

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 731

(Ano VIII)

(03/11/2016)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2016

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO/ESP) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional Universidade
Granda/Espanha.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/Montreal/Canadá): **SERGIMAR
MARTINS DE ARAÚJO** - Advogado com
mais de 10 anos de experiência. Especialista
em Direito Processual Civil Internacional.
Professor universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF/Argentina): Doutor em
Ciências Jurídicas e Sociais pela
Universidad del Museo Social Argentino -
UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília – DF*.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



03/11/2016 Rômulo de Andrade Moreira

» [A investigação criminal e a prerrogativa de foro - o caso do ex-senador da República](#)

ARTIGOS

03/11/2016 Karen Damian Pacheco Pinto

» [Atenuação da carga probatória do nexos de causalidade na responsabilidade civil ambiental](#)

03/11/2016 Gustavo Costa do Amaral

» [A possibilidade de relativização da "coisa julgada inconstitucional"](#)

03/11/2016 Richardson Donizeti Alves

» [Influência da nova Lei de Responsabilidade Fiscal](#)

03/11/2016 Jose Henrique da Silva Vigo

» [Representação e representatividade sindical em uma abordagem ao modelo sindical brasileiro](#)

03/11/2016 Sérgio Henrique da Silva Pereira

» [Filhos cangurus: incompetentes e preguiçoso? O civilizado e o atávico](#)

03/11/2016 Tauã Lima Verdán Rangel

» [O Reconhecimento da Multiparentalidade pelo Ordenamento Jurídico Nacional e a possibilidade de Múltipla Filiação Registral](#)

MONOGRAFIA

03/11/2016 Matheus de Oliveira Santana

» [Multiparentalidade: a ascensão de uma modalidade familiar](#)

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E A PRERROGATIVA DE FORO - O CASO DO EX-SENADOR DA REPÚBLICA

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA: Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da UNIFACS. Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela UNIFACS.

Em decisão unânime, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na sessão do último dia 25, acolheu parcialmente o Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 135683, impetrado pela defesa de um ex-Senador da República (então filiado ao Democratas e Procurador de Justiça), invalidando as interceptações telefônicas realizadas no âmbito das investigações criminais, que serviram de base para a denúncia oferecida perante o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Segundo a Turma, o réu, à época Senador da República, detinha foro por prerrogativa de função e as interceptações telefônicas exigiriam autorização do Supremo Tribunal Federal.

Com a decisão, todos os atos investigatórios (e eventuais provas) derivados das interceptações telefônicas deverão ser desentranhados do processo, cabendo ao Tribunal de Justiça de Goiás “*verificar se remanesce motivo para o prosseguimento da ação com base em provas autônomas que possam sustentar a acusação.*”

O que ocorreu neste caso foi o fato de que, durante investigações realizadas pela Polícia Federal, em 2008 e 2009, foram autorizadas por um Juiz Federal interceptações telefônicas que, fortuitamente, acabaram por revelar relações entre o investigado e diversos políticos, entre eles o ex-Senador que, em 2012, acabou por ser indiciado no Inquérito n. 3430, iniciado no Supremo Tribunal Federal.

Como o Senador foi cassado naquele mesmo ano, o processo foi remetido ao Tribunal de Justiça de Goiás, em razão de se tratar de um Procurador de Justiça (até então licenciado do Ministério Público de Goiás). Oferecida a denúncia, o Tribunal recebeu a peça acusatória, na qual se imputava ao ex-Senador do Democratas a prática dos crimes de corrupção passiva e advocacia administrativa (arts. 317 e 321 do Código Penal).

Ao longo do processo, a defesa sempre alegou nulidade das interceptações telefônicas, afirmando que teria havido usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, pois realizadas sem a autorização da Corte Suprema. A tentativa de trancar o processo, porém, foi rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça, que julgou válidas as provas obtidas por meio da referida fonte de prova.

Em sua defesa, o réu sustentava que tinha sido *“alvo de uma articulada e estratégica teia investigativa ilegalmente promovida pela Polícia Federal, Ministério Público Federal e juízo federal de primeiro grau, com anuência e supervisão extraoficial do Procurador-Geral da República à época.”* Alegava, outrossim, *“que a investigação se dirigiu a ele a partir de uma descoberta fortuita, mas, em seguida, prosseguiu por meses a fio, a fim de juntar provas que vieram a integrar a denúncia.”*

Agora, no julgamento do Recurso Ordinário Constitucional, o relator, Ministro Dias Toffoli, leu diversos trechos das respectivas degravações para demonstrar que, *“desde o início das investigações, em 2008, já havia indícios do possível envolvimento de políticos de expressão nacional – inclusive com a produção de relatórios à parte relativos a essas autoridades, com foro por prerrogativa de função – e que o Ministério Público tinha ciência desses fatos.”* Afirmou, inclusive, que em alguns trechos, os relatórios sinalizam que a remessa do caso *“atrapalharia as investigações.”* Nada obstante, apenas em junho de 2009 é que a Polícia Federal remeteu os autos à Suprema Corte.

Segundo o relator, *“embora o recorrente não tenha sido o alvo direto das investigações, o surgimento de indícios de seu envolvimento tornava impositiva a remessa do caso para o Supremo Tribunal Federal e o*

*prosseguimento das interceptações configurou um **modus operandi** controlado, cujo intuito seria o de obter, por via oblíqua, mais indícios de envolvimento do então Senador, sem autorização do Supremo Tribunal Federal”.*

Seguindo o entendimento do relator, o Ministro Teori Zavascki, afirmou tratar-se de um caso clássico de usurpação de competência: *“É lamentável que esses episódios ocorram, e não é a primeira vez. Se temos constitucionalmente uma distribuição de competência, é preciso que isso seja realmente levado a sério. Apesar das evidências robustas, as provas são ilícitas.”*

Também o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do inquérito contra o ex-Senador (que tramitou naquela Corte), ressaltou *“que havia mais de mil páginas referentes às interceptações realizadas sem autorização do Supremo Tribunal Federal, configurando uma situação intolerável, sob pena de desmoronarem as instituições. O Supremo não tolerará qualquer tipo de usurpação de sua competência”*, afirmou o Ministro.

Na mesma linha de posicionamento, o Ministro Celso de Mello, afirmou que *“o caso revela um quadro censurável de gravíssimas anomalias de índole jurídica, estando patente o desrespeito à ordem constitucional, e a decisão deve servir de referência aos agentes estatais. Diante do possível cometimento, por um Senador da República, de uma suposta prática delituosa, caberia à autoridade judiciária de primeira instância, sob cuja supervisão tramitava o procedimento de investigação, imediatamente, reconhecer sua falta de competência e determinar o encaminhamento dos autos ao Supremo Tribunal Federal.”*

Por fim, o Presidente da Segunda Turma, Ministro Gilmar Mendes, ressaltou que se trata de *“um bom caso de abuso de autoridade, no qual, conscientemente e por tempo indeterminado, se deixou que a investigação prosseguisse em relação a pessoas dotadas, à época, de prerrogativa de foro, sem a necessária autorização. O caso transcende seu próprio objeto, sendo fundamental que estejamos estabelecendo um precedente crítico em relação a abusos que se perpetram na seara da proteção dos direitos e garantias individuais, sendo o mais caro deles o direito à liberdade.”*

Pois bem.

Com inteira razão julgou o Supremo Tribunal Federal, considerando ser inadmissível qualquer iniciativa (ou mesmo a continuidade) de uma investigação criminal quando haja suspeita de prática de infração penal por parte de detentor de foro por prerrogativa de função. Se cabe ao respectivo tribunal o processo e o julgamento do caso penal, por óbvio (pelo menos do ponto de vista da nossa normatividade) deve a anterior investigação criminal ser ao menos “supervisionada” pelo órgão colegiado.

Aliás, não foi a primeira vez que se firmou na Suprema Corte este entendimento. A mesma 2ª. Turma já havia concedido um Habeas Corpus de ofício para extinguir, por ausência de justa causa, a Ação Penal nº. 933, ajuizada contra um Deputado Federal, acusado de praticar um crime eleitoral. Em questão de ordem, os Ministros entenderem que houve nulidade na investigação com relação ao réu, uma vez que o procedimento foi supervisionado por Juízo incompetente. De acordo com os autos, o Deputado Federal foi indiciado em inquérito supervisionado por Juiz de primeiro grau quando cumpria mandato de Prefeito. Recebida a denúncia em primeira instância, os autos foram remetidos ao Supremo Tribunal Federal após a diplomação do réu como Deputado Federal.

Pela decisão, a competência para supervisionar investigação de crime eleitoral imputado a prefeito é do Tribunal Regional Eleitoral, segundo destacou o relator da ação, Ministro Dias Toffoli, citando o Enunciado 702 da súmula do Supremo Tribunal Federal. No caso, segundo o Ministro, houve indícios de que o então Prefeito teria praticado crime eleitoral por ter supostamente oferecido emprego a eleitores em troca de votos, valendo-se do cargo que ocupava. *“Nesse contexto, não poderia o inquérito ter sido supervisionado por juízo eleitoral de primeiro grau e muito menos poderia a autoridade policial direcionar as diligências apuratórias para investigar o prefeito e tê-lo indiciado”*, disse. Dessa forma, segundo o relator, *“a usurpação da competência do Tribunal Regional Eleitoral para supervisionar as investigações constitui vício que contamina de nulidade aquela investigação realizada em relação a este detentor de prerrogativa de foro”*.

O mesmo entendimento foi adotado no julgamento do Inquérito nº. 2116, em que o Ministério Público Federal pedia a apuração de possível envolvimento de um Senador em suposto esquema de desvio de verbas federais em obras municipais. O Plenário decidiu que o Inquérito deveria prosseguir sob a fiscalização da Suprema Corte. Também no julgamento do Inquérito nº. 3305, no qual um Deputado Federal era acusado de fazer parte de quadrilha destinada ao desvio de recursos públicos. A denúncia foi rejeitada em razão de o inquérito ter sido conduzido em primeira instância, mesmo depois da inclusão de parlamentar federal entre os investigados. O relator do inquérito, Ministro Marco Aurélio, ressaltou que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que a competência do Tribunal para processar autoridades com prerrogativa de foro inclui a fase de inquérito. Uma vez identificada a participação dessas autoridades, os autos devem ser imediatamente remetidos à Corte. *“É inadmissível que uma vez surgindo o envolvimento de detentor de prerrogativa de foro, se prossiga nas investigações”*, afirmou o Ministro. Seu voto foi acompanhado por unanimidade.

Também no mesmo sentido, a Primeira Turma determinou o arquivamento do Inquérito nº. 3552, no qual um Deputado Federal era acusado de contratação de uma funcionária fantasma em seu gabinete na Câmara dos Deputados. Os Ministros acolheram a questão de ordem apresentada pela defesa no sentido de que a investigação criminal havia sido conduzida em primeira instância, mesmo depois da inclusão de parlamentar federal entre os investigados, usurpando a competência do Supremo.

De igual maneira, o Ministro Gilmar Mendes determinou o arquivamento do Inquérito 2963, contra um Senador da República, sua esposa e quatro filhos por suposta prática dos crimes de falsidade ideológica, desvio de contribuições previdenciárias e crimes contra a ordem tributária. O inquérito foi instaurado pela Polícia Federal em Boa Vista (RR), por requisição do Ministério Público Federal. A decisão, conforme o Ministro, ocorreu sem prejuízo de que novo procedimento de investigação venha a ser instaurado para apurar os fatos citados na notícia-crime. Porém, ele entendeu que o inquérito deveria ser trancado por não ter sido

requerido pelo Procurador-Geral da República. O relator observou que a requisicão para a instaura o do inquérito pela Polícia Federal foi realizada por Procurador da República, sem qualquer delega o do Procurador-Geral da República. *“Como cediço, o inquérito para investigar fatos em tese praticados por membro do Congresso Nacional, na qualidade de coautor ou autor, não são   supervisionado pelo STF, como tem tramita o eminentemente judicial e não obedece ao processamento dos ordinários inquéritos policiais”*, disse o Ministro, salientando que, nesses casos, a abertura da investiga o apenas se dá no Supremo Tribunal Federal, por requisicão do Procurador-Geral da República ou de subprocurador-geral da República que atue na Corte mediante delega o. Também pode ser citado o julgamento da Peti o n . 3825.

Sobre a investiga o criminal supervisionada judicialmente, assim afirmou o Ministro Gilmar Mendes: *“Se a Constitui o estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante o Supremo Tribunal Federal (Constitui o Federal, art. 102, I, b), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas   supervisão judicial (abertura de procedimento investigatório) sejam retiradas do controle judicial do Supremo Tribunal Federal. A iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF contando com a supervisão do Ministro-Relator do Supremo Tribunal Federal. A Polícia Federal não está autorizada a abrir de ofício inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais ou do próprio Presidente da República. No exercício de competência penal originária do Supremo Tribunal Federal (Constitui o Federal, art. 102, I, b c/c Lei n  8.038/1990, art. 2  e Regimento Interno, arts. 230 a 234), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramita o das investiga es desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo **dominus litis**. Questão de ordem resolvida no sentido de anular o ato formal de indiciamento promovido pela autoridade policial em face do parlamentar investigado. Conforme o Supremo Tribunal Federal: A outorga de competência originária para processar e julgar determinadas Autoridades (detentoras de foro por prerrogativa de fun o) não se limita ao processo criminal em si mesmo, mas,   base da teoria dos poderes*

implícitos, estende-se à fase apuratória pré-processual, de tal modo que cabe igualmente à Corte – e não ao órgão jurisdicional de 1ª instância - o correlativo controle jurisdicional dos atos investigatórios (Supremo Tribunal Federal: Reclamação 2349/TO, – Reclamação nº. 1150/PR). A inobservância da prerrogativa de foro conferida a Deputado Estadual, ainda que na fase pré-processual, torna ilícitos os atos investigatórios praticados após sua diplomação (Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 94.705/RJ, relator Ministro Ricardo Lewandowski). A partir da diplomação, o Deputado Estadual passa a ter foro privativo no Tribunal de Justiça, inclusive para o controle dos procedimentos investigatórios, desde o seu nascedouro até o eventual oferecimento da denúncia.” (Inquérito nº. 2411/MT, Informativo 483 do Supremo Tribunal Federal).

Nada obstante tais decisões, deve-se ressaltar ser um tanto quanto estranho que um órgão jurisdicional “supervisione” uma investigação criminal e depois processe e julgue o mesmo caso penal (sendo o relator também o mesmo, o que é mais grave). Sob o ponto de vista do Sistema Acusatório, e em respeito às suas regras e aos seus princípios, tal “investigação supervisionada” soa, no mínimo, inadequada e estranha aos postulados constitucionais. Por enquanto, porém, é o que temos nesta verdadeira “Torre de Babel” que é a Investigação Preliminar no Processo Penal Brasileiro.

A propósito, este caso agora julgado pelo Supremo Tribunal Federal lembra aquele lamentável episódio ocorrido no processo que tramita na 13ª. Vara Federal de Curitiba, no bojo da chamada "Operação Lavajato", tendo à frente o Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, quando foi determinada a interceptação telefônica do ex-Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva. Naquela oportunidade, durante o curso da interceptação telefônica, a então Presidenta da República ligou para o telefone que estava sob monitoramento judicial e ambos travaram um rápido diálogo.

Ocorreu, portanto, o que chamamos de encontro casual ou fortuito (fenômeno da serendipidade): durante a interceptação telefônica é possível que fatos novos (não objetos da autorização

judicial) ou nomes novos (não indicados pelo Magistrado) possam vir a ser citados. Nestes casos, discute-se doutrinariamente, e mesmo na jurisprudência, a validade probatória do que foi interceptado casualmente (ou mesmo como mero ato investigatório ou como uma notícia-crime).

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, já enfrentou a matéria em algumas oportunidades, como no julgamento do Agravo de Instrumento nº. 626214, admitindo-se o uso de prova obtida casualmente em interceptação telefônica judicialmente autorizada. Em outro caso, julgando o Habeas Corpus nº. 102304, a Suprema Corte também entendeu que a prova foi obtida de forma legal. Neste caso, nas escutas telefônicas realizadas pela Polícia Federal na linha de um corrêu na mesma ação, com a devida autorização judicial, a polícia encontrou indícios da prática do crime previsto no artigo 333 do Código Penal, por parte dos dois. A relatora da ação, Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, rechaçou os argumentos da defesa. Para ela, a conversa foi interceptada quando já havia autorização para quebra do sigilo e, portanto, foram obtidas de forma totalmente lícita. Se durante uma interceptação se revela uma realidade fática nova, mesmo que sobre terceiros, explicou a ministra, nada impede que essas provas possam ser usadas para sustentar uma persecução penal. A Ministra lembrou, inclusive, que a autorização de quebra de sigilo telefônico vale não só para o crime objeto do pedido, mas quaisquer outros. Se a interceptação foi autorizada, concluiu a ministra, ela é lícita, e captará toda a conversa lícitamente.

A matéria também foi objeto de análise no Superior Tribunal de Justiça: ***“O fato de elementos indiciários acerca da prática de crime surgirem no decorrer da execução de medida de quebra de sigilo bancário e fiscal determinada para apuração de outros crimes não impede, por si só, que os dados colhidos sejam utilizados para a averiguação da suposta prática daquele delito. Com efeito, pode ocorrer o que se chama de fenômeno da serendipidade, que consiste na descoberta fortuita de delitos que não são objeto da investigação. Precedentes citados: HC 187.189-***

SP, Sexta Turma, DJe 23/8/2013; e RHC 28.794-RJ, Quinta Turma, DJe 13/12/2012." ([Habeas Corpus nº. 282.096-SP](#), Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, julgado em 24/4/2014). Também no Recurso em Habeas Corpus nº. 50011/PE - 2014/0170879-8, autuado em 31/07/2014.

Neste episódio, nada republicano, o que deveria ter feito o Juiz Sérgio Moro? Ter remetido imediatamente os autos, sob sigilo absoluto, ao Presidente da Suprema Corte para encaminhamento ao Procurador-Geral da República, única autoridade no Brasil com atribuição inicial para avaliar, sob o prisma do Direito Penal, a conduta da Chefe de Governo. Obviamente que o segredo não aproveitaria o investigado, mas a então Presidenta da República, não investigada e, à época, detentora de prerrogativa de foro. Isso era do interesse público: a preservação da autoridade da Presidenta da República (que não está imune à jurisdição penal, evidentemente).

Não o fazendo, ou melhor, fazendo rigorosamente o inverso, ou seja, levantando o sigilo anteriormente imposto à investigação e possibilitando a divulgação da conversa, incidiu o Magistrado, ao menos em tese, no tipo penal previsto no art. 4º., "h", da Lei nº. 4.898/65, pois praticou "*ato lesivo da honra*" de pessoa física "*sem competência legal*." Obviamente, é inadmissível um Juiz de primeiro grau ter acesso a uma conversa privada de uma Chefe de Estado e, simplesmente, com uma canetada, divulgá-la. Em nome de quê? Do interesse público? Qual interesse público? Desestabilizar um Governo, as instituições, a nação?

ATENUAÇÃO DA CARGA PROBATÓRIA DO NEXO DE CAUSALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

KAREN DAMIAN PACHECO PINTO: Graduada em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Resumo: O presente trabalho analisa a necessidade de atenuação da prova do nexo de causalidade, em face da insuficiência do modelo teórico clássico inerente à responsabilização ambiental. Neste sentido, observa-se que as exigências probatórias para a configuração do liame causal, quando defrontadas às hipóteses de incerteza científica e causalidade complexa, demandam a utilização de novas teorias e mecanismos mais afetos à atual crise ambiental. Vislumbra-se, assim, que a complexidade inerente à comprovação do nexo causal exige que a avaliação deste esteja pautada não na certeza absoluta, mas na causalidade probabilística entre conduta e dano ambiental. Deste modo, a teoria das probabilidades configura-se como um instrumento hermenêutico sustentador dos demais mecanismos de facilitação da prova do nexo de causalidade, demonstrando maior adequabilidade à atual sociedade de risco.

Palavras-chave: Sociedade de risco. Responsabilidade civil. Nexos de causalidade. Prova do dano ambiental. Teoria das Probabilidades.

