade de qualquer apelo para o plano meta-jurídico, bem como a sua impossibilidade lógica, como lembra Günther.

Seguindo essa lógica, a “transcendência” ou a “repercussão geral” não podem ser satisfatoriamente consideradas como requisitos de admissibilidade recursal específicos. Novamente, valendo-se da posição defendida por Barbosa Moreira⁷⁹, a distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito recursal deve ser levada em consideração. Reafirma-se, portanto, que o primeiro grupo apenas apresenta os *pressupostos extrínsecos* (tempestividade, preparo, regularidade formal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer), sob pena de se proceder a uma dissolução dessa separação, correndo o risco de desconsiderar consequências importantes: qualquer outra análise, necessariamente, acaba por adentrar a discussão sobre o mérito recursal, prejudgando a causa.

Em conclusão, uma compreensão normativa leva a entender tanto a “transcendência” quanto a “repercussão geral” como questões internas à própria pretensão recursal; e, por isso mesmo, estão conectadas a toda e qualquer pretensão jurídica levada a cabo pelas partes processuais.

Uma leitura procedimental, então, percebe que a ausência de demonstração de tais requisitos acarreta um *juízo de mérito negando tal pretensão*, o que, nesse sentido, demonstra que tais “inovações” são incapazes de responder ao problema da “crise do Judiciário”. Em verdade, elas em nada contribuem, já que representam mais uma repetição desnecessária dos requisitos recursais já exigidos na Constituição da República para o recurso extraordinário e na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) para o recurso de revista.

Tal entendimento, então, mostra-se adequado ao paradigma procedimental do Direito, uma vez que alia a compreensão desses recursos como *via da defesa de direitos* à função *unificadora* desempenhada pelos Tribunais, ambas guiadas por uma interpretação coerente do Direito, capaz de gerar respostas adequadas aos casos concretos apresentados ao Judiciário. Logo, não se toma o público como oposto ao privado, mas apresentam-se ambas as esferas sob o prisma de uma relação de equiprimordialidade.

Como argumentado anteriormente, se levada a sério a dimensão pragmática da linguagem jurídica, não é possível *a priori*, por meio da legislação, identificar as causas que supostamente não interessariam ao resto da sociedade. Proceder assim equivaleria a ainda defender a possibilidade de se atingir, por meio do discurso de justificação, o ideal de uma norma perfeita. Todavia, Günther mostrou que isso é inalcançável; daí a necessidade de proceder-se a uma distinção entre os discursos de

⁷⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Juízo da admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial*.

justificação e de aplicação do Direito. Nesse sentido, é apenas no interior do discurso de aplicação que se poderia reconstruir uma norma, dotando-a de sentido. Logo, a separação individual/coletivo/difuso, defendida pela dogmática tradicional, cai por terra à luz das complexidades impostas pela linguagem. Tudo deve passar pelo fio da argumentação que será desenvolvida a partir do uso de razões capazes de gerar convencimento, com a participação daqueles que serão os destinatários de tais provimentos.

Finalizando, a defesa dos adeptos do movimento do “acesso à justiça”, então, deveria ser no sentido de buscar uma ampliação de todos os espaços procedimentais, para que haja condição de exercício de uma cidadania ativa – que preserve tanto sua autonomia privada quanto sua autonomia pública – e não apenas restrita ao primeiro grau de jurisdição. O cidadão tem direito de, por ele mesmo, atuar na busca pela defesa e proteção de seus direitos,⁸⁰ como exercício de sua autonomia privada. Para tanto, a garantia dos princípios processuais e uma compreensão acerca dos mesmos são fundamentais, bem como a existências de recursos que permitam ventilar o debate jurídico sobre a interpretação coerente de direitos.

4. NÚMEROS ATUAIS DA REPERCUSSÃO GERAL NO STF

Por fim, em atenção aos alarmantes dados que a repercussão geral apresenta desde 2007, em especial considerando a sistemática de análise apontada no tópico 3.2, tem-se que sua adoção para os recursos especiais se mostra, além de inadequada do ponto de vista teórico e principiológico, inviável sob um viés pragmático.

Consoante informado pelo próprio STF, em dados atualizados em 19/05/2019, desde 2007 o tribunal analisou a repercussão geral de 1.054 temas e a reconheceu em 712 (68,22% dos casos), havendo 6 temas em análise e 6 temas cancelados. Contudo, não conseguiu julgar os processos no tempo previsto em lei⁸¹: 395 recursos tiveram o mérito julgado e 317 ainda estavam pendentes no dia 19/05/2019.

Resultado: Mais de 1.400.000 processos sobrestados, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, aguardando decisões do STF em atendimento aos preceitos do art. 1.035, § 5º do CPC.⁸²

Para além da absoluta falta de controle sobre a atribuição de repercussão geral a temas que não apresentam a necessária *transcendentalidade*⁸³, enfrenta-se ainda o problema do *filtro oculto* de

⁸⁰ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Controle judicial difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos*, p. 355.