INTRODUÇÃO

A exploração ilimitada dos recursos naturais e a decorrente insustentabilidade do modo de produção conduzem, a partir da visualização da crise ambiental vivenciada, à caracterização da atual sociedade de risco, na qual a complexidade inerente à matéria ambiental torna-se ainda mais evidente. Isso porque o surgimento

de novas demandas tecnológicas e econômicas acarreta também a incidência de danos ambientais de causas cientificamente desconhecidas e com ampla dificuldade de determinação. Nesse passo, a comprovação do dano ambiental para fins de imputação objetiva demonstra-se dificultosa e hodierna, mormente no que diz respeito à prova do nexo de causalidade.

A relevância do tema proposto está consubstanciada na percepção da insuficiência do modelo teórico tradicional face à contemporânea crise ambiental, o que requer a estruturação de novas teorias mais convergentes à complexidade do meio ambiente. Assim, a deparação com danos ambientais oriundos de causas complexas e sujeitos à inconclusão científica enseja a importância da atenuação da carga probatória do nexo causal, como forma de assegurar a efetiva responsabilização ambiental. Diante disso, o estudo da problemática suscitada mostra-se fundamental para o tratamento jurisdicional das tutelas ambientais, de forma a proporcionar a superação de teorias retrógradas e promoção de um ambiente ecologicamente equilibrado.

Não obstante o estudo do nexo de causalidade seja recorrente no âmbito doutrinário e jurisprudencial, o exame do tema sob a perspectiva dos danos ambientais e, principalmente, sob a ótica das teorias relativadoras do nexo causal ganha novos contornos e peculiaridades. Nesse sentido, visa-se à análise do liame causal com fundamento em bases teóricas inovadoras que, defronte ao contexto de incerteza e risco vivenciado, proporcionam soluções com maior concretude no que tange à resposta aos danos ambientais. Assim, a problemática inerente à comprovação do nexo causal no âmbito da responsabilidade civil ambiental mostra-se como proposta irremediável face às dificuldades de responsabilização por meio dos fundamentos teóricos clássicos.

Nesse diapasão, mostra-se imprescindível a análise de instrumentos hermenêuticos destinados à atenuação do nexo causal, notadamente quando consideramos o caráter difuso dos danos ambientais, o que impõe que os riscos inerentes à

determinada atividade sejam observados não a partir de certezas incontestáveis, mas sim com base em juízos de probabilidade que busquem alcançar a real reparabilidade ambiental. Destarte, a necessidade de superação das teorias clássicas e consequente formação de mecanismos teóricos consonantes à vigente sociedade de risco é elemento pujante, porquanto se possibilita, por meio de tal análise, a obtenção de novas perspectivas quanto à comprovação do liame causal.

DESENVOLVIMENTO

Dúvida e incerteza pairam sob diversos aspectos da atual sociedade, na qual as noções de progresso e validade científica começam a ser objeto de severo questionamento em determinados setores sociais. Isso porque o acelerado desenvolvimento tecnológico incentivado no interregno da Revolução Industrial desnuda também a construção de uma sociedade sob novos e desconhecidos moldes, com indubitáveis efeitos no campo ambiental.

Dessarte, vislumbra-se, a partir da desenfreada corrida industrial, a incipiência de uma verdadeira crise ambiental, edificada através do surgimento de riscos ainda ignorados pela ciência e com consequências, por vezes, irremediáveis. Com efeito, o olhar essencialmente vinculado à necessidade de progresso econômico e industrial deparou-se com o crescimento incessante da degradação ambiental e o surgimento de questões e problemas não acobertados pelo modelo de expansão econômica até então propagado.

Nesse viés, é visível que o avanço industrial, ante o saturamento ocasionado, promoveu igualmente o surgimento de novos riscos e conjecturas envoltas pela imprevisibilidade, configurando, assim, a formação da denominada Sociedade de Risco. Esta é definida por Leite (2008) como “aquela que, em função de seu contínuo crescimento econômico, pode sofrer a qualquer tempo as consequências de uma catástrofe ambiental.” (CANOTILHO; LEITE, 2008, p. 132).

Esse novo modelo social, caracterizado após o período industrial clássico, irradia a tomada de consciência social do completo esgotamento do modelo de produção, ante ao ilimitado avanço tecnológico e à expansão demográfica desenfreada, o que engendra a materialização da crise ambiental e a constante sensação de insegurança face aos novos danos. (CARVALHO; LEITE, 2007, p. 78).

Assim, “é precisamente no momento em que os perigos e riscos produzidos pela sociedade se tornam incalculáveis e as medidas de segurança socialmente aceitas tornam-se inócuas que se caracteriza a emergência da sociedade de risco.” (DEMAJOROVIC, 2003, p. 39).

Nesse diapasão, Beck assevera que:

[...] o conceito de sociedade de risco designa um estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial. Isto levanta a questão da autolimitação daquele desenvolvimento, assim como da tarefa de redeterminar os padrões (de responsabilidade, segurança, controle, limitação do dano e distribuição das consequências do dano) atingidos até aquele momento, levando em conta as ameaças potenciais. (1997, p.17)

O supracitado autor também sinaliza a relevância do componente futuro na sociedade abrangida pelo risco proeminente, na qual o passado oferta lugar ao presente que, por sua vez, é encoberto pelas ameaças futuras, as quais engendram respostas incertas e efeitos incalculáveis. (BECK, 2010, p. 40).

Desse modo, a falsa concepção de que o meio ambiente detém recursos inesgotáveis acarreta a despreocupação social quanto à criação de formas alternativas de consumo, assim como de produção de bens, sendo a exploração econômica incentivada e

promovida de forma ilimitada, para a qual o lucro e a perquiri o pelo capital transpõem a inquieta o no que se refere   devasta o ambiental. (KLOCK; CAMBI, 2011, p. 33).

Por oportuno, relevante destacar que, enquanto as indústrias produzem linearmente e desprovidas da ado o de medidas que visem   reutiliza o de materiais, o ecossistema demanda uma rela o cíclica, o que resulta na acumula o de resíduos prejudiciais ao meio ambiente que, sem tratamento adequado, agravam sobremaneira a degrada o ambiental. Não obstante, a produ o ilimitada permanece com vistas a atender a demanda e a ânsia do capital, em total desprezo ao resguardo ecológico.

Diante disso, observa-se que o progresso tecnológico e o crescimento industrial, além de acarretarem consequências imprevisíveis ao meio ambiente, exigem a resignifica o da teoria de risco no que tange   responsabilidade civil, mormente em face dos riscos concretos advindos da sociedade industrial, bem como abstratos, oriundos do atual modelo social adotado. (CARVALHO; LEITE, 2007, p. 94).

Assim, o fator de risco inerente ao hodierno desenvolvimento produtivo se manifesta e enseja transforma es especialmente no que toca   responsabilidade civil ambiental, estruturada a partir de princípios basilares. Dentre estes, destacam-se o princípio da preven o, da precau o e do poluidor-pagador, os quais auxiliam a interpreta o jurisdicional das tutelas ambientais e, principalmente, do sistema de responsabiliza o. Nesse sentido, elucida Mirra (1996, p. 102) que “  importante destacar que os princípios cumpram igualmente essa outra fun o: definir e cristalizar determinados valores sociais, que passam, então, a ser vinculantes para toda atividade de interpreta o e aplica o do direito.”

Nessa senda, o princípio da preven o surge como relevante e indispensável instrumento de coibi o de danos ambientais, bem como motivador da ado o de postura acautelatória voltada   prote o efetiva do meio ambiente, especialmente em face da manifesta irreversibilidade de sabidos eventos lesivos.

Impende salientar, assim, que o supracitado princípio busca essencialmente obstar a repetição da atividade que é conhecidamente perigosa. Visa, desse modo, criar medidas e condições, de caráter antecipatório, para que os danos ambientais sejam evitados. (LEITE; AYALA, 2004, p. 71). Destarte, o princípio em questão nos possibilita uma novel dimensão do meio ambiente, porquanto insere a concepção de que a irreparabilidade dos danos deve ser o elemento norteador no que toca ao planejamento de ações que visam à proteção e à reparação ambiental. (TUPIASSU, 2010, p. 130)

Nesse viés, o princípio da prevenção diz respeito ao dever jurídico de evitar-se a consumação de danos ao meio ambiente por meio de uma política com vistas à prevenção ou eliminação da poluição conhecidamente existente ou em situação de iminência. (MACHADO, 2009, p. 72). Em outras palavras, “Na prevenção, labora-se para inibir o resultado lesivo de que se tem ciência e que pode ser produzido pela atividade.” (PINHO, 2010, p. 252)

Neste sentido, destaca-se que o retromencionado princípio materializa-se, principalmente, por meio do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA), o qual objetiva “a implementação de projeto de desenvolvimento tecnicamente inviável do ponto de vista ecológico” (CANOTILHO; LEITE, 2008, p. 174-175), podendo ser vislumbrado, todavia, em antagônicos mecanismos da política ambiental.

Ademais, oportuno ressaltar que a atividade preventiva encontra-se presente tanto no âmbito administrativo como jurisdicional, no intuito de obstar a intensa degradação ambiental atualmente perpetrada. (VIANNA, 2006, p. 64-65).

Nesse compasso, Abelha Rodrigues (2005, p. 244) ressalta que o “desenvolvimento de uma ótica preventiva embutida num sistema de reparação tem sido largamente implementado e é objeto de revisitação de uma nova face da responsabilidade civil em matéria ambiental: trata-se de reparar prevenindo.”

Antagonicamente ao supracitado princípio, embora com este relacionado, a precau o encontra-se consubstanciada no fundamento de que a ausência de certeza científica não justifica o prolongamento ou a não ado o de medidas eficazes ao combate   degrada o ambiental (CARVALHO; LEITE, 2008, p. 177). Dessa forma, o referido princípio considera que as agressões ambientais, por vezes, ocasionam danos irreversíveis ou de repara o incerta e difícil, o que demanda, por conseguinte, uma interpreta o favorável ao meio ambiente, bem como o sopesamento dos riscos iminentes e futuros, ainda que desprovidos da certeza absoluta quanto a seus efeitos. (CANOTILHO, 1995, p. 40-41)

Visa-se, por meio da aplica o desse princípio, a ado o de práticas voltadas ao impedimento de danos ambientais, ainda que não tenha elementos categóricos quanto   ocorrência ou consequências da lesão. Assim, ampara-se essencialmente na questão da irreversibilidade dos prejuízos acarretados ao meio ambiente, dispondo que a dubiedade científica não pode servir de escusa para o desamparo ambiental.

Em consonância com o entendimento acima delineado, Winter (1996, p. 132) afirma que o princípio da precau o no direito brasileiro significa o uso da melhor técnica possível, a fim de desenvolver um agir de cunho antecipatório, inibitório e cautelar em face do risco iminente. Assim, o referido princípio encontra-se inter-relacionado   necessidade de afastamento do perigo e consequente prote o do bem ambiental às gera es futuras, consoante leciona Derani (1997, p. 167):

Este princípio   a tradu o da busca da prote o da existência humana, seja pela prote o de seu ambiente como pelo asseguramento da integridade da vida humana. A partir dessa premissa, deve-se também considerar não são o risco iminente de uma determinada atividade como também os riscos futuros decorrentes de

empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade. (1997, p. 167)

Destarte, ao longo dos séculos, a ciência desafiou o prévio conhecimento humano ante a incipiência de novas teorias derogatórias das crenças anteriores. Em vista disso, a ausência de sapiência a respeito de determinada atividade, se lesiva ou não ao meio ambiente, bem como quanto aos impactos por esta engendrados, não deve ser óbice à proteção ambiental, fomentando, em contrário, a necessidade de aplicação da cautela e precaução na análise de danos ambientais ainda envoltos pela indeterminação.

Nesse contexto, pondera Machado (2009, p. 67) que: “O princípio da precaução não significa a prostração diante do medo, não elimina a audácia saudável, mas equivale à busca de segurança do meio ambiente, indispensável para dar continuidade à vida.”

O princípio da precaução mostra-se, assim, indispensável no contexto da sociedade pós-industrial, na qual as catástrofes ambientais são imprevisíveis e, muitas vezes, igualmente irreversíveis, ultrapassando os paradigmas clássicos inerentes à prevenção e à racionalidade científica, a fim de apresentar um novo sistema consubstanciado na insurgência de riscos desconhecidos e imensuráveis. (MOTA, 2010, p. 209)

Interligado aos princípios em comento e elemento sustentador da responsabilidade civil ambiental, encontra-se o princípio do poluidor-pagador. Este, por sua vez, visa precipuamente à internalização dos custos externos de deterioração ambiental, evitando, assim, a transposição gratuita de recursos naturais, o que, indubitavelmente, acarretaria degradação ao meio ambiente. (MARTINS, 1990, p. 99)

Destarte, os efeitos negativos decorrentes do processo produtivo engendram custos sociais que, a partir da aplicação do

princípio poluidor-pagador, são internalizados para que o causador da poluição arque com a diminuição ou eliminação de tais consequências. (DERANI, 1997, p. 158) Assim, esses custos sociais externos devem ser levados em consideração e assumidos quando da elaboração do processo produtivo pelos agentes econômicos. (MILARÉ, 2009, p. 827)

Assim, o princípio do poluidor-pagador encontra-se umbilicalmente ligado à responsabilidade civil ambiental, atuando como elemento sustentador desta ao pregar a necessidade de internalização dos custos ambientais usualmente suportados pela sociedade, a fim de progressivamente desestimular a conduta lesiva e garantir uma mínima reparabilidade do dano ambiental.

Entretanto, salienta-se que o retromencionado princípio não se restringe à fórmula “poluiu pagou”, tendo evoluído e adquirido abrangência que atinge não apenas a mera compensação do meio ambiente, como também os custos da prevenção, da reparação e de repressão ao dano ambiental. (BENJAMIN, 1993, p. 231).

Nesse sentido, não se trata de um princípio que autoriza a poluição. Atua, contrariamente, na utilização de instrumentos econômicos como forma de pressionar o poluidor a melhor gerir sua atividade, com o intuito de resguardar os recursos naturais, estimulando-o a proteger o meio ambiente mediante a internalização dos custos da prevenção e reparação dos prejuízos. (BARBOSA; OLIVEIRA, 2010, p. 153)

Diante disso, sustentada por tais princípios, a responsabilização ambiental funda-se na teoria do risco, materializando-se por meio da objetivação. Isso porque “[...] a responsabilidade tradicional, baseada na culpa subjetiva, quando aplicada em relação ao dano ambiental, dificulta sobremaneira a comprovação da negligência do agente causador da lesão [...]” (SILVA, 2006, p. 250).

Assim, envolvendo o direito ambiental atividades que implicam riscos, mister a aplicação da responsabilidade civil objetiva, a qual prescinde da comprovação do elemento culpa,

exigindo, portanto, somente a demonstração da atividade, do dano e do nexo de causalidade. Nesse sentido, enquanto na responsabilidade civil subjetiva a imputação do dano encontra-se intimamente vinculada à previsibilidade, na responsabilidade objetiva o critério de imputação é diverso, de forma a determinar a quase automatização desta quando da prova relativa à ação ou omissão causadora do dano. (STEIGLEDER, 2003, p. 84).

Não obstante, Benjamin (2010) salienta que a mera transposição da responsabilidade civil clássica para o campo do direito ambiental, ante a subjetividade e prova dificultosa quanto ao dano e ao nexo causal, não é pertinente, demandando aperfeiçoamentos para sua consagração e efetividade. Nesse prisma, pondera, ainda, que malgrado o indiscutível avanço proporcionado pela objetivação da responsabilidade civil, apenas esta não é satisfatória para a reparação e prevenção do dano, mormente em face à peculiaridade que envolve a danosidade ambiental e a frequente irreversibilidade de certos danos. Nesse sentido, destaca a relevância do papel da responsabilidade civil não apenas como forma de reparação do dano, mas também no que toca à prioridade ofertada pelo direito ambiental à prevenção. (BENJAMIN, 2010, p. 474, 475)

De fato, tão somente a objetivação da responsabilidade civil ambiental não se mostra suficiente para a solução de todos os impasses e óbices apresentados, necessitando de mecanismos inovadores para a obtenção da ampla reparação ambiental, principalmente quando se trata da prova do nexo causal e do dano. (BENJAMIN, 2010, p. 499)

É preciso considerar, nesse passo, que a responsabilidade civil clássica transposta ao direito ambiental ensejou adaptações relevantes, a fim de que o instituto fosse consonante aos princípios e normas inerentes à tutela do meio ambiental. Entretanto, o desenvolvimento da responsabilização, ainda que objetiva, continua em progressiva expansão, atendendo aos novos conflitos e desafios propostos pelos danos

hodiernamente enfrentados, ensejando, por conseguinte, a constante revitalização da teoria da responsabilidade civil, mormente no que diz respeito à carga probatória do liame de causalidade.

Especificamente quanto ao pressuposto do nexos causal, impende destacar que, sendo o “fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato que é fonte da obrigação de indenizar” (STEIGLEDER, 2003, p. 84), engendra inegáveis complicações no que tange a sua comprovação, mormente em hipóteses de causalidade complexa.

Com efeito, a responsabilidade civil só é viável a partir da configuração de um dano. Entretanto, ainda que este esteja presente, pode não haver a obrigação de indenizar, face à ausência do nexos causal entre o fato ocorrido e o dano perpetrado. Diante disso, o nexos causal é um dos precípuos requisitos que ensejam o dever de reparação da lesão, especialmente no que toca à responsabilidade objetiva. (LOPEZ, 2008, p. 22) Destarte, muito embora sejam inúmeros os danos consumados, o dever de indenizar apenas subleva-se quando é possível a configuração do nexos causal entre a conduta e a lesão executada, motivo pelo qual este se mostra imperioso e essencial à efetivação da responsabilidade civil, sem o qual se frustra a perspectiva reparatória. (CRUZ, 2005, p. 4)

Diante disso, no contexto da responsabilidade civil ambiental, o nexos causal pode ser compreendido como o vínculo fático ou jurídico que proporciona a união entre o agente causador do dano e a ilicitude ambiental, assim como entre as vítimas e os prejuízos ambientais engendrados. (PAULA, 2009, p. 79)

O nexos de causalidade é, consoante exposto, o elo entre o dano e o fato gerador e, embora pareça ter simples aplicação, é o elemento probatório mais dificultoso no âmbito da responsabilidade civil. (NORONHA, 2003, p. 476) Isso porque pode ser bastante árdua a identificação do responsável pelo dano, assim como a elucidação quanto à origem da lesão. O nexos causal pode envolver,

portanto, situações em que se deparam danos acumulados e indetermináveis, bem como prejuízos futuros e imprevisíveis, o que torna a prova do liame de causalidade um dos principais obstáculos à efetiva responsabilização civil por danos ambientais. (ARCHER, 2009, p. 63)

Destarte, diante das múltiplas e intrincadas causas do dano, uma vez que este raramente apresenta uma única fonte, o liame causal é o pressuposto que concentra a maior dificuldade no que diz respeito à responsabilidade ambiental (STEIGLEDER, 2003, p. 326-327), “quer na determinação da extensão da participação de um determinado agente, quer na própria existência ou não de uma relação de causa e efeito.” (LEITE; CARVALHO, 2007, p. 78) A referida diversidade de causas é apontada por Benjamin (2010, p. 506) como fomentadora do fenômeno denominado “causalidade complexa”, a qual expõe os inúmeros problemas decorrentes da análise do dano e do nexo de causalidade.

A toda evidência, quando se tem uma única causa desencadeadora do dano, o estabelecimento da relação entre o fato e a lesão é, indiscutivelmente, menos tormentosa, porquanto a visualização dessa interface é mais direta e cristalina, não demandando grandes entraves probatórios.

Entretanto, constata-se que isso não ocorre quando observamos que um determinado fato pode ter inúmeras fontes causadoras, o que evidencia o embate inerente à prova do nexo de causalidade e expõe, ainda, o fenômeno da concorrência causal, ramificado através das concepções de causas complementares, cumulativas e alternativas. As primeiras, nos ensinamentos de Cruz (2005), ocorrem quando duas ou mais causas são eficientes para engendrar o resultado lesivo, o qual não teria sido alcançado de forma isolada pelas respectivas causas. Já no que tange à cumulação, considera-se que cada um das causas tem o potencial de, por si só, acarretar a lesão. Ambas, todavia, podem ocorrer de modo simultâneo ou sucessivo (CRUZ, 2005, p. 28-29), o que intensifica vultosamente a problemática vinculada ao nexo causal.