⁸¹ 1 ano, de acordo com o § 9º do art. 1.035 do CPC

⁸² Informações oficiais disponibilizadas pelo tribunal. Ver aqui: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=listas_rg

⁸³ Nas palavras de Luís Roberto Barroso e Frederico Montedonio Rego: “*O filtro da repercussão geral deve ser o primeiro a ser aplicado no exame dos recursos extraordinários, e não o último. Não é difícil demonstrar a pertinência deste argumento. Antes, porém, cabe registrar que esta inversão lógica é alimentada pelo próprio regimento interno do STF, que prevê a análise da repercussão geral apenas “quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão” (art. 323). Ou seja: inadvertidamente, o RISTF fomenta o exame prévio de outros requisitos, quando a relevância ou não da questão deve ser prejudicial a tudo o mais.* A

relevância, no qual os ministros selecionam os poucos casos que terão reconhecida repercussão geral, para fins de julgamento em plenário físico, e, em relação a praticamente todos os demais, em lugar de explicitar que o caso e a questão não tiveram a relevância reconhecida, Luís Roberto Barroso e Frederico Montedonio Rego ressaltam que o STF pratica a antiga e tradicional *jurisprudência defensiva* que se materializa em um de três clichês para negar seguimento a recurso extraordinário⁸⁴:

- a) a matéria é infraconstitucional;
- b) a solução do problema envolve matéria de fato ou revolvimento de provas;
- e
- c) a questão constitucional não foi adequadamente *prequestionada*.

Com efeito, ante ao abarrotamento de casos que alcançam o STF, recorre-se a uma análise periférica e superficial dos recursos submetidos à análise do tribunal.

Neste cenário, não é de se estranhar depoimentos dos ministros do Supremo apontando a urgente necessidade de se repensar o referido sistema de filtragem, tal como se verifica na fala do Ministro Fachin, o qual resalta que “*precisamos fazer uma releitura dessa década transcorrida e, quiçá, transformar nossa análise numa possibilidade normativa de retirada dos efeitos ou até mesmo de desafetação dos temas*”⁸⁵.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, propõe uma postura mais pragmática: “*Talvez a gente pudesse ter uma prática de assumir que determinadas matérias são constitucionais, mas não têm repercussão geral naquele momento*”⁸⁶

Destarte, evidenciada se mostra a insuficiência do referido requisito de admissibilidade adotado para os Recursos Extraordinários.

Contudo, para o absoluto espanto do operador do direito, eis que ganha coro a famigerada Proposta de Emenda à Constituição nº 209, de 2012, a qual tem por objeto a implementação de um § 1º no artigo 105 da CF/88, para fins de exigência de que o Recorrente, em sede de recurso especial,

consequência desta alteração da ordem natural das coisas é que o Tribunal consome boa parte do seu tempo e dos seus recursos humanos na análise de casos que não têm relevância, ou seja, que não passariam no teste da repercussão geral. A este propósito, o CPC/15 ajuda a tornar a relevância o critério preferencial, tirando o suporte da jurisprudência defensiva, ao dispor que o STF e o STJ poderão "desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave" (art. 1.029, § 3º). Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI274826,31047->

Como+salvar+a+repercussao+geralIdeias+simples+para+reverter+um

⁸⁴ Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI274826,31047->

Como+salvar+a+repercussao+geralIdeias+simples+para+reverter+um

⁸⁵ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/dez-anos-depois-repercussao-geral-mostra-sinais-esgotamento>

⁸⁶ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/dez-anos-depois-repercussao-geral-mostra-sinais-esgotamento>

demonstre a relevância das questões de direito infraconstitucional discutidas, somente podendo-se recusar a mesma pela manifestação de dois terços dos membros do órgão competente para julgamento.

Ou seja, na tentativa de minorar o volume de processos que chegam ao Superior Tribunal de Justiça via Recurso Especial, aposta-se no mecanismo de filtragem já fracassado no Supremo Tribunal Federal.

O americano Henry Louis Mencken, em frase popularizada no Brasil pelo ex-ministro da Fazenda Pedro Malan, sempre afirmou que "*para todo problema complexo existe sempre uma solução simples, elegante e completamente errada*". Pois bem. Na situação em análise, a velha máxima volta a se mostrar absolutamente verdadeira.

Vale ressaltar que, caso replique-se o referido requisito para a esfera dos Recursos Especiais, dado a infinidade de temáticas que são passíveis de análise pela via do recurso especial, ter-se-ia uma monstruosa majoração dos processos sobrestados até o julgamento dos referidos recursos, haja vista que, para se julgar o recurso seria necessário reconhecer sua repercussão geral, e, conseqüentemente afetar os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

Em outras palavras, o alarmante número de mais de 1.400.000 processos sobrestados aguardando julgamento de temas afetados pelo STF seria majorado exponencialmente, podendo-se gerar um verdadeiro travancamento do judiciário em todas as suas esferas.

Frise-se que, em um contexto no qual é notoriamente sabido que o tempo médio para o julgamento das repercussões gerais pode alcançar 12 anos⁸⁷, apostar no mesmo mecanismo de filtragem mostra-se, no mínimo, um total alheamento às mazelas do sistema processual.