Por derradeiro, a autora também explicita a hipótese de causalidade alternativa, na qual não é possível definir cabalmente qual causa foi responsável pela ocorrência do dano, situação em que a concorrência de causas resta, por conseguinte, menos evidente. (CRUZ, 2005, p. 31).

Nesse ínterim, afirma Benjamim (2010) que a concomitância entre causas concorrentes e sucessivas “é o império da dispersão do nexos causal, com o dano podendo ser atribuído a uma multiplicidade de causas, fontes e comportamentos, procurando normalmente o degradador lucrar com o fato de terceiros ou mesmo da vítima, com isso exonerando-se.” (BENJAMIN, 2010, p. 505). “Da mesma maneira, a própria complexidade inerente ao ambiente ecológico e às interações entre os bens ambientais e seus elementos fazem da incerteza científica um dos maiores obstáculos à prova do nexos causal para a imputação da responsabilidade objetiva.” (CARVALHO; LEITE, 2007, p. 75)

No âmbito da doutrina clássica e com vistas a solucionar a supracitada dificuldade que envolve a concausação, duas principais teorias buscaram viabilizar a configuração e prova do liame causal, quais sejam, a causalidade adequada e a equivalência das condições.

Para a primeira vertente teórica, todas as causas que concorrem para o resultado detêm o mesmo valor e, portanto, equiparam-se, justificando, assim, o nome concedido a essa teorização. Dessarte, não caberia indagações a respeito de qual, dentre as causas apresentadas, é a mais adequada ou eficaz no que tange ao dano. (SALOMON, 2009, p. 48) Em síntese, “todos os fatores têm relevância causal.” (LOPEZ, 2008, p. 24)

Assim, a teoria da equivalência das condições preconiza que o nexos de causalidade restará consignado a partir da ligação entre um fator de risco e a atividade geradora do dano, dispensando a identificação de uma causa concreta inerente à fonte poluidora. (CARVALHO; LEITE, 2007, p. 90). Desse modo, aponta Cruz (2005) que, segundo essa vértice teórica, “quando

houver pluralidade de causas, todas devem ser consideradas eficientes na produção do dano. Tanto as causas quanto as condições assumem, indistintamente, funções de concausas [...]”. (CRUZ, 2005, p. 38-39) De forma mais elucidativa, a autora afirma que um fenômeno torna-se condição de outro no momento em que não é possível mentalmente suprimi-lo sem que o resultado seja concomitantemente eliminado.

Destarte, no âmbito da indigitada teoria, predileciona Tepedino (2006, p. 66) que “considera-se como causa do dano qualquer evento considerado, por si só, capaz de gerá-lo.”. Nesse delinear, relevante salientar que, para essa teoria, a possível existência de causas concorrentes, preexistentes ou concomitantes com a do agente não excluem a imputação, uma vez que todas as condições concorrem para o resultado e, dessa forma, não haveria rompimento da cadeia causal. (MIRABETE; FRABBRINI, 2007, p. 99)

Diante disso, adverte Pierangeli (2006, p. 360) que:

A teoria assim formulada amplia demasiadamente o alcance da causalidade posto estabelecer que, se toda condição possui um valor equivalente na produção do resultado, todas podem ser consideradas causas do mesmo, sendo impossível distinguir-se entre causa e condição.

A supracitada teoria, também conhecida como “*conditio sine qua non*” enfrenta, por conseguinte, diversas críticas doutrinárias, porquanto, ao dispor a necessidade de negarmos mentalmente o fato para então abstrairmos o dano ambiental deste decorrente, não considera que, para obtermos o resultado proposto, é preciso o prévio conhecimento acerca do fato causador do prejuízo ao meio ambiente, o que, recorrentemente, não é viável. Ademais, o critério utilizado não possibilita a distinção quanto à relevância presente entre as diversas condições e ações que envolvem o dano ambiental. (OLIVEIRA, 2007, p. 54).

Em correlação, Salomon (2009, p. 50) também critica a teoria ora delineada sob o fundamento de que, considerando como causa todo fato sem o qual não teria ocorrido a lesão, obter-se-ia uma responsabilização praticamente infinita, a partir de um determinismo exacerbado e inaceitável.

Em contraposição à supracitada corrente teórica, a teoria da causalidade adequada dispõe a necessidade de que a seleção entre as possíveis causas do dano se efetue quanto àquela que demonstre contundente probabilidade de ter acarretado a degradação ou, ainda, viabilizado um significativo risco de ocorrência desta. Assim, “causalidade adequada significa que dentre os vários fatores causais haverá um que poderá ser o centro, desprezando-se os demais.” (LOPEZ, 2008, p. 25). Desse modo, consoante dispõe esta teoria, a causa é tanto mais adequada quanto a probabilidade que aquela apresenta para gerar um dano. (CRUZ, 2005, p. 65).

Não é suficiente, portanto, que um fato seja condição de um determinado evento lesivo, sendo imprescindível que aquele configure uma condição que, de forma regular e comum, fosse capaz de conduzir ao resultado, o que se viabiliza por meio de um juízo de probabilidade, destinado a averiguar se o fato, por si só, poderia causar o dano. (CRUZ, 2005, p. 65)

Quanto à teoria da causalidade adequada, ensina Pierangeli:

Para se entender a causalidade adequada, torna-se necessário partir do princípio de que a conduta do homem deve ser proporcional ou adequada ao resultado, o que significa que não se lhe pode atribuir os resultados decorrentes de sua conduta que não forem previsíveis, ou excepcionais ou atípicos. O juízo sobre a adequação da causa efetua-se mediante um procedimento que se designa ‘proganóstico póstimo’ em relação com o momento em que a causa se posicionava entre as

condições e se podia valorar o previsível ou normal do resultado. (2006, p. 362)

Acrescenta-se, entretanto, que, de forma interessante, Oliveira (2007) visualiza a teoria da causalidade adequada como complemento à teoria da equivalência de condições, na medida em que estas tratam de passos mentais sucessivamente construídos. Enquanto a última verifica a existência do nexo causal segundo as leis, a primeira analisa se o liame de causalidade é juridicamente relevante. (OLIVEIRA, 2007, p. 58)

Entretanto, impende sinalizar que a teoria da causalidade adequada, assim como a precedente teorização, também é alvo de crítica pela doutrina jurídica brasileira que a considera abstrata e imprecisa, o que dificultaria sobremaneira sua aplicabilidade no plano prático, além de deixá-la à margem da arbitrariedade do julgador. (CRUZ, 2005, p. 83)

Com efeito, a teoria da causalidade adequada, ao pregar a necessidade de optarmos pela causa apta à produção danosa por meio do regresso mental à conjectura anterior à lesão, acarreta inegável carga de subjetividade, restando, assim como a teoria anteriormente exposta, objeto de crítica, ante a impossibilidade de explicar convenientemente o nexo causal. Assim, ainda que eventualmente seja cabível sua utilização em casos de natureza substancialmente civilista, quando transposta ao dano ambiental, revela sua insuficiência teórica para a demonstração da causa e da condição vinculada ao prejuízo.

Nesse campo, relevante considerar que a complexidade ambiental é, por vezes, incompatível com a individualização e a pessoalidade assentadas nas teorias tradicionais da responsabilidade civil, justificando a adoção de novas teorizações com vistas ao abrandamento do nexo de causalidade. (TEUBNER, 1994, p. 22). Assim, observa-se que as teorias da causalidade adequada e a da equivalência das condições mostram-se ineficientes quando defrontadas à problemática que envolve o direito ambiental, porquanto se fundamentam em

elementos puramente fáticos, não condizentes com a realidade do desenvolvimento científico e a consequente deparação com novos riscos. (CARVALHO; LEITE, 2007, p. 91)

O descompasso entre os hodiernos sustentáculos teóricos da responsabilidade civil e a necessidade de uma adequada reparação ambiental é apontada por Antunes (2005, p. 277):

A base de sua inadequação (responsabilidade civil) reside no fato de que ela, como instrumento tradicional do direito está fundada sobre os alicerces meramente individualistas e que, em tais circunstâncias, não enfrenta os problemas de maneira globalizante e contextualizada, limitando-se a percebê-los pontualmente e de forma fragmentária, como se eles não fizessem parte de uma realidade mais vasta.

A insuficiência do modelo clássico resta ainda mais evidente quando este é defrontado às dificuldades da prova do nexo de causalidade da lesão ambiental, na qual são apresentadas danos que não vislumbram resposta científica imediata. Sanchez (1996, p. 83) sintetiza as supracitadas dificuldades, destacando hipóteses de complexidade de verificação técnica para poder dar probabilidade à lesão, uma vez que os entraves periciais e tecnicistas revelam-se presentes na busca pela comprovação da conduta contrária ao resguardo do meio ambiente.

Ademais, certas consequências danosas apenas manifestam-se após longo transcurso do tempo, o que inviabiliza a averiguação concreta dos efeitos oriundos da degradação perpetrada. O autor acrescenta, ainda, o obstáculo presente diante de emissões indeterminadas e acumuladas e, por fim, salienta as repercussões danosas transfronteiriças, diante das

distâncias possivelmente existentes entre os locais emissores e os danos ocasionados. (SANCHEZ, 1996, p. 84).

Com o mesmo escopo, Leite e Carvalho (2007, p. 78) salientam que a própria complexidade inserida às questões ambientais demonstra que a incerteza científica é um dos maiores óbices à comprovação do liame de causalidade, elemento responsável, concomitantemente ao dano, pela imputação da responsabilidade objetiva vigente no direito ambiental.

Nesse contexto, Catalá (1998) sinaliza elementos primordiais inerentes à dificuldade de determinação do liame causal, como a distância entre a fonte poluidora e o dano concreto, bem como a multiplicidade de fontes, tornando deveras dificultoso a identificação da atividade que ocasionou o dano ambiental perpetrado. A autora soma, ainda, aos árduos fatores vinculados à prova do nexo de causalidade, o tempo, vez que os efeitos de determinados prejuízos ambientais só poderão ser vislumbrados após decorrido vasto lapso temporal, o que, inegavelmente, acarreta evidentes obstáculos probatórios (CATALÁ, 1998, p. 161) Por derradeiro, Catalá (1998, p. 191) assevera, ainda, a presença da dúvida científica, a qual, ante sua incompletude e inconstância engendra igualmente obstrução na plena configuração do nexo causal.

A dificuldade inerente à causalidade complexa que envolve a determinação do liame causal é também explicitada por Benjamin (2010), o qual afirma que a danosidade ambiental aponta dois principais problemas relacionados ao nexo de causalidade. O primeiro é referente à “frequência de difícil determinação ou, pior, indeterminável”, que revela a multiplicidade de fontes de poluição e a conseqüente pluralidade de agentes causadores do dano, além da dificuldade inerente à dispersão dos efeitos decorrentes do prejuízo ambiental. Em segundo lugar, o autor ressalta o óbice na determinação efetiva da origem do dano, o que não deve afastar, todavia, a responsabilidade devida pelo ato promovido. (BENJAMIN, 2010, p. 506)

Nesse viés, em relação à ampla multiplicidade de origens e consequências decorrentes atos ofensivos ao meio ambiente, salienta Vianna (2006, p. 105-106) que: “É deste aspecto multiforme, de causas e efeitos dos danos ambientais, que se tornam insatisfatórios os padrões ortodoxos da responsabilidade civil, mesmo na modalidade objetiva, para dirimir as questões fáticas que se manifestam na prática”.

Em sintonia, Milaré (2009, p. 960) assevera que a determinação segura do nexos causal, quando envolve o dano ambiental, é uma árdua tarefa, vez que os fatos coligados à poluição, em razão de sua complexidade, restam ocultados pelo anonimato e multiplicidade causal, a qual é proveniente tanto da tardia consumação, como ante as dificuldades técnicas e financeiras enfrentadas na dilação probatória. Além disso, ressalta a distância entre a fonte poluidora e o dano, bem como a incidência de demais fatores que sinalizam a referida complexidade da matéria.

De forma correlata, Oliveira (2007, p. 22-23) menciona que a teorização clássica encontra-se assente na causalidade naturalística e, quando transportada ao campo ambiental, enseja uma reconsideração crítica, a partir da indagação quanto à aplicabilidade prática das fórmulas tradicionais. Assim, salienta que será possível, por meio da obtenção de critérios normativos de causalidade, encontrarmos novas soluções mais enquadráveis aos problemas interligados ao dano ambiental e seu processo causal.

Nesse sentido, Cordeiro (1994) salienta a necessidade de reconsiderar as austeras bases probatórias do nexos causal:

A causalidade está em plena revisão científica. Aplicada no domínio ambiental, ela suscita problemas de complexidade acrescida. O direito civil chegou, após diversas elaborações, à fórmula vazia da “causalidade adequada”. Esta tem vindo a ser substituída pela idéia de “causalidade normativa”, enquadrada nesta fórmula: é imputado ao agente o conjunto de danos

correspondentes às posições que são garantidas as normas violadas. (CORDEIRO, 1994, p. 389-390)

É indubitável que a complexidade que envolve a carga probatória do nexos causal não se coaduna com os métodos clássicos de responsabilidade civil, sendo que estes necessitam ser repensados para fornecer o adequado tratamento ao tema e viabilizar instrumentos voltados à ótica protetiva do direito ambiental.

Fala-se, assim, da necessidade de afrouxamento da prova do nexos causal, a fim de que a produção desta abrigue as particularidades que envolvem a tutela ambiental, garantindo o efetivo resguardo do direito constitucional a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. É nesse sentido o posicionamento de Silva (2002, p. 217):

Nem sempre é fácil determinar ou identificar o responsável. Sendo apenas um foco emissor, a identificação é simples. Se houver multiplicidade de focos, já é mais difícil, mas é precisamente por isso que se justifica a regra da atenuação do relevo causal, bastando que a atividade do agente seja potencialmente degradante para sua implicação nas malhas da responsabilidade.

Em comentário a respeito do risco presente na análise quanto aos danos ambientais, Steigleder (2010, p. 336) também suscita a imprescindibilidade de atenuação do nexos de causalidade, que passa a se revelar como mera conexão entre a atividade e o evento lesivo, visto que não mais se exige critérios inflexíveis e rígidos.

Em decorrência de tais circunstâncias, necessário se demonstra a criação de novos mecanismos teóricos mais condizentes com a complexidade inerente às causas ambientais e que visem à superação dos paradoxos do nexos causal. Assim, a dificuldade enfrentada na comprovação do nexos de causalidade, elemento indispensável à responsabilização ambiental objetiva, revela a proeminência da facilitação da carga probatória da causalidade por meio das teorias de relativização

do liame causal. Quanto à relevância do afrouxamento do nexo de causalidade, afirma Cruz (2010, p. 988) que não se abdica deste elemento, entretanto, reforça-se a imprescindibilidade de seu afrouxamento, distanciando-se dos limites impostos pela certeza.

Dentre as diversas estratégias criadas com o desiderato de minimizar as dificuldades delineadas e reduzir os óbices à efetiva tutela do meio ambiente, cita-se a responsabilização civil coletiva, a inversão do ônus da prova, as presunções de causalidade e, por fim, como elemento sustentador destas bases teóricas, encontra-se a teoria das probabilidades.

A coletivização da responsabilidade civil é defendida por Teubeur (2005), que sustenta a aplicação do mecanismo em face da necessidade de obstar a criação de “unidades coletivas” produtoras de riscos ambientais. Assim, a gestão coletiva atuaria na estruturação e limitação de grupos de risco, denominados pelo autor como “risk pools”. (TEUBNER, 2005, p. 205).

A participação em uma determinada comunidade envolta pelo risco possibilitaria, assim, a responsabilização coletiva de seus participantes, de forma a viabilizar a reparação ambiental em situações em face das quais se resultaria complexa a comprovação do liame causal. Desse modo, “a responsabilidade vicária será simétrica nos casos de multicausalidade, nos quais um grupo inteiro de potenciais causadores de danos é responsabilizado sem que se consiga comprovar a exata causalidade”. (TEUBNER, 2005, p. 196)

Aplica-se, nesse viés, a imputação coletiva em detrimento da responsabilidade tradicional de essência individualista, a fim de, nos casos em que se verificam a pluralidade de agentes causadores da lesão, restar sem êxito a devida reparação ambiental. Dessarte, para Lopes (1997, p. 19), a difusão do risco empreendida na responsabilidade coletiva é essencial ao asseguramento do bem ambiental.

Em adição, vislumbra-se a atenuação do nexo de causalidade sob a ótica do mecanismo da inversão do ônus probatório, que, intimamente coligado ao princípio da precaução, revela-se um mecanismo processual valioso tanto na prevenção como na reparação dos danos ambientais.

O instituto em comento vem expressamente previsto no art. 6, VIII do Código de Defesa do Consumidor, que ao preconizar a facilitação da defesa do consumidor como um de seus direitos básicos, assegura a possibilidade de “inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

Em que pese estar disposto somente na legislação consumerista, entende-se aplicável também à responsabilidade civil ambiental, diante da identidade entre as razões que fundamentam sua incidência. (SAMPAIO, 1998, p. 232) Nesse delinear, relevante considerar que, na matéria ambiental, além das dificuldades referentes à extensão e gravidade dos danos, à multiplicidade causal e à indeterminação dos poluidores, deve-se observar, ainda, a questão da hipossuficiência da coletividade que suporta os danos causados relativamente àqueles que os produzem, justificando, portanto, a adequação do instituto às lides ambientais.

Nesse compasso, decorrendo a inversão do ônus probatório da própria difusidade do bem ambiental – também de caráter coletivo –, não se mostra necessário, para garantir a aplicação do instituto em comento, a inclusão expressa de dispositivo na Lei da Ação Civil Pública. Com efeito, o referido mecanismo, mediante aplicação subsidiária do art. 6, VII do CDC incide na tutela do meio ambiente, possibilitando a interação entre as fontes processuais coletivas. (MIRANDA, 2010, p. 898)

Em correlação, relevante sinalizar que a aplicação da inversão probatória às lides ambientais de forma prévia à ocorrência do dano fundamenta-se, sobretudo, no princípio da precaução,

determinando que, na hipótese de incerteza científica, inverta-se o ônus da prova no intuito de que o poluidor comprove que a atividade desenvolvida não engendra prejuízo ambiental. Destarte, Tessler (2004, p. 324) elucida que o postulado terá a incumbência de comprovar que a atividade desenvolvida não apresenta riscos intoleráveis, o que deverá ser feito através da demonstração de que adotou as medidas precaucionais cabíveis.

Por derradeiro, como instrumento de atenuação do nexo causal também se ressalta a possibilidade do estabelecimento de presunções de causalidade entre o risco e o dano ambiental. Esse relevante mecanismo está consubstanciado no entendimento de que, estando o fato constitutivo do direito do autor devidamente comprovado, cabe ao réu utilizar-se da contraprova objetivando elidi-lo. (RODRIGUES, 2002, p. 200).

Elucidando o conceito delineado, Abelha Rodrigues (2002, p. 201) afirma que na “presunção tem-se por verdade o que ainda não é certo, mas é verossímil.” Nessa senda, explica, ainda, que as presunções de causalidade podem ser visualizadas em situações cotidianas, a partir da observação quanto à verossímil probabilidade do fato ter ocasionado a lesão. Assim, determinada empresa instalada no local de ocorrência de um dano oriundo do poluente poderia ser responsabilizada pelo prejuízo ambiental.

Nesse âmbito, Carvalho (2008) concebe a inversão do ônus da prova como decorrência da presunção de causalidade, na medida em que esta “em relação àquelas atividades cuja instalação for adequada para causar o dano (atividades de risco ou perigosas), opera-se, em decorrência, a inversão do ônus da prova ao empreendedor, no sentido de ser este compelido a demonstrar a inexistência da relação de causalidade.” (CARVALHO, 2008, p. 113).

Não obstante a indubitável relevância das teorias relativizadoras do nexo causal no que tange à imputação objetiva por dano ambiental, há de ser destacada a teoria das probabilidades, como forma de assegurar que a avaliação do liame

de causalidade esteja pautado em juízos de probabilidade e não na certeza absoluta. Assim, em que pese a necessidade de aplicação das teorias acima descritas de acordo com o caso concreto analisado, faz-se imprescindível a adoção da teoria das probabilidades como instrumento norteador da atividade jurisdicional, determinando a mitigação do nexos causal em hipóteses de causalidade complexa e incerteza científica.

Este é o entendimento de Cruz (2005, p. 260), que, ao defender a regra da atenuação do relevo do nexos causal, salienta que a necessariedade deve ceder lugar à probabilidade. Coadunando-se com essa concepção, Branco (1999, p. 41) acrescenta que “a natureza probabilística da certeza fica tanto mais evidente quanto mais distante estiver a causa de seu efeito final, como acontece nos sistemas complexos”.

No mesmo sentido, salientam Carvalho e Leite (2007, p. 91) que “[...] a simples probabilidade de uma atividade ter ocasionado determinado dano ambiental deve ser suficiente para a responsabilização do empreendedor desde que esta probabilidade seja determinante.” (2007, p. 92). Nesse norte, Mirra (2001) ensina a respeito da teoria das probabilidades:

Comprovada, em termos de probabilidade, com elementos sérios e confiáveis, a realidade da degradação ambiental (efetiva ou potencial), ainda que sem certeza científica absoluta, o resultado da demanda deverá ser forçosamente o julgamento de procedência do pedido para o fim de impedir, fazer cessar ou reparar o dano e todas as consequências prejudiciais do fato danoso. (2001, p. 93)

Com o mesmo escopo, Cruz (2011) explicita que a responsabilidade civil por danos ambientais funda-se em “juízos de probabilidade séria consubstanciados na experiência social (normalidade e adequação) e apoiados no conhecimento científico, abandonando a procura de uma causalidade certa e absoluta a que lhe é negado o acesso”. (CRUZ, 2010, p. 988) Ainda no mesmo sentido, Alvim (1972, p. 341) suscita que a certeza concernente ao

fato que produziu determinado dano nem sempre está presente, bastando para a configuração do nexa causal a existência de um grau elevado de probabilidade.

Diante disso, a teoria das probabilidades pode ser concebida como um instrumento hermenêutico voltado à facilitação da carga probatória do nexa de causalidade. Essa função é vislumbrada por Leite e Carvalho (2007, p. 97), que defendem a concepção da supracitada teoria como padrão interpretativo destinado à orientação jurisdicional do liame causal, de modo a viabilizar uma adequação da prova desse pressuposto à complexidade que circunda à vigente sociedade de risco. Desse modo, uma vez incidente a hipótese de incerteza científica e ante a existência de uma probabilidade determinante, é cabível a responsabilização objetiva por dano ambiental.

Assim, não se pretende, com a proposição da teoria das probabilidades, a aplicação desta de forma indistinta e desarrazoada. Há que se partir da existência de uma probabilidade séria e relevante, não se responsabilizando o agente ante a presença de um indício remoto. Do mesmo modo, é preciso atentar-se para a hipótese concreta analisada, visto que as características complexas que envolvem certos danos é que justificam a adoção de uma teoria mais convergente ao risco consubstanciado e à tutela ambiental. Cabe ao magistrado, por conseguinte, analisar se a probabilidade incidente no caso concreto é significativa para a imputação da responsabilidade. Os mecanismos de relativização são, de fato, elementos que contribuem para o conteúdo de prova do nexa causal, sendo a teoria das probabilidades um norte teórico a guiar as decisões judiciais, impedindo que o paradoxo da causalidade resulte na irreparabilidade do dano ambiental.

Em sintonia, Marinoni e Arenhart (2010) visualizam a possibilidade de prevalecer, em hipóteses excepcionais e de adversa causalidade, uma verossimilhança determinante, ainda que no âmbito do provimento final da demanda. Assim, em seus termos:

Excepcionalmente, a dificuldade de prova e a natureza do direito material podem justificar a redução das exigências de prova no caso concreto, dando ao juiz a possibilidade de se contentar com a verossimilhança preponderante no próprio processo de conhecimento. Isto ocorre, por exemplo, em determinadas situações de direito material em que a prova da causalidade é extremamente árdua, como acontece nos casos de lesões pré-natais. Portanto, quando se analisa a convicção judicial, é preciso considerar se a causalidade pode ser esclarecida e em que termos. Apenas quando a possibilidade de elucidação não é plena, e, assim, não há como exigir uma “convicção de certeza”, basta a “verossimilhança preponderante”, pena de serem negadas as peculiaridades do direito material e, dessa maneira, a possibilidade de uma efetiva tutela jurisdicional. (MARINONI; ARENHART, 2010, p. 143-144)

Nesse passo, privilegia-se, a partir da observação do caso concreto, a reparação e o resguardo do bem ambiental, não transformando o liame causal em um óbice a esse desiderato. Vê-se, assim, a possibilidade de flexibilização da prova desse requisito, de modo a viabilizar a responsabilização diante de casos em que a incerteza científica e a causalidade complexa são preponderantes.

Relevante ressaltar, entretanto, que não se propõe a eliminação do nexo causal como pressuposto da responsabilização objetiva. Pretende-se, ao revés da abdicação do requisito, o abrandamento de sua carga probatória, já que esta, por vezes, mostra-se demasiadamente complexa e dificultosa, prejudicando a reparação do dano ambiental. Assim, prescindindo-se da certeza característica da clássica imputação civil, objetiva-se a obrigação de indenizar com base na consecução de uma probabilidade considerável.

Carvalho (2008) pontifica, nessa seara, que a avaliação do nexo causal deve envolver a análise da probabilidade lesiva. Salienta, assim, que a valoração do mencionado requisito perpassa a observação jurídica quanto às provas acostadas aos autos, nestas

compreendidas os laudos periciais, o que determina, portanto, uma “decodificação da análise científica para a probabilidade jurídica”, de forma a conceber a imputação da responsabilidade civil com base na causalidade probabilística entre conduta e dano ambiental. (CARVALHO, 2008, p. 116)

Quanto à incidência da probabilidade na análise da prova ambiental, Oliveira (2007) expõe que aquela engendra a valoração por meio de três níveis diversos. O primeiro se refere à apreciação da prova, na qual as regras de probabilidade intervêm na formação da convicção do magistrado. O segundo plano diz respeito à ponderação do grau de prova, situação em que a prova *stricto sensu* pode dar lugar à comprovação baseada na justificação inerente à probabilidade fática. Por fim, a autora salienta a utilização da probabilidade como fundamento para a distribuição do ônus da prova. (OLIVEIRA, 2007, p. 2-3)

A partir dessa percepção, tem-se que a probabilidade é critério de inegável relevância na avaliação jurisdicional da prova ambiental, fazendo-se presente precipuamente na atenuação da carga probatória do nexos causal que, ante a já referida complexidade, demanda a utilização de mecanismos facilitadores de sua configuração. Assim, a convicção do julgador deve nortear-se por elementos mais brandos e diversos da clássica exigência probatória, objetivando não a sua dispensa, mas a moderação diante do caso concreto e das peculiaridades do direito ambiental.

Nesse norte, a tutela processual voltada a assegurar satisfatoriamente o bem ambiental exige a revisão das técnicas processuais que orientam a atividade probatória, ensejando a reconsideração a respeito da controvérsia científica e das cargas de prova reclamadas, a fim de obter a convicção a respeito dos fatos sob análise. Para tanto, mostra-se indispensável a valorização das técnicas vinculadas ao abrandamento da prova do nexos causal e à ênfase dos juízos de probabilidade que, conjuntamente ao princípio da precaução, enaltecem a avaliação dos riscos independentemente da conclusão científica, protegendo de forma

mais duradoura, portanto, o meio ambiente. (LEITE; AYALA, 2011, p. 361)

CONCLUSÃO

A veemente expansão tecnológica ocorrida nos idos da sociedade industrial engendrou não apenas a saturação dos meios produtivos, como também o surgimento de danos ambientais envoltos pela complexidade típica da sociedade atual. Assim, a utilização irresponsável dos recursos dispostos acarretou o surgimento de um novo e desconhecido leque de consequências ambientais, caracterizadas, essencialmente, pela imprevisibilidade científica.

Nesse contexto, a estagnação dos mecanismos clássicos inerentes à responsabilização ambiental termina por fomentar a crise ambiental hodiernamente suportada. Os meios probatórios utilizados restam consubstanciados, precipuamente, em certezas científicas e remédios previsíveis para o combate à degradação ambiental, mostrando-se, diante disso, insuficientes quando contrapostos a hipóteses de causalidade complexa, bem como frente à multiplicidade de poluidores e óbices temporais.

Uma das maiores dificuldades no âmbito da responsabilidade ambiental objetiva é a exigida comprovação de elemento fundamental à configuração desta, qual seja, o nexu causal. A correspondência entre conduta e dano é, por vezes, bastante tormentosa, especialmente, quando se trata de danos tipicamente oriundos da sociedade de risco vivenciada, os quais se encontram marcados, por conseguinte, pelo desafio da dúvida e da supracitada complexidade.

Desse modo, as teorias clássicas vinculadas à configuração do liame causal, como a causalidade adequada e a equivalência de condições, importadas do direito civil e penal, não são capazes de suprir as exigências probatórias advindas dos novos riscos, apartando-se, assim, da promoção de uma efetiva imputação civil ambiental. Nesse sentido, as tradicionais respostas vinculadas à

atribuição de responsabilidade emudecem diante de danos cientificamente incertos ou dotados de causas complexas, oferecendo indubitáveis barreiras à prova categórica do dano, notadamente no que toca ao nexo causal.

Nesse viés, as dificuldades enfrentadas quando da exigência de irrefutável e cabal comprovação do nexo de causalidade reclamam a necessidade de facilitação da carga probatória deste, a fim de garantir o resolutivo resguardo do meio ambiente. Surge, por conseguinte, a proeminência de mecanismos mais harmônicos à atual sociedade de risco e que alcançam de modo mais eficaz a imputação de responsabilidade ambiental por meio da relativização da prova do liame causal.

Dentre os supramencionados mecanismos, foram destacados as teorias inerentes às presunções de causalidade, à inversão do ônus da prova e à responsabilização civil coletiva, instrumentos relevantes na consecução do abrandamento do feixe probatório do nexo de causal. Todavia, malgrado o inegável relevo dos institutos ora delineados, propõe-se a adoção da teoria das probabilidades como sustentáculo das demais construções aplicáveis, porquanto esta, ao defender que a mera probabilidade entre a conduta e a ofensa perpetrada é suficiente para a aplicação da consequência do ato, é a que vislumbra maior proteção ao meio ambiente. Como mecanismo hermenêutico jurisdicional, a teoria em questão fornece respaldo às demais concepções, garantindo, assim, a atribuição da responsabilidade devida e concreta aos causadores de danos ambientais, os quais, em abundante número de casos, resultam irreversíveis.

Nesse delinear, salienta-se que não se relega a necessidade de estabelecimento de um conjunto probatório, bem como da configuração do nexo causal. Entretanto, propõe-se uma visão diferenciada da prova corolária à singularidade ambiental, no intuito de que o pressuposto em comento reste pautado em fundamentos mais brandos e viáveis à responsabilização ambiental.

Faz-se preciso, assim, a utilização de critérios diferenciados no decorrer da instrução probatória, bem como na obtenção da convicção final. Tratando-se de danos ambientais dotados da complexidade outrora contornada, pertinente se mostra a utilização dos instrumentos inerentes à mitigação da prova do nexo causal, em especial, a probabilidade, que, visando à reparabilidade do meio ambiente, auxilia na prestação de uma tutela jurisdicional adequada.

Em conclusão, observa-se que a facilitação probatória do nexo causal é medida essencial à efetivação da responsabilidade civil ambiental em casos de extrema complexidade no que tange à comprovação de danos permeados pela incerteza científica e multiplicidade causal. Mostra-se, por conseguinte, oportuna a utilização da teoria das probabilidades como instrumento hermenêutico na avaliação jurisdicional do nexo causal, no intuito de adequarmos a necessidade probatória deste às peculiaridades atinentes à sociedade pós-industrial. Dessa feita, com fulcro nas teorias relativizadoras e, principalmente, na probabilidade determinística, visa-se alcançar a efetiva reparabilidade do dano ambiental e, por via de consequência, a promoção de um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **A tutela judicial do meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARCHER. António Barreto. **Direito do Ambiente e Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 2009.

BARBOSA, Rangel; OLIVEIRA, Patrícia. O princípio do poluidor-pagador no Protocolo de Quioto. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Doutrinas Essenciais – Direito Ambiental: Responsabilidade Civil**. v. VII. São Paulo: RT, 2010.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

_____; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BENJAMIN, Antônio Herman. O princípio do poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental. In:_____. **Dano Ambiental**: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Doutrinas Essenciais – Direito Ambiental: Responsabilidade Civil**. v. VII. São Paulo: RT, 2010.

BRANCO, Samuel Mulgel. **Ecossistêmica**: uma abordagem integrada dos problemas do meio ambiente. 2. ed. São Paulo: E. Blücher, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Público do ambiente**. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1995.

_____; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito Constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO; Délton Winter de; LEITE, José Rubens Morato. O nexo de causalidade na responsabilidade civil por danos ambientais. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 12, n. 47. jul./set. 2007.

_____. **Dano ambiental futuro**: a responsabilização civil pelo risco ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CATALÁ, Lucía Gomis. **Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente**. Pamplona: Arazandi Editorial, 1998.

CORDEIRO, Antonio Menezes. Tutela do ambiente e direito civil. In: AMARAL, Diogo Freitas do. (Coord.) **Direito do Ambiente**. Lisboa: INA, 1994.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexa causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DEMAJOROVIC, Jacques. **Sociedade de risco e responsabilidade sócio-ambiental: perspectivas para a educação corporativa**. São Paulo: Editora Senac, 2003.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Doutrinas Essenciais – Direito Ambiental: Responsabilidade Civil**. v. VII. São Paulo: RT, 2010.

KLOCK, Andréa Bulgakov; CAMBI, Eduardo. Vulnerabilidade Socioambiental. In: MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso de Leme. **Doutrinas Essenciais – Direito Ambiental**. v. 1. São Paulo: RT, 2011.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LOPES, Pedro Silva. **Dano ambiental: responsabilidade civil e reparação sem responsável**. Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, v. 8, dez, 1997.

LOPEZ. Teresa Ancona. **Nexo Causal e Produtos potencialmente Nocivos – a Experiência Brasileira do Tabaco**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MACHADO, Jeanne da Silva. **Direito ambiental brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo cautelar**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Antônio Carvalho. **A política de ambiente da comunidade econômica européia**. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MIRABETE; Julio Frabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. v. 1: parte geral, arts. 1 a 120 do CP. 24 ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2006. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A prova no processo coletivo ambiental: necessidade de superação de velhos paradigmas para a efetiva tutela do meio ambiente. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Doutrinas Essenciais – Direito Ambiental: Responsabilidade Civil**. v. VII. São Paulo: RT, 2010.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais do direito ambiental. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Cidadania coletiva**. Florianópolis, Paralelo 27, 1996.

_____. Direito ambiental: o princípio da precaução e sua aplicação judicial. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: RT, v. 21, p. 92-102, jan./mar. 2001.

MOTA, Mauricio. Princípio da precaução no direito ambiental: uma construção a partir da razoabilidade e da proporcionalidade. In: NERY

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Ana Perestelo de. **Causalidade e Imputação na Responsabilidade Civil Ambiental**. Coimbra: Almedina, 2007.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Direito Processual Ambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

PIERANGELI, José Henrique. **Escritos jurídicos-penais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

PINHO, Hortênsia Gomes. **Prevenção e reparação de danos ambientais**: as medidas de reposição natural, compensatórias e preventivas e a indenização pecuniária. Rio de Janeiro: GZ Ed.; Stuttgart, Alemanha: R. Bosh, 2010.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de Direito Ambiental**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. **Elementos do direito ambiental**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SALOMON, Fernando Baum. **Nexo de causalidade no direito privado e ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SAMPAIO, Francisco José Marques. **Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

SANCHEZ, Antonio Cabanilla. **La reparación de los daños al medio ambiente**. Pamplona: Arazandi, 1996.

SILVA, Danny Monteiro da. **Dano Ambiental e sua Reparação**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Considerações sobre nexos de causalidade na responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, RT, ano 8, n. 32, p. 83-103, out./dez. 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. In: _____. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TESSLER, Luciane Gonçalves. **Tutelas jurisdicionais do meio ambiente**: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004.

TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Unimep, 2005.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. O direito ambiental e seus princípios informativos. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Doutrinas Essenciais – Direito Ambiental: Responsabilidade Civil**. v. VII. São Paulo: RT, 2010.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente**. 1. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá, 2006.

WINTER, Gerd. A natureza jurídica dos princípios fundamentais do direito ambiental. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Cidadania coletiva**. Florianópolis: Paralelo 27, 1996.

A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA "COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL"

GUSTAVO COSTA DO AMARAL: Advogado no escritório Amaral, Marques, Villar, Protásio Advocacia. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

RESUMO: A relativização da “coisa julgada inconstitucional” é um tema atual e polêmico entre a doutrina processualista e constitucionalista. Este artigo discute a possibilidade da revisão das decisões transitadas em julgado nos casos em que há inconstitucionalidade em seu conteúdo, abordando os fundamentos legais e doutrinários tanto dos posicionamentos favoráveis à relativização, como dos contrários ao tema, fazendo uma explanação entre a doutrina clássica e moderna, percorrendo estudos de grandes nomes do Direito brasileiro, apresentando os meios cabíveis para a relativização da coisa julgada, assim como a contraposição entre o princípio da segurança jurídica e o da dignidade da pessoa humana, levando também em consideração outros princípios constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa julgada. Inconstitucionalidade. Dignidade da pessoa humana. Segurança Jurídica. Ação rescisória. Teoria da relativização.

ABSTRACT: *The relativization of "unconstitutional res judicata" is a current and controversial topic among the proceduralist and constitutional doctrine. This article discusses the possibility of reviewing final decisions in cases where there is unconstitutional objects on its content, addressing the legal and doctrinal foundations of both favorable positions to relativization, as opposed to the subject, with an explanation between classical and modern doctrine, covering studies of the greatest authors of Brazilian law, presenting appropriate means for relativization of res judicata, as well as the contrast between the principle of legal certainty*

and of the dignity of the human person, also taking into account other constitutional principles.

KEYWORDS: *Thing judged. Unconstitutional. Human dignity. Legal security. Rescission action. Theory of relativity.*

INTRODU O

A jurisdi o tem como escopo primário a pacifica o social, a qual se d  através da soluço dos litígios. Partindo deste princípio, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a imutabilidade das decisões transitadas em julgado, aplicando a teoria da coisa julgada para que fosse garantida a segurança jurídica em um Estado Democrático de Direito. Assim, após manifesta o final do Poder Judiciário, não pode o mesmo caso ser rediscutido novamente, seja por meio judicial, ou administrativo, nem ser afetado por lei superveniente.

A doutrina clássica direciona-se para a ado o do brocardo romano *res iudicata facit de albo nigrum, de quadrata rotundis* (a coisa julgada faz o branco tornar-se preto e o quadrado, redondo), pondo um fim ao litígio após a decisão transitada em julgado, não importando se esta   adequada ou não ao caso, valorizando prioritariamente a segurança jurídica, acabando com a possibilidade da perpetua o dos litígios.

Já na doutrina e jurisprudência modernas há uma crescente tendência em se mitigar os limites definidos pela doutrina clássica acerca da coisa julgada. Isto  , novas teorias estão sendo aplicadas a casos concretos em que as decisões proferidas foram, a priori, inadequadas e prevendo a possibilidade da revisão da *res iudicata* mesmo tendo corrido o prazo decadencial de dois anos para propositura da a o rescisória.

Assim, o presente artigo traz uma abordagem sobre a evolu o da doutrina clássica   moderna acerca da coisa julgada, apresentando a problemática da “coisa julgada inconstitucional”, a existência de fundamentos para a modifica o da teoria clássica da imutabilidade, as críticas e etc.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA COISA JULGADA

A doutrina, em geral, adota como marco histórico inicial da coisa julgada a tratativa dada pelo Direito Romano. O processo romano é estudado sendo dividido em três períodos: período da *legis actiones*; período *per formulas* e período da *extraordinaria cognitio*.