5. CONCLUSÃO

Ante o exposto, torna-se clarividente que o uso da repercussão geral, tal como de técnicas análogas como a transcendência no recurso de revista, enquanto mecanismos com a finalidade de filtrar os recursos destinados aos Tribunais Superiores, são, conforme verificado, absolutamente incapazes de responder ao problema da “crise do Judiciário”.

Em verdade, consoante demonstrado no tópico 3.4, elas em nada contribuem, já que representam mais uma repetição desnecessária dos requisitos recursais já exigidos na Constituição da República para o recurso extraordinário e na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) para o recurso de revista.

Tal entendimento, então, mostra-se adequado ao paradigma procedimental do Direito, uma vez que alia a compreensão desses recursos como *via da defesa de direitos* à função *unificadora*

⁸⁷ Disponível em: <https://www.jota.info/justica/stf-admite-que-nao-consegue-analisar-processos-com-repercussao-geral-02072016>

desempenhada pelos Tribunais, ambas guiadas por uma interpretação coerente do Direito, capaz de gerar respostas adequadas aos casos concretos apresentados ao Judiciário. Logo, não se mostra adequado, do ponto de vista teórico e principiológico, inviável sob um viés pragmático, a implementação da ideia contida na PEC 209, que visa a utilização do mesmo mecanismo nos recursos especiais.

Noutro giro, indispensável se faz salientar que técnicas de coletivização de demandas implementadas pelo CPC/2015 e, que passíveis de minorar o número de casos que chegam às instâncias superiores, tais como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR e o Incidente de Assunção de Competência – IAC, ainda não tiveram tempo de experimentação suficiente para produzir resultados práticos significativos.

Com efeito, por todos os ângulos de análise, a aposta na Repercussão Geral para os Recursos Especiais mostra-se fadada ao fracasso, em especial ao se observar os incontáveis desdobramentos problemáticos que esta já resulta no supremo, e que, por hora, é objeto de latente preocupação dos ministros que compõem a referida corte.

Mais uma vez, estamos diante de uma possível alteração da sistemática processual, sem que se realize a necessária análise de todos os impactos que esta poderia resultar, bem como contrariando todos os dados empíricos que poderiam fornecer subsídio para o referido instituto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Iduna Weinert. A argüição de relevância da questão federal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. a. 16. n. 61. jan./mar. 1979.

AFONSO DA SILVA, José. *Do recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1963.

ASSIS, Araken. *Manual dos Recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Controle judicial difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos: contribuição para a construção de uma democracia cidadã no Brasil*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

BAPTISTA, N. Doreste. *Da argüição de relevância no recurso extraordinário: comentários à Emenda Regimental n. 3, de 12-6-1975, do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Juízo da admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos: A Emenda Constitucional 45/2004 e o processo, in: *RePro 130* (2005).

BATISTA DA SILVA, Ovídio A. GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Da argüição de relevância no recurso extraordinário. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense. a. 73. v. 259. set./1977.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. [Direito e Justiça].

FALLON JR., Richard. Foreword: Implementing the Constitution - The Supreme Court 1996 Term. *Harvard Law Review*. n. 111. 1998.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. O Pressuposto da Transcendência no Recurso de Revista – art. 896-A da CLT – Considerações Iniciais. *Síntese Trabalhista*. Porto alegre: Síntese. a. XIII. n. 149. nov./2002.

GOUVÊA, Ligia Maria Teixeira. WRONSKI, Ana Paula Volpato. VILLAR, Gustavo Gouvêa. Recurso de Revista sob o Enfoque da Transcendência: Impasse ou Solução?. *Síntese Trabalhista*. Porto Alegre: Síntese. a. 13. n. 150. dez./2001.

GÜNTHER, Klaus. Legal adjudication and democracy: some remarks on Dworkin and Habermas. *European Journal of Philosophy*. Essex: Blackwell Publishers. v. 3. n. 1. abr./1995.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HENKE, Horst-Eberhard. *La cuestion de hecho*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1979.

KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a questão de fato: por uma teoria tricotômica*. 2002. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Porto Alegre.

LAMY, Eduardo de Avelar. Repercussão geral no recurso extraordinário: a volta da argüição de relevância? *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. WAMBIER, Luiz Rodrigues. GOMES JR., Luiz Manoel. FISCHER, Octavio Campos. FERREIRA, Willian Santos (coord.). Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 8.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Recursos no processo civil; v. 3).

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O critério de transcendência nos recursos de revista: projeto de Lei n. 3.267/00. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Porto Alegre: Síntese. a. 66. n. 4.out./dez. 2000.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES LEAL, Victor. O requisito da relevância para redução dos encargos do Supremo Tribunal. *Revista de direito processual civil*. São Paulo, v. VI.

SANCHES, Sydney. Argüição de relevância da questão federal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. a. 77. v. 627. jan./1988.