No primeiro período, da *legis actiones*, não havia uma autonomia da ciência processual, e sim, apenas a consideração do direito material. Esclarecendo este pensamento, Marcelo Cunha de Araújo cita Tucci e Azevedo afirmando:

Os romanos não diziam ‘eu tenho um direito’ (e, por via de consequência, uma ação para tutelá-lo), mas diziam simplesmente: ‘eu tenho uma ação’. E, assim, considerava-se titular da *actio*, não qualquer cidadão que preenchesse certos requisitos, mas, somente, aquele que lograsse demonstrar, nos esquemas preestabelecidos, uma situação de direito material realmente existente. (ARAÚJO, 2007, p.76).

Neste período, havia duas fases procedimentais: a *in iure* e a *apud iudicem*. A primeira ocorria perante o pretor, este que realizava papel de magistrado e tinha função de fixar os pontos controvertidos, e a segunda, a qual um cidadão romano, com papel de árbitro particular, julgava soberanamente o conflito.

O segundo período, o *per formulas*, o qual iniciou-se a partir da instituição da República, era caracterizado pelo fornecimento de uma fórmula ao *iudex* (árbitro particular), que era redigida pelo pretor e continha o resumo, os limites e objetos da demanda, o nome do árbitro escolhido pelos litigantes e o compromisso a ser assinado pelas partes de cumprirem a decisão proferida pelo árbitro.

Porém, a coisa julgada apenas começou a ser tratada pelo Direito Romano a partir do terceiro período, o da *extraordinaria cognitio*. Isto porque, anteriormente, a sentença era considerada um acordo extraprocessual de submissão à decisão do magistrado, e portanto, não

atingia a terceiros. Somente a partir do momento em que a sentença passou a ser decorrente do poder estatal, em virtude da oficialização da justiça no período da cognição extraordinária, os romanos perceberam que os efeitos das decisões passariam a afetar não só às partes mas também a terceiros.

A partir daí, após a exaustão dos recursos cabíveis à época, operava-se a coisa julgada, que era a presunção de veracidade na causa analisada, surgindo assim o brocardo romano *res iudicata facit de albo nigrum, de quadrata rotundis* (a coisa julgada faz o branco tornar-se preto e o quadrado, redondo).

Assim, adotando os ensinamentos romanos, os autores clássicos, de forma geral, aqui trazidos como exemplo Carnelutti e Chiovenda, conceituaram a coisa julgada como uma eficácia especial da sentença, que lhe conferia certeza e autoridade em virtude da presunção absoluta de veracidade.

2. ASPECTOS GERAIS SOBRE A COISA JULGADA

2.1 CONCEITO

A coisa julgada é trazida na Carta Magna de 1988 como garantia constitucional expressa em seu art. 5º, XXXVI (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”) teve sua definição no aspecto material dada pelo Código de Processo Civil de 1973, em seu art. 467, *in verbis* “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”, posteriormente corrigida pelo Novo Código de Processo Civil, em seu art. 502, o qual afirmou que o que se torna indiscutível é a decisão de mérito, e não a sentença, da qual não cabe mais recursos em geral.

Para o ilustre doutrinador Pontes de Miranda:

Quando da sentença não mais cabe recurso, há *res iudicata*. As questões que havia, de fato e de direito, foram julgadas. Passa em julgado a decisão e

não os fundamentos, e o que se julga de *quaestiones facti* apenas concerne a decisão.” (1974, p.143 e 144).

Assim, fica claro o conceito clássico de coisa julgada, que nada mais é que a qualidade da decisão que tornou-se imutável pelos meios recursais de impugnação após o seu trânsito em julgado. Tal imutabilidade, para o Excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, se dá devido a aplicação da técnica da preclusão.

Ontologicamente, preclusão significa “fechar, impedir”. Esta é classificada de três maneiras: preclusão temporal, lógica ou consumativa. Para Fux:

A possibilidade de recorrer pode precluir em função da perda do tempo próprio para impugnar a decisão, ‘preclusão temporal’, como, v.g., ocorre quando a sentença, apelável em 15 (quinze dias), sofre impugnação no 17º dia após a sua intimação às partes. Destarte a prática de ato incompatível com a vontade de recorrer, como v.g., a aceitação da decisão, gera ‘preclusão lógica’, também obstativa de recurso. E, finalmente a ‘preclusão consumativa’ que se opera pela prática de um ato que exclui o recurso, como v.g., o cumprimento da decisão judicial.” (2001, p.693 e 694).

2.2 COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL

A doutrina nos traz um complemento ao conceito de coisa julgada o qual o art. 467 do CPC/73 e 502 do NCPC quedaram-se em definir: a coisa julgada formal. Esta difere do referido fenômeno descrito no Código de Processo Civil e segundo Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 526), a coisa julgada formal decorre simplesmente da

imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida pela impossibilidade de interposição de recursos, quer porque a lei não mais

o admite, quer porque esgotou o prazo estipulado pela lei sem interposição pelo vencido, quer porque o recorrente tenha desistido do recurso interposto ou ainda tenha renunciado a interposição.

Assim, a coisa julgada formal opera-se de maneira endoprocessual, porém sem impedir que o objeto da demanda seja discutido em outro processo.

Já a coisa julgada material, conceito trazido pela legislação processual civil, produz seus efeitos dentro e fora de qualquer processo, proibindo o reexame do mérito, por este já ter sido apreciado e julgado.

É importante ressaltar que a coisa julgada formal pode operar-se de maneira independente, ou seja, sem a necessidade da existência da coisa julgada material. Isto ocorre exatamente nos casos em que a sentença proferida é meramente terminativa. Assim, como não há resolução do mérito, não há trânsito em julgado material, inexistindo assim a coisa julgada material, a qual para existir depende obrigatoriamente da *res iudicata* formal.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A COISA JULGADA

A coisa julgada é um instituto, assim como outros, que encontra guarida na Constituição Federal e torna estável a relação jurídica regulada pelo pronunciamento judicial. Portanto, a simples violação infundada da coisa julgada é, além de profanação a índole processual, uma verdadeira afronta a uma garantia constitucional, tendo em vista que nem mesmo alterações na legislação ordinária podem ofender tal instituto, devido a força do art. 5º, XXXVI, da CF.

Porém, nossa Carta Magna trouxe alguns princípios que ao serem ponderados em relação a outros, devem manter-se em maior evidência. Isto porque nenhum princípio, inclusive os constitucionais, é absoluto, sendo obrigatório, em caso de conflitos, que seja avaliado o caso concreto para aplicação do direito prevalecente.

Um exemplo clássico para este assunto é a permissão do aborto nos casos previstos no art.128 do Código Penal[1] e aplicação da pena de morte, hipótese elencada no art. 5º, XLVII, “a” da Constituição[2], pois até mesmo o direito constitucional à vida é relativo.

O princípio da segurança jurídica é utilizado como argumento para a existência da coisa julgada imutável, ou seja, uma decisão proferida da qual não cabe recurso algum deve tornar-se estável, propiciando, assim, o fim da lide.

Este princípio visa garantir a estabilidade das relações sociais, seja por meio do direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, bem como prescrição e decadência, para assim evitar-se a perpetuação dos litígios.

Porém, vale ressaltar os pensamentos de Cármen Lúcia Antunes Rocha, a qual afirma que:

a segurança não é imutabilidade, pois esta é própria da morte. A vida, esta, rege-se pelo movimento, que é próprio de tudo que vive. A sociedade, como o direito que nela e para ela se cria, é móvel. O que se busca é a segurança do movimento. Ele pode se produzir no sentido do incerto, o que é contrário ao direito, gerando desconforto e instabilidade para as pessoas. (2004, p 169)

Portanto, em determinados casos em que a coisa julgada forma-se de maneira espúria, tornando-se insuportável para o direito, não há segurança, e sim, desconforto às partes, pois chega a ofender princípios como o da moralidade, legalidade e dignidade da pessoa humana, os quais devem se sobrepor à coisa julgada.

Neste sentido está o posicionamento do Professor José Augusto Delgado:

A moralidade está ínsita em cada regra posta na Constituição e em qualquer mensagem de cunho

ordinário ou regulamentar. Ela é comando com força maior e de cunho imperativo, reinando de modo absoluto sobre qualquer outro princípio, até mesmo sobre o da coisa julgada. A moralidade é da essência do direito. A sua violação, quer pelo Estado, quer pelo cidadão, não gera qualquer tipo de direito. Este inexistente, por mais perfeito que se apresente no campo formal, se for expresso de modo contrário à moralidade.[\[3\]](#)

Assim, segurança jurídica deve consistir na inviolabilidade da Constituição, devendo prevalecer os princípios da dignidade da pessoa humana, moralidade e legalidade, e não se contrapor a tais princípios garantindo a imutabilidade das decisões, mesmo injustas, apenas por força de lei ordinária a qual estipulou prazo decadencial e determinadas hipóteses para a rescisão dos julgados irrecorríveis.

4. MEIOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO PARA QUESTIONAR A COISA JULGADA

Para o Ordenamento Jurídico Brasileiro, a coisa julgada não é absoluta. Por vezes, a decisão transitada em julgado pode conter vícios insuportáveis para o Direito pelo fato de ter sido constituída de maneira espúria. Assim, ordenamento jurídico pátrio previu meios para que a “imutabilidade” da coisa julgada fosse questionada.

É pacífico na doutrina o entendimento de que é possível rever a coisa julgada nos casos de ação rescisória, revisão criminal, impugnação ao cumprimento de sentença e, antes do advento do NCPC, por embargos à execução oferecidos pela Fazenda Pública, hipótese esta substituída pela impugnação ao cumprimento de sentença nos termos do art. 535 do referido diploma legal.

A ação rescisória está prevista em nosso Código de Processo Civil de 2015. Porém, este meio de impugnação a coisa julgada pode apenas ser utilizados nas hipóteses seguintes:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica;

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

A revisão criminal, prevista no Código de Processo Penal, é uma ação impugnativa que tem como objetivo rever uma sentença já transitada em julgado para beneficiar o réu. Cabível nas hipóteses expressas no art. 621, do CPP:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de

circunstância que determine ou autorize diminui o especial da pena.

A impugna o ao cumprimento de sentença   “um incidente processual. Não trata de demanda incidental ou de processo incidente. Constitui defesa do executado na fase de cumprimento da sentença condenatória ao pagamento de quantia por execu o forçada” (MARINONI e MITIDIERO, 2011, p 470.) atualmente cabível nas hipóteses do art. 525 do Novo Código de Processo Civil.

A impugna o ao cumprimento de sentença pela fazenda pública   um novo meio de questionar   coisa julgada, o qual substituiu os embargos   execu o após o advento do Novo CPC. Trata-se de procedimento de cogni o parcial, ou seja, não pode ser alegada nenhuma matéria estranha àquelas posta no art.535, NCPC[4] sob pena de não ter o pedido conhecido ou de indeferimento de plano da peti o inicial, nos casos em que toda matéria alegada seja estranha ao dispositivo citado.

5. A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

A divergência sobre os meios de impugna o das decisões que transitaram em julgado   existente ao tratar da relativiza o da “coisa julgada inconstitucional”. Este tema foi tratado pioneiramente no Brasil pelo ex-ministro do Superior Tribuna de Justiça José Augusto Delgado, o qual entende que todo provimento jurisdicional deve guardar conformidade com a Constitui o, sob pena de se configurar uma não-decisão.

Neste sentido, o referido autor afirma que “a grave injustiça não deve prevalecer em época nenhuma, mesmo protegida pelo manto da coisa julgada, em um regime democrático, porque ela afronta a soberania da prote o da cidadania.”(DELGADO, *apud*NOJIRI, 2006, p. 311.).

O termo “coisa julgada inconstitucional” acaba sendo criticado por alguns doutrinadores pelo fato de a coisa julgada ser a qualidade dada a uma sentença, não podendo, portanto, ser constitucional ou inconstitucional. Neste sentido, Paulo Henrique dos Santos Lucon (2006, p. 300), ensina que:

As expressões “coisa julgada inconstitucional” e “relativiza o da coisa

“coisa julgada” merecem ser criticadas pelos motivos a seguir expostos: I) a coisa julgada é uma qualidade da sentença, não podendo, por isso, ser constitucional ou inconstitucional; II) a inconstitucionalidade pode estar na sentença ou em qualquer ato do poder, nunca na coisa julgada; III) a sentença incompatível com a Constituição Federal assim já é, antes mesmo do trânsito em julgado; IV) não se “relativiza” a coisa julgada, quando há “a ampliação do terreno ‘relativizado’” ou “o alargamento dos limites da ‘relativização’”⁴⁹; V) aliás, “não faz sentido que se pretenda ‘relativizar’ o que já é relativo⁵⁰, uma vez que a lei não confere nem nunca conferiu valor absoluto à coisa julgada material; VI) pelo contrário, a coisa julgada só prevalece dentro dos limites dispostos expressamente pelo ordenamento jurídico.

Assim, conforme este entendimento doutrinário, a coisa julgada jamais obteve valor absoluto, pois, o ordenamento jurídico pátrio sequer a conferiu tal grau, bem como previu sua prevalência apenas dentro dos limites legais.

Para uma outra corrente doutrinada, representada por autores como Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Theodoro Júnior, Carlos Valder do Nascimento, dentre outros, a coisa julgada pode ser relativizada devido a prevalência dos princípios constitucionais da moralidade, razoabilidade proporcionalidade, mesmo em hipóteses não previstas na legislação ordinária^[5], pois “sentença que ofende a Constituição nunca terá força de coisa julgada” (DELGADO, 2003, p. 52).

Dinamarco afirma que a sentença absurdamente lesiva não é sentença, e portanto, não pode alcançar o trânsito em julgado (2001, p.160). Já para Humberto Theodoro Júnior, uma decisão que transita em julgado tendo o seu conteúdo eivado de vícios insuportáveis para o Direito, tais como inconstitucionalidade, é nula, e não inexistente, e possui apenas aparência de coisa julgada.^[6]

Apesar da divergência citada acima, apenas sobre inexistência ou nulidade da decisão, ambos doutrinadores acreditam na prevalência dos princípios constitucionais citados, bem como no princípio da dignidade da pessoa humana sobrepondo-se à segurança jurídica visto que

Se o justo é o caminho, não importam os meios processuais, para a relativização e, com isso, tem-se a amplitude instalada pelo Prof. Candido Dinamarco⁷, o qual conclui que pode ser relativizada por simples petição nos autos, via ação rescisória, embargos à execução, objeção/exceção de executividade, querela nullitatis, ou seja, **qualquer meio processual que se atinja a dimensão ética do processo...** (GÓES, 2006, p. 144). (Grifo nosso).

A partir desse entendimento, tais autores afirmam que não é possível atribuir prazo para a relativização de uma decisão transitada em julgado a qual possui desconformidade com a Constituição Federal, pois essa poderá ser revista caso haja violações de princípios da Carta Magna por qualquer meio processual que se atinja a dimensão ética do processo.

5.1 A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Como já exposto, “existe uma irritação do subsistema social do direito gerada por decisões de aplicação do código lícito/ilícito que geram uma visível inconsistência com os princípios gerais do próprio ordenamento jurídico” (ARAÚJO, 2007, p.198).

Na prática, os casos mais importantes e que propugnam a teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional são os de investigação de paternidade que tiveram suas sentenças proferidas antes do advento do exame de DNA, e que posteriormente, ficou comprovado a paternidade (ou não) com o referido exame.

Para o professor Dinamarco (2003, p.36) “a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios”. Portanto, toda injustiça deve ser sanada, mesmo que a segurança jurídica seja violada.

Assim, os autores que defendem a possibilidade de relativização da coisa julgada inconstitucional, além da utilização dos meios legalmente previstos (ação rescisória, revisão criminal e impugnação ao cumprimento de sentença), apresentam outros instrumentos para questioná-la mesmo após os prazos legais.

A *querela nullitatis* é uma ação declaratória de vício insanável, de competência do juízo de 1º grau e que não está sujeita a prazo. Por este meio, é possível questionar o vício havido no processo, quando o posicionamento doutrinário afirma que a sentença é nula por ser contrária a constituição.

Para a doutrina representada por Dinamarco, a sentença contrária a Constituição é inexistente, e portanto, é possível utilizar-se qualquer meio processual que atinja a dimensão ética do processo, inclusive, por ação declaratória negativa.

Assim, na prática, o mais comum é a utilização dos meios previstos na legislação, citados no item 4, porém, mesmo com a decadência dos prazos, ainda é, segundo a doutrina, possível que a coisa julgada seja relativizada visando as garantias constitucionais já apresentadas.

6. NOVO CONTEXTO TRAZIDO PELO CPC/2015

No tocante à possibilidade de questionamento da coisa julgada por meio da ação rescisória, o Novo Código de Processo Civil trouxe uma nova hipótese de renovação para a contagem do prazo decadencial para propositura da mencionada ação.

Esclareceu-se no §12 do art. 525 e §5º do art. 535 que os títulos e obrigações fundados em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais ou incompatíveis com a CF pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso ou concentrado, são inexecutáveis e inexigíveis, respectivamente, e por conta disso, caberá impugnação ao cumprimento de sentença.

Sendo esta inconstitucionalidade ou incompatibilidade declaradas após o trânsito em julgado, será cabível ação rescisória, sendo o prazo decadencial desta iniciado após a manifestação definitiva da Corte Suprema, nos termos dos §15 do art. 525 e §8º do art. 535, do NCPC.

Desta forma, consolidou-se uma nova hipótese para propositura da a o rescisória, bem como para impugna o ao cumprimento de sentença, sendo estas cabíveis a depender do momento em que se firmou o posicionamento do STF.

7. JURISPRUDÊNCIA

Como já tratado neste artigo,   cada vez mais frequente a hipótese de flexibiliza o da coisa julgada, e, principalmente, nos casos de investiga o de paternidade já transitados em julgado, porém, anteriores ao advento do exame de DNA. Os meios comumente utilizados para a desconstitui o dos julgados são: uma nova a o de investiga o de paternidade; a o declaratória de nulidade da decisão anterior; e até mesmo a o rescisória sem a observância do prazo decadencial de dois anos.

O caso abaixo demonstra o entendimento da possibilidade de propositura de uma nova a o para discutir a coisa julgada com base no advento do exame de DNA:

Resp 226.436 / PR

Min.-Relator: S lvio de Figueiredo Teixeira; 4^a
Turma; DJ: 04/02/02 (p. 370)

Ementa:

“PROCESSO CIVIL. INVESTIGA O DE PATERNIDADE. REPETI O DE A O ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS. **COISA JULGADA. MITIGA O.** DOUTRINA. PRECEDENTES. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLU O. RECURSO ACOLHIDO.

I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva a o de investiga o de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira a o, o

exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido.

II – Nos termos da orientação da Turma, ‘sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza’ na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real.

III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, ‘a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, **a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade**’.

IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que **atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum.**”(grifo nosso). (ARAÚJO, 2007, p. 171 e 172.)

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL –
AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE
– COISA JULGADA – RENOVAÇÃO DO
PEDIDO – POSSIBILIDADE- EXAME DE DNA.

I - **A jurisprudência tem atenuado a rigidez da coisa julgada** nas hipóteses de investigação de paternidade, para possibilitar a realização do exame de DNA, **dando uma solução mais justa à matéria.** Precedentes.

II - O reconhecimento do estado de filiação, nos termos do art.27 do ECA, é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, tornando-se necessário apurar a veracidade dos fatos, para não deixar um filho sem pai ou pai sem filho, admitindo, na mesma linha de raciocínio das ações de alimentos, a ocorrência apenas da coisa julgada formal e não material, impeditiva do reexame da matéria no mesmo processo.

III - Recurso reconhecido e provido. Unânime. Conhecer e dar provimento. (TJDF – APC 19990910029102 – 5ªT.Cív – Relatora Dês. Haydevalda Sampaio – DJU 22.11.2000.) (ARAÚJO, 2007, p. 174).

A jurisprudência trazida abaixo remonta a propositura de uma nova ação, porém, em busca da verdade material, tendo em vista que a decisão que transitou em julgado baseou-se apenas na verdade formal, devido a confissão ficta. Segue:

Resp 427.117 / MS

Ministro-Relator: Castro Filho; 3ª Turma; DJ: 16/02/04 (p. 241)

Ementa:

“PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROPOSITURA DE

AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE PELO NÃO COMPARECIMENTO DA REPRESENTANTE LEGAL DO

INVESTIGANDO À AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. CONFISSÃO. **COISA JULGADA. AFASTAMENTO. DIREITO INDISPONÍVEL.**

I - Na primitiva ação de investigação de paternidade proposta, a improcedência do pedido decorreu de confissão ficta pelo não comparecimento da mãe do investigando à audiência de instrução designada. Considerando, assim, que a paternidade do investigado não foi expressamente excluída por real decisão de mérito, precedida por produção de provas, impossível se mostra cristalizar como coisa julgada material a inexistência do estado de filiação, **ficando franqueado ao autor, por conseguinte, o ajuizamento de nova ação. É a flexibilização da coisa julgada.**

II – Em se tratando de direito de família, acertadamente, doutrina e jurisprudência têm entendido que a **ciência jurídica deve acompanhar o desenvolvimento social, sob pena de ver-se estagnada em modelos formais que não respondem aos anseios da sociedade.** Recurso especial conhecido e provido.” (grifo nosso).