SARTÓRIO, Elvio Ferreira. JORGE, Flávio Cheim. O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. WAMBIER, Luiz Rodrigues. GOMES JR., Luiz Manoel. FISCHER, Octavio Campos. FERREIRA, Willian Santos (coord.). Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

SEGAL, Jeffrey A., SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Mode*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TAVARES, André Ramos. Recurso Extraordinário: modificações, perspectivas e propostas. *In*: RIBEIRO COSTA, Hélio Rubens Batista. REZENDE RIBEIRO, José Horácio Halfeld. DINAMARCO, Pedro da Silva (coords.). *Linhas mestras do Processo Civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Atlas, 2004.

TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 2 ed. New York: The Foundation Press, 1988.

**REFORMA TRABALHISTA:
as projeções da terceirização irrestrita na esfera jurídica do trabalhador**

Dimas de Abreu Melo¹

Gisele Fernandes Machado²

Lohany Dutra Amorim³

RESUMO: Os reflexos das mudanças paradigmáticas produzidas pela Lei nº 13. 467/2017 na Lei nº 6.019/74 que viabilizou a terceirização irrestrita é questão recente e amplamente discutida entre os teóricos do Direito. O objetivo desse artigo consiste em contribuir para a mensuração das projeções do instituto na esfera jurídica do trabalhador terceirizado. O cenário projetado é de precarização e retrocessos, os fatores negativos ultrapassam as questões contratuais, relacionadas à diminuição de salários, aumento da jornada de trabalho, acidentes de trabalho, transtornos psicológicos e enfraquecimento sindical, atingindo concomitantemente de forma sensível a vida social e personalíssima do terceirizado, contribuindo para o aumento da discriminação, subalternização e invisibilidade, representando a acentuação da vulnerabilidade do trabalhador frente ao poder patronal e do capital. Destaca-se que a utilidade do artigo transcende ao ambiente acadêmico, atingindo o mundo jurídico, por meio da aferição das projeções da mudança paradigmática de um instituto recentemente alterado pela Reforma Trabalhista.

Palavras-chave: Terceirização irrestrita. Precarização dos direitos trabalhistas. Retrocesso de direitos trabalhistas coletivos.

ABSTRACT: The reflexes of the paradigmatic changes produced by Law no. 13. 467/2017 in Law no. 6,019 / 74 that enabled unrestricted outsourcing is a recent and widely discussed issue among legal theorists. The purpose of this article is to contribute to the measurement of the

¹Mestre em Direito, pela Universidade Presidente Antonio Carlos - UNIPAC Juiz de Fora – MG. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Conselheiro Lafaiete (1983). Pós Graduação em Direito Processual Civil e em Direito do Trabalho pela Universidade Estácio de Sá - RJ e Docência em Ensino Superior, pela Universidade Cândido Mendes – RJ. Professor de Direito do Trabalho, Direito Previdenciário e Direito Processual do Trabalho, desde 1986. Atualmente é Professor Adjunto de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Previdenciário nas Universidades Presidente Antônio Carlos- UNIPAC Itabirito, desde 01.08.2011.

² Graduanda em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP, Minas Gerais, Brasil. Integrante do grupo de estudos em Direito do Trabalho. Estagiária no escritório de advocacia Visar advogados Associados.

³ Graduanda em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP. Pesquisadora do Centro de Estudos em Biodireito da Universidade Federal de Ouro Preto – CEBID – UFOP. Pesquisadora pelo CNPQ.

institute's projections in the legal sphere of the outsourced worker. The projected scenario is one of precariousness and setbacks. Negative factors outweigh contractual issues related to lower wages, increased working hours, accidents at work, psychological disorders and weakening trade unions, while concomitantly affecting the social and personal life of the worker. outsourcing, contributing to the increase of discrimination, subalternization and invisibility, representing the accentuation of the worker's vulnerability to the bosses' power and capital. It is worth noting that the usefulness of the article transcends the academic environment, reaching the legal world, through the measurement of the projections of the paradigmatic change of an institute recently altered by the Labor Reform.

Keywords: Unrestricted outsourcing. Precarization of labor rights. Retreat of collective labor rights.

1 INTRODUÇÃO

Com a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 houve grandes transformações na área trabalhista no Brasil, principalmente no que tange a terceirização e em quais atividades a mesma pode ser enquadrada e isso reflete um desencadeamento de reações na seara que tange o trabalhador.

A permissão de se terceirizar atividade-fim e não mais só a atividade meio, como a súmula nº 331 do TST elencava, a longo prazo tornará ainda mais precária a relação trabalhista, uma vez que não haverá relação direta entre contratado e contratante e sim uma relação trilateral que será abordada no próximo tópico.

Neste diapasão, será abordada a reforma trabalhista no tema sobre terceirização, percorrendo a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 e seus efeitos na Lei no 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Também será apreciada a súmula nº 331 do TST e a sua não aplicação com advento da Reforma Trabalhista, além da ADPF 324/DF e do RE 958.252/MG e a problemática advinda da terceirização da atividade-fim.

A mudança paradigmática no instituto da terceirização refletirá em toda a estrutura das relações de emprego, provocando uma inversão e desfragmentação do poder patronal, alteração no capital e principalmente impactará na esfera de proteção jurídica dos trabalhadores, cujas projeções são de precarização e retrocessos.

Os fatores negativos ultrapassam as questões contratuais, relacionadas à diminuição de salários, aumento da jornada de trabalho, acidentes de trabalho, transtornos psicológicos e enfraquecimento sindical, atingindo concomitantemente de forma sensível a vida social e personalíssima do terceirizado, contribuindo para o aumento da discriminação, subalternização e invisibilidade, representando a acentuação da vulnerabilidade do trabalhador frente ao poder patronal e do capital.

2 TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização pode ser conceituada como uma extensão de laços trabalhista em que haverá não uma relação direta de contratado e contratante e sim uma relação piramidal entre empregado, a tomadora e a prestadora de serviços. Esse conceito é definido Mauricio Godinho Delgado:

Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. (DELGADO, 2017).

Diante do conceito, o mesmo autor também explana de maneira clara e objetiva essa relação trilateral, como se observa a seguir:

A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido. (DELGADO, 2017).

Por meio dessa definição é possível perceber a relação não direta entre a contratante e o prestador do serviço, pois haverá um intermediador no qual é elencado com terceirizada. Com essa exposição sobre o conceito de terceirização, o próximo tópico abordará a mesma antes e após a reforma trabalhista advinda com a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.

Para o entendimento do próximo tópico há a necessidade de se diferenciar e conceituar o que é atividade-fim e atividade-meio. Segundo o autor Mauricio Godinho Delgado:

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. [...]. (DELGADO, 2016)

Com essa definição, verifica-se que atividade-meio não compreende na relação direta com a atividade principal do tomador de serviços, sendo um mero suporte e atividade-fim compreende na relação direta com a atividade primordial do tomador de serviços, ou seja, abrange as atividades finalísticas do empregador.

2.1 Terceirização antes da reforma trabalhista

Depois da criação do Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 foram criadas hipóteses de terceirização como o exemplo Decreto-Lei nº 200 de 1967 para abranger o âmbito da administração pública para transferir atividades simplesmente executivas da Administração Federal para o campo privado por meio de concessões e contratos onde o objetivo é a busca da descentralização.

A promulgação da Lei n. 7.102/83, na qual “dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores” também avança sobre a formulação da terceirização no Brasil.

Além desses exemplos, é importante salientar que antes da Reforma Trabalhista não era permitida a terceirização de atividade-fim, ou seja, somente a atividade meio poderia ser terceirizada, como se observa na súmula nº 331 do TST:

Súmula nº 331 do TST
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

...
III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

Diante dessa súmula é perceptível a evolução jurisprudencial em relação à terceirização no país em que se solidificou o entendimento de que somente a atividade-meio poderia ser terceirizada, mas como será estudado a seguir, com o advento da reforma trabalhista esse mesmo entendimento se modificou.

2.2 Terceirização após a reforma trabalhista

Conforme explicitado no tópico anterior, considerava-se a legalidade apenas a terceirização de atividade meio, mas com a Reforma Trabalhista houve uma ampliação das possibilidades de terceirização, permitindo, assim, a terceirização de atividade-fim e não mais só a atividade-meio como era antes da referida reforma. Essa explanação pode ser confirmada por meio do trecho da redação dada pela Reforma Trabalhista a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974.

Art. 4o-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017) (BRASIL, 1974)

Outro trecho também alterado foi o artigo 5º-A em que explicita: “Art. 5o-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)” (BRASIL, 1974).

Diante dessas duas reformas advindas da Lei nº 13.467, de 2017 houve grandes questionamentos sobre a legalidade de tais artigos e posteriormente foi julgado pelo pleno do STF a ADPF 324/DF em que se julgou como lícita a terceirização de atividade-fim.

Decisão: O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido e firmou a seguinte tese: 1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da

contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Nesta assentada, o Relator esclareceu que a presente decisão não afeta automaticamente os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.8.2018. (STF, Pleno, ADPF 324/DF, rel. min. Roberto Barroso, j. 30/8/2018)

Também foi julgado o Recurso Extraordinário 958.252/MG em que elenca que "é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante." (STF, Pleno, RE 958.252/MG, rel. min. Luiz Fux, j. 30/8/2018). Como proposto pelo STF, a terceirização de atividade-fim é legal e pode gerar efeitos.

Mas será que a legalidade da terceirização irrestrita não gerará efeitos negativos para o trabalhador como a precarização do ambiente laboral? Esse questionamento será abordado no próximo tópico.

3 OS EFEITOS PRECARIZANTES DA TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM

A Reforma Trabalhista Lei nº 13.467/2017 alterou sensivelmente a disciplina jurídica atinente ao instituto da terceirização, corroborando para a revogação da Súmula 331 do TST que limitava a terceirização as atividades meio do empregador, passando esta a ser aplicada de forma irrestrita.