O próximo julgado trazido a baila não adota a possibilidade de reabertura do processo, porém, admite, mesmo assim, revisão da coisa julgada utilizando outros meios. Assim, prevê que havendo nulidade na decisão anterior, seja por violação aos princípios constitucionais ou qualquer outro vício processual, a coisa julgada pode ser superada.

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. DECISÃO DE IMPROCEDÊNCIA DA TRANSITA. AÇÃO RESCISÓRIA NÃO PROPOSTA. PEDIDO DE REABERTURA PARA A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, ENTÃO DESCONHECIDO NA ÉPOCA DA INSTRUÇÃO. DECISÃO INDEFERITÓRIA.

COISA JULGADA. Descabe pedido de reabertura de ação de investigação de paternidade, para operar-se exame por técnica hoje prestigiada, inexistente quando da instrução original, se a decisão de improcedência cobriu-se com o manto de sua própria autoridade. **Somente em situações teratológicas, onde se vislumbra nulidade essencial na demanda singular, é que se admite superação da coisa julgada,** em genuflecta obediência à garantia constitucional da filiação. Agravo improvido. (Agravo de Instrumento nº 70000218313, 7ª Câmara Cível do TJRS, Lagoa Vermelha, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis. j. 10.11.1999.

Portanto, é possível perceber a que ponto tende a evolução jurisprudencial acerca da relativização da coisa julgada. Pois, na decisão acima, o relator já entende que nos casos em que há nulidade essencial na demanda a coisa julgada pode ser superada.

8. CONCLUSÃO

No decorrer do presente estudo ficou clara a evolução do conceito de coisa julgada. O instituto anteriormente tratado pelo Direito Romano e basicamente definido pelo brocardo “a coisa julgada faz o branco tornar-se preto e o quadrado, redondo”, era considerado de caráter absoluto, porém, a doutrina moderna nos mostra a relativização do referido instituto.

Com a constitucionalização do direito processual, os princípios trazidos pela Carta Magna, obrigatoriamente, devem estar presentes nas relações processuais. Assim, não só a segurança jurídica deve ser aplicada ao instrumento da jurisdição, mas também o princípio da dignidade da pessoa humana, moralidade, legalidade dentre outros.

Como visto, o instituto da coisa julgada tem como objetivo dar um fim a lide, evitando a perpetuação dos litígios e assim garantindo às partes a aplicação da segurança jurídica. Porém, a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a

preceito de não se perpetuarem os litígios, e por isso, nos casos em que a coisa julgada ofende os princípios constitucionais, estes devem ser ponderados para analisar se é possível sobrepujarem-se à segurança jurídica.

Portanto, nosso entendimento está conforme os autores citados acima, os quais afirmam que há possibilidade de relativizar a coisa julgada inconstitucional, seja pelos meios previstos na legislação, tratados no item 4, quais sejam: ação rescisória, revisão criminal, impugnação ao cumprimento de sentença; bem como nos termos do item 5.1, mesmo esgotando-se os prazos decadenciais previstos na legislação, utilizando-se da ação declaratória de vício insanável (*querela nullitatis*) ou, segundo Dinamarco, utilizando-se de qualquer meio processual que atinja a dimensão ética do processo, inclusive, por ação declaratória negativa, pois a justiça deve estar acima da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marcerlo Cunha de. **Coisa Julgada Inconstitucional: Hipóteses de Flexibilização e Procedimentos para Impugnação**. 1. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.

BAPTISTA, Ovídio, GÓES, Gisele, JÚNIOR, Humberto Theodoro, MARINONI, Luiz Guilherme, NOJIRI, Sérgio, et. al. **Relativização da Coisa Julgada: Enfoque Crítico**. 2. ed. Bahia: *Jus Podivm*, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 1.ed. Bahia: *Jus Podivm*, 2008.

DELGADO, José Augusto. **Os efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais**. 4Ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DELGADO, José Augusto. **Os efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/ambiental3/painel4.htm>. Acesso em: 07 jan. 2014.

DELLORE, Luiz. **Estudos sobre a Coisa Julgada e Controle de Constitucionalidade**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará. Vol.5 Belém: Imprensa Oficial, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel . **Relativizar a coisa julgada material**: v. 28, n. 9. Revista de Processo: Rio de Janeiro, p. 9-38, 2003.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição a Teoria da Coisa Julgada**. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil**: Comentado artigo por artigo. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**: Tomo V. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa Julgada Civil**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e Segurança Jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol I. 50.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NOTAS:

[1] Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

[2] XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

[3] DELGADO, José Augusto. **Os efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais.** Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/ambiental3/painel4.htm>. Acesso em: 07 jan. 2014.

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;

II - ilegitimidade de parte;

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

IV - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

V - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;

VI - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes ao trânsito em julgado da sentença.

[5] GÓES, 2006. p. 143 e 144.

[6] GÓES , 2006, p. 144 .

INFLUÊNCIA DA NOVA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

RICHARDSON DONIZETI ALVES: Formado em ciências contábeis pela (Unifev - Centro Universitário de Votuporanga); Pós Graduado em Gestão Pública pela (Unifev - Centro Universitário de Votuporanga); Estudante de Direito cursando o 9º semestre pela (Universidade Brasil); Profissão contador.

Prof. Especialista orientador:
Marco Antônio Colmati Lalo

RESUMO: O método de pesquisa será de revisão literária, apresentando ideias pessoais e objetos. As razões do método escolhido, através do instrumento de coleta dos dados, indicam a forma de análise a ser empregada. Sendo assim, o objetivo da pesquisa é de analisar, se após a inserção da Lei de Responsabilidade Fiscal, o mau planejamento público, os gastos equivocados e dispensados se ausentaram da execução financeira da administração pública. A presente pesquisa também visa dar ao leitor os principais conceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal, a forma em que é aplicada ao planejamento público, e deslumbrando uma visão de como a mesma atingiu aos pequenos municípios.

Palavras-chave: Lei de Responsabilidade, Gestão, Aplicação dos recursos.

ABSTRACT: The research method is a literature review, presenting personal ideas and objects. The reasons for the method chosen by the data collection instrument, indicating the form of analysis to be used. Thus, the objective of the research is to analyze if after insertion of the Fiscal Responsibility Law, the bad public planning, misguided spending and dispensed were absent the financial execution of public administration. This research also aims to give the reader the main concepts of the Fiscal Responsibility Law, the way it is applied to public planning and dazzling a vision of how it reached the small municipalities.

Keywords: Responsibility Law, Management, Use of funds.

INTRODUÇÃO

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), hoje, é uma poderosa ferramenta para administração pública, surgiu em fase aos grandes déficits públicos e ao acúmulo de dívidas. O estudo é relevante, pois o gestor público assumia determinado cargo político mesmo sabendo das condições financeiras precárias do erário, que postergava ações concretas e efetivas, transferindo assim para outros mandatos o peso do desequilíbrio das contas públicas. Assim, os governantes devem aplicar a referida lei para não comprometerem suas contas, incorrendo em endividamentos para cobrir as deficiências orçamentárias, submetendo-se a altos juros para continuar financiando sua dívida. Isto resultava, conseqüentemente, na incerteza de saldar os compromissos assumidos.

Com esses exemplos do passado que todos os brasileiros querem afastar, sendo esses gastos sem propósitos claros, deficientes de qualquer planejamento objetivo e competente.

No entanto, as técnicas devem ser aplicadas, pois a sociedade espera que a partir de agora a eficiência e a transparência substituam aquelas velhas e perniciosas práticas, que por muito tempo marcaram a imagem dos homens públicos neste país, contribuindo para o descrédito das instituições que simbolizam a democracia e o estado de direito.

influência no planejamento público

Todavia para o aproveitamento máximo de fixação de ideias e experiências, deve-se admitir que a LRF não nasceu perfeita e acabada, aliás como toda lei, muito pelo contrário, será imperioso aperfeiçoá-la, de modo exequível, facilitando o trabalho em prol da administração pública e respectivo planejamento.

Nesse diapasão existe uma diferença nesta nova lei com relação às demais, que é, de responsabilizar a área gestora financeira, a partir de um

acompanhamento sistemático de desempenho e transparência da Administração Pública.

Para tanto a mesma atribuiu novas funções à contabilidade pública enfatizando o controle financeiro e orçamentário, perseverando o interesse das informações contábeis não apenas a caráter da Administração Pública e aos seus devidos gestores, mas também à sociedade que se tornou mais ativa e participativa no processo de acompanhamento e fiscalização das contas públicas utilizando-se também dos instrumentos de comunicação, com isso repelem com que os gestores se atentem cada vez mais as suas disciplinas aos devidos limites dos escassos orçamentos, otimizando os recursos em políticas que de fato atendam às necessidades da sociedade.

Nas administrações públicas, tanto Federal, Estadual, como Municipal, os instrumentos de gestão estão consubstanciados no Sistema de Planejamento Integrado, conforme descrito anteriormente.

A finalidade precípua das administrações públicas municipais é a prestação de serviços públicos locais aos cidadãos. Para tanto se utilizam do Sistema de Planejamento Integrado (PPA, LDO e LOA), caracterizando o instrumento de gestão das entidades públicas municipais.

O PPA contempla o planejamento municipal para quatro anos; a LDO tem por função orientar a execução do planejamento anteriormente previsto no PPA para um determinado exercício, e a LOA tem a incumbência de executar o planejamento.

Desta forma, têm-se os programas e ações planejadas pelas administrações públicas municipais, que atendem as necessidades da população.

O PPA é uma lei, instituída pela Constituição Federal de 1988, que dispõe em seu Art. 165º, §1º: “ A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública, para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada”.

Segundo Andrade (2007, p. 21); “no PPA são especificadas as diretrizes, definidos os programas, explicitando os objetivos e ações, e estas são detalhadas em metas a serem cumpridas pelo governo”.

Portanto o Plano Plurianual ou PPA é um instrumento de planejamento público previsto na Constituição Federal, que tem como finalidade estabelecer as diretrizes, os objetivos e metas para as despesas de capital e outras delas decorrentes, e para as relativas aos programas de duração continuada.

Pode-se afirmar que o plano é composto basicamente de previsão dos programas de governo que serão realizados, prevendo as respectivas ações de investimento e custeio.

O PPA retrata o planejamento estratégico, pois define as diretrizes, objetivos e metas da administração, isto é, estabelece o que fazer em linhas gerais de ação, como fazer e o quanto fazer com os recursos financeiros colocados à disposição do governo para o período de 4 anos.

Porem em análise da legislação sobre o plano plurianual revela que não existe regra para divulgação dos resultados obtidos pelo governo. Dificultando sobre a eficiência e eficácia do planejamento em relação à ação governamental, ficando a critério do chefe do executivo a propositura de tal medida, em arrepio ao princípio da transparência e da boa gestão dos recursos públicos.

De acordo com a CF, o PPA será encaminhado pelo Poder Executivo, ao Poder Legislativo, até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da seção legislativa.

Observa-se que no primeiro ano de mandato está em vigor o PPA elaborado pelo erário passado, está foi à forma que o Poder Legislativo encontrou para dar continuidade aos investimentos, uma vês que o PPA representa o planejamento a longo prazo.

Entende-se, portanto que PPA apresenta uma visão de futuro de governo, pois sua elaboração até o final do primeiro ano de mandato requer

ampla análise do plano em andamento em função das disponibilidades financeiras: análise das restrições contidas no Plano Diretor Estratégico do Município (apenas para municípios com população acima de 50.000 mil habitantes), em fase dos investimentos; análise da viabilidade de inclusão dos projetos constantes do plano de governo; informação dos principais indicadores de gestão do município e da região e as perspectivas para a cidade após a execução do plano.

Os acordos administrativos são obtidos por Indicadores compreendidos como instrumentos que permitem identificar e medir aspectos relacionados a um determinado conceito, fenômeno, problema ou resultado de uma intervenção na realidade.

A principal finalidade de um indicador é traduzir de forma mensurável determinado aspecto de uma realidade dada (situação social) ou construída (ação de governo), de maneira a tornar operacional a sua observação e avaliação.

Os indicadores, portanto, são medidas, ou seja, uma atribuição de números a objetos, (RUA, 2004) acontecimentos e situações de acordo com certas regras.

Tudo que for inserido aqui deve estar em conformidade com art. 2 da Portaria MOG nº 42, de 14/04/1999, do Ministério de Estado do Orçamento e Gestão, por esta norma entende-se programa “o instrumento de organização da ação governamental, visando à concretização dos objetivos pretendidos, sendo mensurados por indicadores estabelecidos no plano plurianual”.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) por sua vez é uma lei, instituída pela Constituição Federal de 1988, que dispõe em seu Art. 165, §2º: “ A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento”.

Segundo Toledo Jr e Rossi (2005, p. 42): “No contexto desenhado pela LRF, a lei de diretrizes orçamentárias é, de longe, o meio mais importante de planejar a contenção do déficit e da dívida. Grande parte das inovações tem previsão nesse instrumento orçamentário”.

Segundo Andrade (2007) a LDO, após a vigência da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF passou ainda a versar sobre: o equilíbrio entre receitas e despesas, critérios e formas de limitação de empenho, visando o cumprimento de metas fiscais e do resultado primário e nominal, dos gastos com pessoal, limites de dívidas, sobre o uso da reserva de contingência, avaliação dos passivos contingentes e outros riscos que possam afetar o equilíbrio das contas públicas, e a inclusão de anexos de Metas Fiscais e Riscos Fiscais.

Evidencia-se que a LDO é uma lei de elaboração anual, que disciplina a elaboração da lei orçamentária para o exercício financeiro subsequente, sendo seu projeto encaminhado ao poder Legislativo e aprovado antes do envio da LOA.

Ela apresenta, portanto, o planejamento do governo, definindo as metas e prioridades para o exercício financeiro seguinte, levando em consideração o PPA, é, portanto, um instrumento intermediário entre o PPA e a LOA.

Em conformidade com a Constituição Federal deve ser elaborada pelo Poder Executivo e encaminhado ao Legislativo nos respectivos prazos: Envio da LDO Até 15/04 (até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro), devolução para respectiva sanção até 30/06 (primeiro período de sessão legislativa).

Notamos que o prazo de encaminhamento e aprovação da LDO é anterior ao prazo de encaminhamento do PPA no primeiro ano de governo, o que significa dizer que a LDO do primeiro ano de mandato sofre processo de planejamento inverso, sobrepondo o planejamento estratégico que deve nortear as ações do governo.

Para determinar as Metas Fiscais se faz obrigatório conforme dispõe o art. 4, §1º da LRF que menciona, integrará o projeto de lei de

diretrizes orçamentárias o Anexo de Metas Fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes.

Sendo assim tem como objetivo estabelecer as metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominais, primários e montante da dívida pública, para o exercício a que se referir à proposta, bem como para os dois subsequentes.

As devidas informações detalhadas para elaboração do Anexo de Metas Fiscais estão disponíveis no site da Secretaria do Tesouro Nacional, através de um manual.

Cabe ressaltar que o não Anexo das Metas Fiscais a LDO, constitui infração administrativa contra as finanças públicas, sendo passível multa de 30% do vencimento do exercício, o agente responsável pela omissão, conforme dispõe o art. 5, da lei 10.028/2000 (Lei de Crimes Fiscais).

O anexo deve conter a avaliação das metas relativas ao exercício anterior. Além disso, deve ser anexado o demonstrativo das metas anuais, instruído com memória e metodologia de cálculo que justifiquem os resultados pretendidos, comparando-se com as fixadas nos três exercícios anteriores, as metas são trienais, logo a LDO do exercício de 2008 deve apresentar metas para 2008, 2009 e 2010, comparadas com as metas de 2007, 2006 e 2005.

Mais uma novidade é que o anexo deve conter a evolução do patrimônio líquido, também nos últimos três exercícios, mensurando a origem, e as aplicações obtidas com recursos de alienação de ativo.

Entende-se com isso que a exigência deve coibir a venda de ativos do setor público para cobrir despesas correntes.

Ainda conterà o Anexo de Metas Fiscais a avaliação da situação financeira e atuarial do regime de previdência social e demais fundos públicos e programas estatais de natureza atuarial.

Ainda de acordo com o disposto no art. 4, §3º da LRF, a Lei de Diretrizes Orçamentárias conterá o Anexo de Riscos Fiscais, onde serão avaliados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, informando as providências a serem tomadas, caso concretizem-se.

Uma vez que as despesas realizadas sem empenho não constam de qualquer peça contábil ou orçamentária e que a qualquer momento o erário terá que honrar esses compromissos, entende-se que os valores apurados ou projetados referentes essas despesas devem constar no Anexo de Riscos Fiscais, de modo a promover essas dívidas e dando transparência às ações do governo.

Também dispõe a LDO sobre os critérios e a forma de limitação de empenhos a ser efetivada quando verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais.

A limitação de empenhos é um instrumento da gestão pública criado pela LRF que tem por objetivo evitar o comprometimento de recursos acima da capacidade arrecadadora do ente, evitando-se, assim, a geração de déficits e mantendo as contas equilibradas.

Entende-se que o ato próprio do executivo mencionado na LRF é o decreto, eis que atende ao princípio da transparência e possibilita as entidades da sociedade civil acompanhar os atos da gestão pública.

Talvez a mais importante das renovações outorgada pela LRF, é a implementação no setor público de normas relativas ao controle de custos e à avaliação dos resultados dos programas financiados com recursos dos orçamentos.

A própria LRF reconheceu a fragilidade da administração pública quando trouxe essa regra, demonstrando nitidamente que não há controle de custos no governo, tampouco avaliação dos resultados dos programas financiados com tais recursos.

Observa-se que a intenção da citada lei é a implantação da contabilidade de custos na área pública, visando propiciar a apuração dos custos reais dos programas de governo, sanando de vez essa fragilidade do setor e contribuindo para eliminar desperdícios e aumentar a eficiência e eficácia das ações governamentais.

O controle de custos é efetuado através de dois critérios de cálculo dos resultados primário e nominal. Um dos critérios, conhecido como “abaixo da linha”, observa o déficit com base na variação da dívida pública pela ótica do seu financiamento, este método, adotado pela União, mede a necessidade de financiamento do setor público.

O segundo critério, adotado pela Secretaria do Tesouro Nacional calcula a situação líquida de um ente pela comparação dos montantes de receitas e despesas, cujo método é conhecido como “acima da linha”, por este método, o resultado primário corresponde à diferença entre receitas e despesas não financeiras, portanto, os juros e amortizações pagos e recebidos não entram no cálculo, assim como outras despesas e receitas financeiras, este é o método que deve ser adotado pelos Municípios.

A meta de resultado primário representa, portanto, o montante de recursos que o ente público precisa economizar para suprir os encargos e amortizações da dívida pública e manter-se equilibrado, sem depender de novos financiamentos.

Já a meta do resultado nominal também tem por objetivo demonstrar a variação da dívida fiscal líquida a cada período, pois o saldo negativo significa que o governo gastou mais do que arrecadou, resultando em acréscimo da dívida, porque o déficit precisa ser financiado de alguma forma. Por outro lado, o saldo positivo significa diminuição da dívida pública, pois a disponibilidade de caixa diminui o valor da dívida, segundo os critérios definidos na Resolução n. 40/2001, do Senado Federal (art. 1, V).

Portanto, sempre que as mencionadas metas estiverem ameaçadas, necessita-se da limitação de empenhos.

Outrossim, a Lei Orçamentária Anual tem fundamento no art. 165, §5º, 6º, 7º, 8º, 9º e seus respectivos incisos da CF. Dispõe também no caput do art. 5 da LRF, que o projeto de Lei Orçamentária Anual, deverá ser elaborado de forma compatível com o Plano Plurianual, com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar.