A mudança paradigmática refletirá em toda a estrutura das relações de emprego, provocando uma inversão e desfragmentação do poder patronal, alteração no capital e principalmente impactará na esfera de proteção jurídica dos trabalhadores, cujas projeções são de precarização e retrocessos.

A *priori* a possibilidade de ampliação da terceirização, para abranger também a atividade-fim do local laboral, provocará um aumento drástico das dispensas dos empregados, visando sua posterior substituição por empregados terceirizados, tendendo a redução de custos. A prática desencadeará um aumento do contingente de desempregados no país, que serão absorvidos pelo mercado de trabalho por meio de futuros contratos que não garantirão ao empregado direitos mínimos.

Os efeitos precarizadores da despersonalização entre a empresa tomadora de serviços e o empregado terceirizado, são perceptíveis inicialmente no regime de contratação do labor, deslocando a natureza jurídica contratual do âmbito trabalhista para a relação meramente cível, provocando um impacto negativo para o terceirizado, cujo contrato é incompatível com a aplicação das normas heterônomas e princípios protetivos do direito do trabalho.

A Reforma Trabalhista acentuará a desigualdade salarial entre os empregados terceirizados e os contratados diretamente pela empresa tomadora de serviços. O artigo 4º da Lei nº 6.019/74 alterado pela Lei nº 13.467/17, viabiliza que as empresas pratiquem salários diferenciados para empregados que prestam labor idêntico. Em desconformidade com a previsão de isonomia prevista no artigo 7º da Constituição Federal de 1988.

Segundo o estudo “Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha” produzido pela Central Única dos Trabalhadores (CUT, 2014), o salário dos trabalhadores terceirizados é menor do que o dos contratados diretos. A média salarial dos setores tipicamente terceirizados é de R\$ 1.402,00, e nas empresas tipicamente contratantes é de R\$ 2.270,00. A discrepância salarial chega a um patamar alarmante de 60%. Frisa-se que o estudo fora desenvolvido anteriormente ao elastecimento produzido pela Reforma Trabalhista, cogita-se um cenário de acentuação das diferenças salariais para os próximos anos.

Ressalta-se que a Reforma Trabalhista manteve pelo menos na teoria as disposições celetistas do artigo 58 da CLT e constitucionais do artigo 7º inciso XIII da CR/88, acerca da fixação da jornada de trabalho de 44 horas semanais e 8 horas diárias. Entretanto existe na prática um distanciamento das normas heterônomas. Segundo dados produzidos e disponibilizados em 2017 pelo Departamento Intersindical de Estatísticas e estudos socioeconômicos-(DIEESE, 2017) os trabalhadores terceirizados realizam uma jornada de 3 horas a mais semanalmente.

O aumento da jornada de trabalho do empregado terceirizado repercutirá de forma prejudicial em sua saúde física e mental, aumentando o risco de desenvolvimento de transtornos psicológicos e de dano a sua esfera existencial. Desencadeará concomitantemente a redução da disponibilidade de tempo do trabalhador, para o descanso, lazer e desenvolvimento de práticas sociais, provocando uma diminuição da qualidade de vida do terceirizado.

Projeta-se a redução do nível de qualificação dos empregados terceirizados, vez que as empresas interpostas de serviços possuem estruturas mínimas e precárias tendentes apenas à intermediação de serviços a custos reduzidos, não tendo por foco a observância da qualificação dos empregados.

A flexibilização dos direitos trabalhistas é perceptível ao longo de todo o contrato de trabalho, com ênfase na fase de prestação do labor vislumbra-se a maior probabilidade dos trabalhadores terceirizados sofrerem acidentes nos locais de trabalho. Segundo dados produzidos e disponibilizados em 2017 pelo Departamento Intersindical de Estatísticas e estudos socioeconômicos-(DIEESE, 2017) a cada 10 vítimas de acidentes laborais, oito são terceirizados.

Maria Guadalupe (2003) argumenta que a discrepância no número de acidentes de trabalho é desencadeada pela desigualdade de tratamento e de investimentos em saúde e segurança do trabalho, entre contratados diretamente pela empresa tomadora e terceirizados.

O retrocesso social e econômico desencadeado pelas alterações da Reforma Trabalhista estende-se ao longo de todo o contrato de trabalho, incluindo-se a fase pós-contratual, por meio da criação de obstáculos ao trabalhador de ver suas verbas rescisórias satisfeitas.

Apesar de a legislação prever a possibilidade do estabelecimento do litisconsórcio passivo, estando ambas as empresas tomadora e interposta legitimadas a integrarem a sujeição processual, o artigo 5º A § 5º da Lei nº 6.019/74 alterado pela Lei nº 13.467/17, estabelece a responsabilidade subsidiária da contratante pelas obrigações trabalhistas oriundas do contrato de trabalho.

Na prática o empregado terceirizado, executará prioritariamente o patrimônio da empresa interposta, e, somente após esgotarem as tentativas de adimplemento de recursos, executará diretamente o patrimônio da empresa tomadora de serviços.

As implicações processuais da responsabilidade subsidiária entre as empresas criarão um enorme obstáculo ao recebimento dos créditos trabalhistas, aumentando as chances de inadimplemento, fraudes e elastecimento do prazo para a satisfação do credor.

Os créditos trabalhistas, por constituírem-se de natureza alimentar, exigem práticas prioritárias na Justiça do Trabalho, estando à normativa que estabelece a responsabilidade subsidiária entre as empresas tomadora e interposta, em desconformidade com o princípio da proteção do trabalhador.

As implicações perversas da terceirização irrestrita transpõem os conteúdos econômicos e objetivos acima explanados e interferem sensivelmente na vida social e personalíssima dos empregados terceirizados.

Destaca-se que o tratamento diferenciado entre os empregados contratados diretamente pela tomadora de serviços e os terceirizados, desencadeiam um sistema de hierarquização,

subalternização e formação de um estigma social negativo em torno dos terceirizados, contribuindo para a acentuação da discriminação nos locais de trabalho.

Apesar das dificuldades de quantificação objetiva e de enquadramento jurídico, a discriminação dos empregados terceirizados torna-se a face invisível da precarização do trabalho pela terceirização, contribuindo para a construção de um espaço não sadio para a prestação do labor, aumentando o risco do desenvolvimento de transtornos e doenças psicológicas.

A perda da identidade entre empregado e empregador fruto da relação tríplice proporcionada pela terceirização irrestrita, gera no empregado terceirizado um profundo sentimento de instabilidade, pois a relação entre as empresas interpostas e tomadoras podem ser rescindidas a qualquer momento, provocando o rompimento do labor do empregado, que posteriormente deverá readaptar-se a um novo posto de trabalho.

A precarização é extensível ao campo do direito coletivo do trabalho, perceptível por meio do fenômeno de fragmentação da classe trabalhadora. O enquadramento sindical opera-se por meio do artigo 511 da CLT por meio da atividade preponderante do empregador.

Nas relações triangulares originárias da terceirização, os empregados contratados diretamente pela empresa tomadora serão filiados ao sindicato representativo referente à atividade preponderante desta, ao revés, os empregados terceirizados estarão vinculados ao sindicato da empresa interposta.

Na prática vislumbra-se que empregados que prestam o mesmo labor, no mesmo estabelecimento empresarial, estarão representados por sindicatos distintos. A diversidade de agregação sindical provocará o enfraquecimento do sindicato, projetando-se em médio prazo a estagnação, e, em longo prazo o retrocesso na luta por elastecimento dos direitos sociais.

Acerca do enfraquecimento do movimento sindical desencadeado pela terceirização irrestrita, Gustavo Filipe Barbosa Garcia aduz que: “terceirização ampla e a conseqüente pulverização das atividades empresariais a diversas empresas prestadoras de serviços, a tendência é a fragmentação social dos trabalhadores gerando o enfraquecimento do movimento sindical.” (GARCIA, 2018).

É perceptível que o texto da Reforma Trabalhista pretendeu atender aos anseios do capital e as insurgências da classe patronal, as mudanças na legislação permitindo a ampliação da terceirização, provocarão a desestabilização da luta do proletariado por melhores condições de trabalho.

Nas remotas hipóteses em que o sindicato conseguir romper as barreiras e atingir o objetivo de elasticidade de direitos sociais, materializados por meio dos Acordos Coletivos de Trabalho e Convenções Coletivas de Trabalho, os direitos oriundos dos instrumentos coletivos, não serão extensíveis aos empregados terceirizados, provocando à acentuação das desigualdades sociais e subalternização dos terceirizados.

Diante do panorama de retrocesso dos direitos coletivos dos trabalhadores, vislumbra-se a isonomia representativa por meio da unificação sindical como uma alternativa para a mitigação dos efeitos da fragmentação e do enfraquecimento sindical. Representando uma prática que visa minimamente à manutenção do poder de luta por direitos sociais.

A proposição de unificação sindical não possui como fito a solução da problemática da precarização dos direitos coletivos dos trabalhadores terceirizados, porém no atual cenário de retrocessos da Reforma Trabalhista que visa o esvaziamento dos direitos sociais e individuais dos trabalhadores, a prática de unificação sindical representa a resistência dos trabalhadores e a luta pela permanência de direitos mínimos.

Conforme a autora Paula Simão Normanha, permitir a terceirização da atividade-fim é não se atentar aos fundamentos do Estado Democrático de Direito e esvaziar a Constituição Federativa do Brasil, pois há negligência do princípio da dignidade humana.

“andou mal o legislador ao ultrapassar todos os limites jurídicos possíveis e desconsiderar o histórico legislativo e de formação da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, generalizando a terceirização a ponto de permitir a contratação de serviços ligados às atividades essenciais da empresa e desnaturar por completo o próprio objetivo principal para o qual a terceirização foi criada. Esvaziaram-se, assim, o conteúdo da Constituição Federal e os fundamentos do Estado Democrático de Direito, permitindo-se uma efetiva mercantilização da força de trabalho e colocando esse tipo de relação abaixo do patamar civilizatório mínimo instituído por nosso ordenamento”.