A nossa LRF introduziu inovações na elaboração da LOA e tornou expressa a necessidade de sua apresentação estar compatível com as orientações contidas na LDO e no PPA, ou seja, tornou obrigatória a vinculação do planejamento estratégico com o tático e com o operacional.

Observa-se que a partir da entrada em vigor da LRF, os Tribunais de Contas têm suporte legal para rejeitar as prestações de contas executadas sem a observância a este dispositivo por contrariar o princípio do planejamento público.

A Elaboração da Lei Orçamentária Anual deve ser do poder executivo e encaminhado ao legislativo no prazo descrito a seguir: Envio da LOA ao poder legislativo Até 31/08 (até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro), devolução para sanção ao poder executivo Até 15/12 (encerramento da sessão legislativa).

A Lei Orçamentária Anual deve abranger o orçamento fiscal, o orçamento de investimentos das empresas e o da seguridade social.

Importante observar que a elaboração da Lei Orçamentária deve-se ater às diretrizes orçamentárias e ao Plano Plurianual, e agora a LRF, que em conjunto ditam as regras do planejamento público.

conclusão

Concluindo a presente pesquisa visou de forma didática e simples não apenas demonstrar as mudanças atribuídas ao planejamento público municipal após a Lei Complementar 101/00 ou como é chamada Lei de Responsabilidade (LRF), mas servir como um manual de consulta aos utilizadores da matéria, podendo ser compreendida, inclusive, por aqueles que estão iniciando os trabalhos sobre a matéria.

Decorrido o estudo é notório que o planejamento da administração pública mudou com a LRF, onde, evidenciou-se a limitação de gastos com pessoal, os grandes déficits e acúmulos de dívidas que vinham se arrastando de gestão após gestão foram contidos. O mau planejamento público, os gastos equivocados e dispensados se ausentaram da execução financeira da administração pública, com isso permitiu-se um melhor investimento e aproveitamento dos recursos públicos, ficando evidente que os erros cometidos no passado já não mais se perduram ao futuro.

Cabe, agora, aos gestores públicos e profissionais da administração pública, demonstrar, mediante capacitação, parcerias, estágios, a importância da aplicação da Lei Complementar 101/00, a sua correta aplicação, nos sistemas públicos e gerenciais, criando condições imprescindíveis ao equilíbrio das contas públicas, voltado às políticas públicas qualquer que seja a unidade federativa, contribuindo, assim, com a economia mundial.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA

ANGÉLICO, J. **Contabilidade pública**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

ANDRADE, N. A. (Organizador); AGUILAR, A. M.; MORAIS, E. M.; PEREIRA, R. C. M.; FONSECA, V. R. **Planejamento governamental para municípios**. 2. reimpr., São Paulo: Atlas, 2007.

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil de 1988**. Vade Mecum. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010 (Legislação Brasileira).

BEZERRA FILHO, J. E. **Contabilidade pública: teoria, técnica de elaboração de balanços e 500 questões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

RUA, Maria das Graças. **Desmistificando o problema: uma rápida introdução ao estudo dos indicadores**, Mimeo, Escola Nacional de Administração Pública, Brasília, 2004.

SILVA Moacir Marques, AMORIM Francisco Antônio, SILVA Valmir Leônico. LEI DE

TOLEDO JR, F. C.; ROSSI, S. C. **Lei de responsabilidade fiscal**: comentada artigo por artigo. 3 ed. São Paulo: NDJ, 2005.

_____. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. **Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências**. (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/LCP/Lcp101.htm>>. Acesso em: 26 dez 2010.

REPRESENTAÇÃO E REPRESENTATIVIDADE SINDICAL EM UMA ABORDAGEM AO MODELO SINDICAL BRASILEIRO

JOSE HENRIQUE DA SILVA VIGO: Advogado; Assessor jurídico da Federação das cooperativas brasileiras no Centro Oeste e Tocantins - FECOOP - CO/TO; Pós-graduado em Direito do Trabalho pela PUC/SP; Mestrando em Direito do Trabalho pela PUC/SP.

Resumo: Este artigo analisa a problemática do sistema sindical brasileiro numa crítica a relativa liberdade sindical disposta no artigo 8º da constituição federal, bem como do modelo por ela posto, sendo o da unicidade sindical, da contribuição sindical obrigatória, da definição dos sindicatos por categorias o que revela muitas vezes a representação e a representatividade nem sempre como faces da mesma moeda.

Palavras chave: Representação sindical. Representatividade sindical. Unicidade sindical.

Abstract: This article analyzes the problematics of the Brazilian union system a critical relative freedom contained in Article 8º of the Federal Constitution, as well as the model for her post, and the trade union oneness, compulsory union dues, the definition of trade unions by the categories which often reveals the representation and representativeness not always as faces of the same coin.

Keywords: union representation. union representativity. union oneness.

Sumário: Introdução. 1. Modelo Sindical da Unicidade. 2. Definição por Categorias. 3. Contribuição Sindical Obrigatória. 4. Representação e Representatividade Sindical. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O atual momento econômico vivido pelo país evidencia ainda mais a problemática do sistema sindical brasileiro. Nascido para equalizar a relação entre empregados e empregadores, o sindicato muitas vezes não se ativa em sua posição e, quando faz, não obtém a chancela jurisdicional necessária para que sua atuação seja privilegiada.

Os tempos modernos demandam uma flexibilização das normas trabalhistas. Sabemos, existem muitos contrários a essa tendência, mas assim como a tecnologia chega em situações como a do *Uber*, novas práticas de trabalho também surgem e a legislação posta não suporta tamanha inovação

É de conhecimento notório a lentidão do nosso poder legiferante. A legislação não avança na velocidade em que as relações de patrão e empregado necessitam. Não só no que diz respeito ao seu avanço, mas também nas adaptações experimentadas por todos que passam pela crise econômica.

Algumas tentativas são válidas, como o programa de preservação do emprego, criado pela medida provisória 680 de 6 de julho de 2015, em que a participação do sindicato é obrigatória, mas ainda assim, muito criticada.

Neste contexto, ninguém melhor que o sindicato para saber das angústias sofridas pela categoria que representa, por óbvio que existe o receio de que a negociação coletiva fira direitos dos trabalhadores, a atual conjuntura sindical nos leva a pensar isso, mas é unanimidade também, que o sindicato, por estar mais próximo do problema experimentado pelo trabalhador, possui a capacidade do ajuste mais fino da situação.

É importante entendermos o motivo pelo qual, mesmo sendo o melhor interprete dos desejos dos trabalhadores, o sindicato, muitas vezes, não consegue ajustar a relação entre empregados e empregadores. O receio do negociado prevalecer sobre o legislado amedronta, desnecessariamente, o poder judiciário e nesse desencontro o sistema

sindical continua o mesmo a e representação do empregado segue de mal a pior.

1. MODELO SINDICAL DA UNICIDADE

A constituição federal brasileira traz em seu bojo, especificamente em seu artigo 8º [\[1\]](#), o princípio da liberdade sindical. Liberdade essa muito criticada e talvez a responsável pelo papel secundário desenvolvido pelos sindicatos brasileiros.

É imperioso destacar que a liberdade sindical ofertada pela constituição brasileira é relativa, como podemos observar do inciso I do artigo em comento, onde é permitida a livre associação desde que realizado o devido registro no órgão estatal, no caso o ministério do trabalho.

Se não bastasse a interferência estatal, no sentido de cancelar essa representação através do registro, o empregado pode ou não se filiar (inciso V), mas somente naquele sindicato escolhido (critérios a parte) pelo estado para representar a dita categoria.

Ou seja, é dupla a ingerência estatal, haja vista que concede liberdade de associação, mas a retira no momento em que concede a representação somente àquele que possui o registro, bem como autoriza ou não a filiação, nesse sindicato.

Ainda, em seu inciso II limita a criação de somente uma organização sindical, em qualquer grau, representante de uma mesma categoria, no território de um município. Trata-se da conhecida e mal falada unicidade sindical.

O professor Amaury Mascaro Nascimento, em sua obra *Compêndio de Direito Sindical* define a unicidade sindical como uma proibição feita pela lei, da existência de mais de um sindicato em uma determinada base [\[2\]](#), atesta que *“essa proibição pode ser total ou restringir-se apenas a alguns níveis, como, por, exemplo, o de empresa.”* [\[3\]](#)

Fato é que a proibição de criação de mais de um sindicato por base de atuação, concedendo a esse sindicato o registro sindical, ou seja, a chancela estatal para representação de determinada categoria, é tudo que essa organização precisa para não se prestar a qualquer trabalho em prol do trabalhador, como será demonstrado a seguir.

2.DEFINIÇÃO POR CATEGORIAS

Fala-se muito na necessidade da reforma do modelo sindical brasileiro. Não só pela contradição trazida pelo artigo 8º da nossa carta magna, mas por uma séria de razões que transformam os sindicatos existentes hoje em coadjuvantes do cenário de insegurança da autonomia coletiva privada.

Inicialmente, cumpre registrar que a definição dos sindicatos por categorias tratava-se da segmentação estatal das formas de representação dos sindicatos.

Existem 03 (três) formas de grupos de representação: a categoria, a profissão e a empresa. Quanto a categoria, que critico nesse artigo, trata-se como já dito, da ingerência estatal derivada dos regimes corporativistas.

Incorporada pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT em decorrência do decreto lei 1.402 de 1939, a definição dos sindicatos por categorias foi recepcionada por nossa carta maior de 1988, em seu artigo 8º, inciso III, alegando que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.”

Ronaldo Lima dos Santos, em crítica ao modelo sindical aqui discutido apregoa que:

“Nesse contexto, a liberdade apregoadada pela Constituinte de 1988 é mais aparente do que real, posto que, além de não se admitir a representação por empresa ou profissões (com exceção da categoria profissional diferenciada), esta forma de

representação ainda encontra-se limitada a uma dada base territorial e a uma única categoria.”[\[4\]](#)

A definição do sindicato por categoria ainda traz resíduos do modelo fascista italiano intervencionista, onde o estado por meio do seu controle interno, busca no sindicato a sua *longa manus*, no intuito de regular a sociedade a sua maneira.

Oriunda do modelo de unicidade sindical imposto ao rito coletivo, a definição do sindicato por categorias não se revela a mais adequada nos dias de hoje. Em tempos de preservação da liberdade sindical impor ao sindicato a representação de determinada categoria implica automaticamente na limitação de sua atuação.

O volume de trabalhadores e as subdivisões que o sistema contemporâneo de trabalho possuem não concede ao sindicato uma representatividade digna de honradez.

Ao contrário, o que se vê são sindicatos representando dezenas de categorias, entretanto, a realidade experimentada diariamente, nos mostra que não existe representação eficaz de nenhuma delas

Nesta esteira, é onde a criação do sindicato por empresa ou por profissão ganha espaço. O sindicato que representa a empresa, ou seja, aquele grupo de pessoas ou de profissionais (exemplo dos advogados, contadores, engenheiros, professores e etc.), conhece muito melhor a realidade experimentada por seus representados.

Em países da Europa, a exemplo da França e Itália, o sindicalismo é regido na esfera da pluralidade sindical, pouco importa se existe o sindicato de determinada categoria, até é possível, mas se existir outro sindicato formado por trabalhadores de uma determinada empresa ou profissão e este foi melhor interprete dos anseios daqueles trabalhadores, será este o legitimado para a negociação coletiva.

De mais a mais, percebe-se que a proximidade do sindicato por empresa ou por profissão lhes concede uma capacidade real de representatividade, de enxergar o que aquele trabalhador necessita e sua

representação, ao contrário do Brasil (concedida pelo estado), lhes é concedida em razão disso.

Portanto, desprender-se do conceito de que o sindicato por categoria seria a única, ou talvez a melhor opção, certamente desafia a reforma de nosso modelo sindical, não só com relação a isso, mas a tudo que aqui vem sendo falado.

3.CONTRIBUIÇÃO SINDICAL OBRIGATÓRIA

A contribuição sindical obrigatória é mais um episódio do famigerado modelo sindical brasileiro.

Estatuída pelo artigo 578^[5] e seguintes da CLT, o famoso imposto sindical é de pagamento obrigatório e se constitui no desconto do valor correspondente a 01 (um) dia de trabalho do empregado, independentemente de sua filiação, atingindo toda a categoria representada.

Essa obrigatoriedade é a certeza de que o sindicato que detém a representação formal (registro sindical) da categoria, terá o seu financiamento garantido, independentemente de sua atuação.

Como se não bastasse a definição por categorias, a contribuição sindical obrigatória tem por destinação o sindicato chancelado pelo estado para receber tal receita, e, só recebe, única e exclusivamente em razão dessa escolha.

Não há mérito do sindicato para ser o destinatário dessa receita, e, por essa razão, não há muitas vezes a preocupação do sindicato em representar fielmente os trabalhadores. Fornecendo assessoria ou não a contribuição sindical é devida e a receita chega.

Há quem diga, principalmente os sindicalistas, que a receita gerada pelo imposto sindical nem sempre é suficiente para a digna representação dos anseios das categorias. Em parte, é verdade!

Afinal, para aqueles sindicatos que de fato se prestam a uma representação fidedigna, que exercem a sua representatividade, o custo desse suporte é elevado e o valor do imposto, rateado, muitas vezes não suporta tamanha despesa.

Contudo, a crítica sobrevém não para este sindicato (o representativo), mas para aquele que não exerce o seu papel. Indago aqui, o sindicato que simplesmente recebe o imposto sindical e nada faz em prol do seu filiado e muito menos pela categoria.

Mais uma vez critica-se a fantasiosa liberdade sindical trazida pelo artigo 8º de nossa Carta Magna[6], uma vez que permite a liberdade sindical, mas determina que a contribuição sindical seja destinada para o sindicato pelo estado escolhido. Ainda que o empregado não seja filiado, deve pagar da mesma forma pois como dito alhures o sindicato representa toda a categoria, filiados ou não.

Por isso o famoso “sindicato pelego”, termo muito utilizado no âmbito das relações sindicais, porque se refere aos sindicatos que pouco atuam ou nada atuam e somente recebem o pagamento da contribuição sindical, afinal, ela é obrigatória.

Acaso a contribuição não tivesse essa característica cogente, a conquista da representação através da representatividade teria de se impor. O empregado não pagaria espontaneamente parte do seu suado salário para um sindicato que não o representa, ou que em nada agrega ao seu trabalho.

Na modalidade do sindicato por empresa, a receita da contribuição deve ser destinada àquele escolhido para representação e assim não poderia ser diferente, haja vista ser ele quem luta pelo direito dos trabalhadores e nada mais justo ser subsidiado financeiramente para isso.

Amaury Mascaro traz em sua obra *Compêndio de Direito Sindical*, citando o resultado dos estudos do Fórum Nacional do Trabalho de 2004, considerações acerca da forma de financiamento das entidades sindicais

que corroboram o quanto está sendo alegado e sugerem alterações significativas nas estruturas operacionais dessas receitas.^[7]

Segundo o Fórum Nacional do Trabalho de 2004 seriam extintas todas as contribuições, passando a valer somente a contribuição associativa e a contribuição de negociação coletiva, sendo assim definidas as duas:

Contribuição associativa será paga por filiado que se inscreve como sócio da entidade sindical, é espontânea e fundada no vínculo associativo em favor das entidades sindicais, conforme o disposto no estatuto e deliberações de assembleia, sendo prerrogativa da sindical de trabalhadores, quando autorizada expressamente por seus filiados (...)^[8]

Contribuição de negociação coletiva é o valor devido em favor das entidades sindicais, com periodicidade anual, pela participação da negociação coletiva ou no efeito geral do seu resultado, ainda que por meio de sentença arbitral.^[9]

Dessarte, nota-se que a proposta do fórum é digna de atenção, pois, da forma como é imposta hoje, a contribuição sindical não favorece a representatividade da categoria, mas o que muito se vê é o aproveitamento da receita fácil em troca de quase nada.

4. REPRESENTAÇÃO E REPRESENTATIVIDADE SINDICAL

Eis um tema que não merecia desmembramento em sua definição, não há necessidade em diferenciar representação e representatividade sindical, se é tão óbvia a presunção de que quem representa é porque possui a representatividade.

Não se você está falando do modelo sindical brasileiro. Infelizmente, aqui uma coisa não decorre necessariamente da outra.

Representar, segundo a teoria da representação abordada pela doutrina francesa e citada por Túlio de Oliveira Massoni, significa que ao

olhar para a representação estaríamos olhando para objeto representado, como se de frente a um espelho estivéssemos.[\[10\]](#)

Ou seja, ao olhar para o sindicato, como representação, automaticamente implicaria na visão da imagem do trabalhador de uma determinada categoria, ou até mesmo para toda ela.

Contudo, não só em razão do princípio da unicidade sindical, da definição dos sindicatos por categorias, da contribuição sindical obrigatória, mas pelo conjunto de normas que não prestigiam a liberdade sindical e ignoram o conteúdo da convenção 87 da OIT, representação e representatividade necessitam de definições bem específicas para se entender o modelo sindical no Brasil.

Isso acontece, como já abordado anteriormente porque no Brasil, na maioria das vezes o sindicato que representa a categoria somente o faz em razão do registro sindical concedido pelo estado e pouco faz pela categoria em exercício de sua representatividade.

A representação nada mais é, do que a formalização do sindicato escolhido pelo estado para atuar em nome da categoria. A representação sindical difere-se da representação ordinária civil, que é outorga por alguém no afã de que o representante seja a extensão do representado. A outorga na representação sindical é feita pelo estado.

Na representação sindical isso nem sempre acontece, por isso é que não basta ter a representação sindical formal (registro sindical), para representar com fidelidade o sindicato deve ser representativo.

José Francisco Siqueira Neto exprime como muita felicidade falando a respeito da representatividade que “o que importa aqui, então, é a capacidade da organização para interpretar a vontade, mais que representa-la pelo explícito recebimento de um mandato.”[\[11\]](#)

Percebe-se que o sindicato que não atua em prol da categoria, que não entende a necessidade experimentada pelos trabalhadores que representa, mesmo que tenha o registro sindical, não exprime com competência sua representatividade.

Para a melhor interpretação dos anseios da categoria mais próximo do trabalhador o sindicato deve estar. Neste sentido foi muito preciso Marcus de Oliveira Kaufmann em sua definição, vejamos:

“Em outras palavras, quanto maior for o amálgama formado pela estrutura sindical e os representados categoriais, mais tangível se apresentará a noção de porta-voz da categoria e, por consequência, de possibilidade efetiva de ação coletiva, uma vez que, quanto mais próximo estiverem, mais difícil ficará a separação da vestimenta sindical do corpo nu da categoria. Há, então, verdadeira e efetiva representatividade sindical. A união, o total amálgama, transforma a voz representada na própria entidade que se apresenta como sujeito coletivo de trabalho em representação sindical formal.”[\[12\]](#)

Essa capacidade de fazer presente na ação coletiva a vontade fidedigna de todos aqueles representados só é possível com a proximidade do trabalhador, com esse amálgama.

Não basta se o escolhido do estado para a representação da categoria, é necessário interpretar os anseios dos trabalhadores, como se o sindicato estivesse ali, no posto de trabalho, labutando diariamente e enfrentando as dificuldades vividas pelo trabalhador. Pois, só experimentando a realidade será capaz compreender pelo que necessita lutar.

Portando, concluo que o modelo da unicidade sindical não sugere essa proximidade do sindicato com os categorizados. Somente o exercício da liberdade sindical estimulará a obrigatoriedade dos sindicatos em estarem entrelaçados com os seus representados.

Por fim, concluo citando mais uma vez Tulio de Oliveira Massoni que exprime com muita propriedade, e em poucas palavras, a conclusão que todo esse estudo revela, dizendo que: “apenas sendo livre em todas

as dimensões é que os sindicatos poderão adquirir/ alcançar a qualidade de *representativos*.” [\[13\]](#)

Faço votos de que um dia possamos experimentar dessa liberdade!

CONCLUSÃO

O modelo da unicidade sindical, a definição dos sindicatos por categoria, a contribuição sindical compulsória e a representação ausente de representatividade efetiva, maquiados pelo artigo 8º de nossa carta magna, não expressam a liberdade em sentido amplo e irrestrito.