(NORMANHA, 2018)

O balanço das projeções quanto à terceirização irrestrita, demonstra-se extremamente maléfico ao trabalhador, os fatores negativos ultrapassam as questões objetivas relacionadas ao contrato de trabalho, e atingem a dignidade humana do trabalhador, indo a desconter aos princípios protetivos e constitucionais que foram historicamente acrescentados ao direito do trabalho com muita luta e resistência. As alterações da Reforma Trabalhista no que tange a terceirização contribuirá para a acentuação da vulnerabilidade do trabalhador frente ao poder patronal e ao capital.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme a abordagem elencada em todo o artigo, a permissão da terceirização da atividade fim da contratante poderá trazer efeitos negativos para o empregado, pois torna precário o serviço e com isso torna o ambiente laboral mais propício a acidentes de trabalhos, afinal, menos investimentos, desigualdade de tratamento poderão desencadear a longo prazo um insuficiente controle direto da tomadora de serviço que irá transferir esse dever de cuidado para a prestadora terceirizada.

Neste diapasão, a terceirização da atividade-fim fere a Constituição Federativa do Brasil no qual elenca o ser humano ao centro do ordenamento jurídico no qual a dignidade da pessoa humana deve ser sempre priorizada em um Estado Democrático de Direito. Diante disso, precarizar o serviço laboral, como estudado, retira o enfoque do ser humano, o tornando frágil e refém de uma terceirização desenfreada.

Também é importante tecer considerações sobre o questionamento da Juíza da Vara do Trabalho de Ouro Preto - Sra. Graça Maria Borges de Freitas, no qual elenca que:

[...] se a resposta para tudo isso for sim (e é), não há porque se insistir em retirar a responsabilidade do tomador de serviços, público ou privado, pelo adimplemento dos direitos trabalhistas, não haveria ainda porque generalizar a terceirização. Completa afirmando, por fim, que “Não. Isso não é tendência mundial. Isso é a destruição de direitos no Brasil. (FREITAS, 2018).

Diante desse questionamento é perceptível que a terceirização da atividade-fim não é uma tendência mundial, pelo contrário, essa parte da reforma trabalhista pode causar supressão de direitos trabalhistas na qual foram conseguidos ao longo de décadas.

A Terceirização irrestrita é, portanto, uma matéria da reforma trabalhista a ser discutida amplamente, pois a mesma poderá causar efeitos negativos a longo prazo, tornando o ambiente de trabalho mais propício a acidentes laborais, como já explicitado, uma vez que não haverá uma ordem direta do contratante e consequente fiscalização por parte da mesma das atividades meio e fim.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em: 19 de janeiro de 2019.

BRASIL. **Lei no 6.019, de 3 de janeiro de 1974.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm> Acesso em: 19 de janeiro de 2019.

BRASIL. **LEI Nº 7.102, DE 20 DE JUNHO DE 1983.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7102.htm> Acesso em: 17 de janeiro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm> Acesso em: 19 de janeiro de 2019.

CUT – CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES. **Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha. São Paulo: SRT/CUT; Dieese, 2014.** Disponível em: <<https://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf>> > Acesso em: 04 de janeiro de 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017a.

DIEESE- Departamento Intersindical de Estatísticas e estudos socioeconômicos. **Terceirização e precarização das condições de trabalho.** 2017. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.pdf>> Acesso em: 23 de janeiro de 2019.

FREITAS, Graça Maria Borges de. Cogumelos em tempos de chuva - carta aberta sobre a terceirização trabalhista. [S.l.: s.n.], 2018.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Terceirização Ilimitada: Desarticulação Social e Enfraquecimento da Atuação Coletiva dos Trabalhadores.** Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, Ano XXIX, n. 352, out. 2018. Disponível em: <<https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/645869726/terceirizacao-ilimitada-desarticulacao-social-e-enfraquecimento-da-atuacao-coletiva-dos-trabalhadores>> Acesso em: 01 de fevereiro de 2019.

GUADALUPE, Maria. (2003). **The hidden costs of fixed term contracts: the impact on work accidents. Labour Economics.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&pid=S00347140201800010004100020&lng=en> Acesso em: 23 de janeiro de 2019.

NORMANHA, Paula Simão. **O novo paradigma da terceirização no Brasil: uma breve análise à luz das premissas constitucionais de proteção ao trabalho.** Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/145549/2018_normanha_paula_no_vo_paradigma.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 03 de fevereiro de 2019.

STF. **Pleno, ADPF 324/DF, rel. min. Roberto Barroso, j. 30/8/2018.** Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>> Acesso em: 19 de janeiro de 2019.

STF. **Pleno, RE 958.252/MG, rel. min. Luiz Fux, j. 30/8/2018.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4952236&numeroProcesso=958252&classeProcesso=RE&numeroTema=725>> Acesso em: 19 de janeiro de 2019.

TST. **Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho.** Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html> Acesso em: 19 de janeiro de 2019.