Conclui-se, portanto, que a máxima de toda a seara sindical que vivemos atualmente está lastreada na ausência da liberdade sindical plena, como preconiza a convenção 87 da OIT e, somente sendo livres seremos fortes para juntos equalizar o grande dilema capital-trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

MAGANO, Octávio Bueno. Organização Sindical Brasileira. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1981.

MASSONI, Túlio de Oliveira. Representatividade Sindical. São Paulo. LTr, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compêndio de direito sindical. 6 ed. São Paulo: LTr, 2009.

NETO, José Francisco Siqueira. Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho. São Paulo. LTr, 1999.

ROMITA, Airon Sayão. Sindicalismo, economia, estado democrático: estudos. São Paulo. LTr, 1993.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. Sindicatos e ações coletivas: acesso a justiça coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: LTr, 2008.

NOTAS:

[1] Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: **I** - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical; **II** - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município; **III** - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; **IV** - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei; **V** - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato; **VI** - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho; **VII** - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais; **VIII** - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei

[2] p. 216

[3] Ibidem, p. 216

[4] Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. p. 193.

[5] Art. 578 - As contribuições devidas aos Sindicatos pelos que participem das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades. serão, sob a denominação do "imposto sindical", pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo.

[6] Ibidem, p. 4.

[7] Compêndio de direito Sindical, p. 667.

[8] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compêndio de direito sindical, p. 667.

[9] Ibidem, p. 668.

[10] Representatividade Sindical, p. 72-73.

[11] Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho, p. 106.

[12] Da formal representação à efetiva representatividade sindical: problemas e sugestões em modelo de unicidade,

[13] Representatividade Sindical, p. 108.

FILHOS CANGURUS: INCOMPETENTES E PREGUIÇOSO? O CIVILIZADO E O ATÁVICO

SÉRGIO HENRIQUE DA SILVA PEREIRA: Jornalista, professor, produtor, articulista, palestrante, colunista. Articulista nos sites: Academia Brasileira de Direito (ABDIR), ABJ (Associação Brasileira dos Jornalistas), Âmbito Jurídico, Conteúdo Jurídico, Editora JC, Fenai/Faibra (Federação Nacional da Imprensa), Investidura - Portal Jurídico, JusBrasil, JusNavigandi, JurisWay, Observatório da Imprensa.

INTRODUÇÃO

O artigo abordará vários assuntos cujas influências moldam o comportamento humano contemporâneo. Mais uma vez faço com que os leitores reflitam e procurem resposta, não as prontas. Infelizmente, com o advento [lado negativo] da internet, muitos internautas não pesquisam substancialmente as essências das filosofias. Há um péssimo hábito de ler alguns trechos escritos por algum articulista ou colunista e assumir como um todo verdadeiro. Estamos diante de uma geração preguiçosa em ler, pesquisar. Fato reconhecido pelos professores, principalmente quanto à elaboração de monografias pelos universitários.

UTILITARISMO NA HISTÓRIA HUMANA

Interessante observar. Ainda há mentalidade de que os filhos que moram com os pais são pessoas mimadas, com baixa estima, incapacitados. Mas qual a origem disso? Não podemos esquecer de que o utilitarismo de superioridade existe desde a Grécia [a. C]. Povos conquistados eram reconhecidamente como inferiores. Mais adiante no tempo, as teorias reinantes nos séculos XIX e XX sobre o homem civilizado e o homem atávico.

Por séculos, o utilitarismo da superioridade vigorou na humanidade, e ainda vigora neste início de século XXI. A Europa sempre foi palco de batalhas. Os romanos [a. C] se diziam evoluídos e que precisariam evoluir outros povos, os persas, no governo de Ciro, conquistou povo. A diferença, entre os romanos e os persas se deve ao fato de que Ciro não queria escravidão, já que seu povo foi escravizado. Os judeus conseguiram liberdade, através de Ciro; tanto os judeus quanto os povos conquistados poderiam continuar com suas culturas [religião, modo de se vestir etc.]. A Dinastia Aquemênida permitiu o avanço territorial dos persas. Surgiu então Zaratustra, o profeta. Zaratustra dizia que só existia único Deus, assim como Aquenáton, dos egípcios. A dualidade entre dia e noite, nascia o bem e o mal. O bem deveria lutar contra o mal. Céu e inferno surgiram seis séculos antes de Jesus dizer que existia o bem e o mal.

A religião Masdeísmo surgiu pela filosofia de Zaratustra. Os reis persas acreditavam que para o bem reinar na Terra era preciso conquistar outros povos para acabar com as guerras. Foi através dos persas que surgiu, pela primeira vez na História, o conceito de Império Universal. Babilônia, a primeira cidade conquistada por Ciro, depois Lídia etc. A expansão territorial dos persas tinha a ideia de criar paz entre os povos, de forma que na Terra se materializasse o bem. Os primeiros persas eram fieis aos seus ideias [paz], mesmo que precisassem conquistar outros povos. Os povos conquistados permaneciam com suas culturas originais [Império Universal]. Os reis, dos povos conquistados, ganhavam territórios. Povos conquistados e escravizados foram libertados, como os fenícios, por exemplo. Claro que os povos conquistados teriam que pagar tributos aos persas. Quanto os tributos ficaram altíssimos, os povos conquistados começaram a divergir dos persas.

UM NOVO SAGRADO PARA A HUMANIDADE, E SUA SALVAÇÃO

Os estudos genéticos e evolutivos no final do século IX, a teoria de Charles Darwin [Evolução das Espécies], e de seu primo Francis Galton [sangue ruim e sangue bom; ou seja, sangue ruim são pessoas predisposta ao crime, à prostituição, já o sangue bom é o indivíduo que sabe viver em

sociedade]. As teorias da perfeição humana buscaram distanciar os homens civilizados dos homens primitivos, como os índios, os negros.

O darwinismo social permitiu a escravidão negra e seu comércio transatlântico. Também permitiu dominação europeia na África. Se o darwinismo social já não tinha mais justificativa ao utilitarismo dominador e beneficiador para a humanidade, os homens civilizados precisavam de outra teoria. Nascia, pelas mãos de Francis Galton, a eugenia. Os EUA aplicaram a eugenia dentro de seu próprio território. Mulheres com históricos de sangue ruim [alcoolismo, pessoas com necessidade especiais, prostituição, homicídios etc.] deveriam ser esterilizadas. Centenas de milhares de mulheres, maioria negra, foram esterilizadas pelo Estado. Hitler usou a teoria norte-americana da eugenia para justificar os seus planos de purificar e evoluir a humanidade.

Importante frisar que nos séculos XIX e XX houve surgimentos de teorias justificando a coercibilidade do Estado, ou seja, a sua Presunção de Legitimidade e Imperatividade. A autoexecutoriedade, pelo poder de polícia, justificava a ação ágil do poder público na defesa dos interesses da sociedade. Por exemplo, o criminoso nato, de Cesare Lombroso, permitiu que o Estado aprisionasse, perseguisse, pelos atributos dos atos administrativos, verdadeiro show dos horrores. O simples trejeito, a fisionomia, entre outros atributos científicos ao criminoso nato, consagrou mais uma vez o utilitarismo do bem contra o mal. Não há qualquer sofisma em dizer que tais criminosos natos era a escória da sociedade, assim considerados, principalmente, pelas elites. Interessante observar que o utilitarismo de Sócrates justificava a escravidão: sem escravos, quem executará o trabalho árduo? Logo, escravizar é uma necessidade ao desenvolvimento humano. Essa filosofia ainda existe em pleno início do século XXI. As desigualdades sociais são alicerces para manter o desenvolvimento, as teorias de Cesare também ganham força, principalmente com o número crescente da criminalidade, mundialmente.

As desigualdades sociais, com certeza, causam crimes. Qual ser humano quer viver na miséria? Qual ser humano gosta de assistir ao sofrimento de seu familiar e saber que há tratamento, porém não tem condições econômicas para pagar pelo tratamento — recomendo assistir

Um Ato de Coragem, com Denzel Washington [John Q. Archibald]. No livro *O Que o Dinheiro Não Compra*, de Michael J. Sandel, os aspectos morais no mercado não condizem com a moral humana. Sandel pergunta se a sociedade deve se transformar em mercado, ou seja, a vida deve ter os valores do mercado? Confrontar *Um Ato de Coragem* com *O Que o Dinheiro Não Compra* é necessário para um novo, mas secular, utilitarismo: só os fortes sobrevivem. O novo sagrado é o dinheiro, o poder que ele dá ao possuidor. Ter é sinônimo de capacitado. Quem é capacitado [corajoso, perspicaz, audacioso etc.] obtém o direito de ter qualidade de vida. Eis a meritocracia. Sandel, em seu livro *Justiça - O que é fazer a coisa certa*, o leitor conhece e repensa sobre as influências filosóficas na vida humana, nas decisões da Justiça. Meritocracia, segundo Sandel — usando o pensamento filosófico de John Rawls [Véu da Ignorância] — é um sofisma quando se analisa tão somente o desempenho do indivíduo. Por exemplo — usarei exemplo que sempre menciono —, se Silvo Santos, um dos maiores apresentadores da TV brasileira, dissesse que era comunista, que defendia as manifestações populares exigindo os direitos sociais, em plena Ditadura Militar [1968 a 1985], com máxima verdade, jamais teria conseguido, na época, qualquer concessão. Provavelmente seria torturado ou até morto. Portanto, a meritocracia depende das condições mesológicas do ambiente, como o que o estado permite, assim como a própria sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O atavismo é associado aos seres humanos não evoluídos. Assim, povos primitivos, tribos indígenas e negros eram, e ainda são considerados, como seres primitivos. A selvageria estaria impregnada em suas almas, em seus genes. Darcy Ribeiro, antropólogo, sempre defendeu os povos indígenas e os negros. Em vários livros do humanista Darcy, os indígenas tinham cultura e tecnologia — cultura que tem muito dos direitos humanos, como: direitos das mulheres; respeito ao meio ambiente e aos LGBTIs etc. O convívio social entre os familiares é outro destaque positivo para a cultura indígena. Então, por qual motivo, infelizmente, os filhos que moram com os pais são considerados inferiores? Os homens civilizados achavam que os indígenas eram subumanos. O convívio, numa mesma residência [oca] representava primitivismo. O ser humano evoluído é audacioso, e morar sozinho é ser civilizado. A saída do lar, a construção de uma nova

família representa a evolução da espécie. Interessante observar que a vida em comunidade dos índios não cria qualquer obstáculo ao desenvolvimento psíquico e emocional das proles. Pelo contrário, as proles aprendem a valorizar os costumes, os idosos, a organização social em si. A situação muda quando chega o homem civilizado com seus valores evolutivos. Sigmund Freud disse uma vez que a humanidade deveria retornar ao seu primarismo para resgatar valores sociais saudáveis, comunitários. A neurose é fruto da civilização, principalmente quando há utilitarismo de dominação. Por fim, o liberalismo, um mal que vem retirando os séculos de desenvolvimento moral da humanidade. Os libertários dizem que não fazem mal ao próximo, o consentimento é à base das relações saudáveis entre os seres humanos. Sandel desafiou, com maestria, os libertários sobre canibalismo consentido. Se os libertários estão corretíssimos, de não se fazer mal a outra pessoa, como explicar os Médicos de Boutiques, nos EUA, a exploração da mão de obra pelas empresas transnacionais em países e, por exemplo, a própria essência do filme Um Ato de Coragem? Ora, não há nada demais em limitar profilaxias conforme o tipo de plano de saúde. Quem não tem dinheiro, como John Q. Archibald [Denzel Washington], o problema é dele, e somente dele e de sua família. Morreu, pelo motivo do plano de saúde não cobrir o transplante de coração, amém. A vida continua. Eis a filosofia dos libertários de não fazer mal a outra pessoa.

O RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE PELO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL E A POSSIBILIDADE DE MÚLTIPLA FILIAÇÃO REGISTRAL

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: O homem tem sua atuação motivada pelo interesse próprio, o qual, corriqueiramente, se materializada na busca pela felicidade, competindo à sociedade, enquanto construção social destinada a proteger cada indivíduo, viabilizando a todos viver juntos, de forma benéfica. Impostergável se faz o reconhecimento do afeto e da busca pela felicidade, enquanto valores impregnados de juridicidade, porquanto abarcam a todos os indivíduos, suplantando qualquer distinção, promovendo a potencialização do superprincípio em destaque. Ademais, em se tratando de temas afetos ao Direito de Família, o relevo deve ser substancial, precipuamente em decorrência da estrutura das relações mantidas entre os atores processuais, já que extrapola a rigidez jurídica dos institutos consagrados no Ordenamento Pátrio, passando a se assentar em valores de índole sentimental, os quais, conquanto muitas vezes sejam renegados a segundo plano pela Ciência Jurídica, clamam máxima proteção, em razão das peculiaridades existentes. Destarte, cuida reconhecer que o patrimônio, *in casu*, não é material, mas sim de ordem sentimental, o que, por si

só, inviabiliza qualquer quantificação, sob pena de coisificação de seu detentor e aviltamento à própria dignidade da pessoa humana.

Palavras-chaves: Princípio da Afetividade. Busca pela Felicidade. Multiparentalidade.

Sumário: 1 Comentários Introdutórios: A Filiação à Luz do Princípio da Igualdade entre os Filhos; 2 A Presunção de Paternidade no Direito de Família; 3 A Filiação Socioafetiva: A Complexidade dos Arranjos Familiares Contemporâneos como elementos de influência do estabelecimento dos Vínculos de Filiação; 4 O Princípio da Afetividade enquanto Axioma de Validação da Filiação Socioafetiva; 5 O Reconhecimento da Multiparentalidade pelo Ordenamento Jurídico Nacional e a possibilidade de Múltipla Filiação Registral.

1 Comentários Introdutórios: A Filiação à Luz do Princípio da Igualdade entre os Filhos

Em sede de comentários introdutórios, cuida destacar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, buscando promover um diálogo entre os anseios da sociedade e as maciças modificações inseridas na sociedade, em decorrência do cenário contemporâneo, estabeleceu um sucedâneo de alterações em valores que, até então, estavam impregnados de aspecto eminentemente patrimonial. Nesta senda, denota-se que as disposições legais que norteavam as relações familiares, refletindo os aspectos característicos que abalizavam a Codificação de 1916, arrimada no conservadorismo, estavam eivadas de anacronicidade, não mais correspondendo aos desejos da sociedade. Nesta toada, é possível pontuar que, com clareza solar, o artigo 227 da Constituição Federal, em seu parágrafo 6º, hasteia o princípio da isonomia entre os filhos, afixando que “*os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*”^[1]. Por oportuno, cuida evidenciar que o ideário de igualdade, enquanto flâmula orientadora, tem o condão de obstar as distinções entre filhos, cujo argumento de fundamentação é a união que estabelece o liame entre os

genitores, casamento ou união estável, além de repudiar as diferenciações alocadas na origem biológica ou não. “*Não há mais, assim, a possibilidade de imprimir tratamento diferenciado aos filhos em razão de sua origem. Sequer admite-se qualificações indevidas dos filhos*”[2]. Ora, com apromulgação da Carta de 1988, verifica-se que o Constituinte, sensível ao cenário contemporâneo apresentado, bem como impregnado pela mutabilidade, passou a valorar as relações familiares enquanto emolduradas pelo aspecto de afetividade.

Desta feita, com supedâneo em tal sedimento, é plenamente possível anotar que todo e qualquer filho gozará dos mesmos direitos e proteção, seja em órbita patrimonial, seja em âmbito pessoa. Destarte, todos os dispositivos legais que, de maneira direta ou indireta, acinzelem algum tratamento diferenciado entre os filhos deverão ser rechaçados do Ordenamento Pátrio. Operou-se, desta sorte, a plena e total equiparação entre os filhos tanto na constância da entidade familiar como aqueles tidos fora de tal entidade, bem assim os adotivos. Ademais, não mais prosperam as regras discriminatórias que antes nomeavam os filhos como sendo ilegítimos. Trata-se, com efeito, da promoção da dignidade da pessoa humana, superprincípio hasteado pelo Ordenamento Pátrio como pavilhão, que fora, em razão dos costumes e dogmas adotados pelo Códex de 1916 olvidados. Colaciona-se, além disso, o entendimento jurisprudencial que obtempera:

Ementa: Direito de Família. Filiação Adulterina. Investigação de Paternidade. Possibilidade Jurídica. I - Em face da nova ordem constitucional, que abriga o princípio da igualdade jurídica dos filhos, possível é o ajuizamento da ação investigatória contra genitor casado. II – Em se tratando de direitos fundamentais de proteção a família e a filiação, os preceitos constitucionais devem merecer exegese liberal e construtiva, que repudie discriminações incompatíveis com o desenvolvimento social e a evolução jurídica. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 7.631/RJ/ Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira/ Julgado em

17.09.1991/ Publicado no DJ em 04.11.1991, p. 15.688).

Nesse diapasão, a mais proeminente consequência da afirmação do corolário da isonomia entre os filhos é tornar o interesse menorista o essencial critério de solução de conflitos que envolvam crianças ou adolescentes, inserindo robustas alterações no poder familiar. Ao lado disso, cuida citar as ponderações de Madaleno, “*embora ainda não tenha sido atingido o modelo ideal de igualdade absoluta da filiação, porque esquece a lei a filiação socioafetiva, ao menos a verdade biológica e a adotiva não mais encontram resquício algum de diferenciação e tratamento*”[3]. Sobreleva ponderar que a isonomia propalada no Texto Constitucional compreende a prole havida ou não durante a constância do matrimônio, bem como “*os filhos adotivos e aqueles havidos por inseminação artificial heteróloga (com material genético de terceiro)*”[4], como bem destacam Flávio Tartuce e José Fernando Simão. Neste sentido, é possível colacionar que “*a licença maternidade conferida às mães adotantes encontra-se embasada no princípio da isonomia insculpido na Carta Magna, que garantiu tratamento igualitário aos filhos naturais e adotivos, consoante disposto no art. 227, da CR/88*”[5]. Com toda a propriedade e pertinência, as modificações propiciadas pelos anseios da coletividade e pela contemporaneidade, as quais influenciaram o Constituinte na elaboração da Carta Cidadã, permitiram que fossem extirpadas do Ordenamento Pátrio as discriminatórias expressões de *filho adulterino* e *filho incestuoso*, tal como a nomenclatura de *filho espúrio* ou *filho bastardo*, querefletiam o tratamento diferenciador existente durante o Estatuto Civil de 1916, o qual privilegiava a família pautada no conservadorismo e no patrimônio. Ora, a norma abrigada no Texto Constitucional estabelece a isonomia entre toda a prole, consagrando, por mais uma vez, os aspectos de afetividade, não permitindo mais a diferenciação que vigia.

Insta salientar que, conquanto a legislação não tenha consagrado à proteção a filiação socioafetiva, os Tribunais de Justiça, com fincas no superprincípio da dignidade da pessoa humana, têm ofertado respaldo a tal situação. Afora isso, impender negritar que a estruturação de uma relação pautada em liames socioafetivos, de maneira indelével e robusta, a

existência do filho afetivo assegura o direito subjetivo, inclusive, de vindicar em juízo o reconhecimento desse vínculo. No mais, deve a filiação socioafetiva ser incontestada, reunindo, via de consequência, além do óbvio convívio entre os possíveis genitores e os pretensos filhos, elemento concretos, que demonstrem, com segurança, que aqueles detinham o desejo de exercerem a condição de pais, conjugado com o nome, o tratamento e os fatores caracterizadores da posse do estado de filho. Cita-se, oportunamente, o seguinte entendimento jurisprudencial que se coaduna com o lançado a campo:

Ementa: Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Família. Reconhecimento de Paternidade e Maternidade Socioafetiva. Possibilidade. Demonstração. 1. A paternidade ou maternidade socioafetiva é concepção jurisprudencial e doutrinária recente, ainda não abraçada, expressamente, pela legislação vigente, mas a qual se aplica, de forma analógica, no que forem pertinentes, as regras orientadoras da filiação biológica. 2. A norma princípio estabelecida no art. 27, in fine, do ECA afasta as restrições à busca do reconhecimento de filiação e, quando conjugada com a possibilidade de filiação socioafetiva, acaba por reorientar, de forma ampliativa, os restritivos comandos legais hoje existentes, para assegurar ao que procura o reconhecimento de vínculo de filiação socioafetivo, trânsito desimpedido de sua pretensão. 3. Nessa senda, não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, na qual se encontre caracterizada, de maneira indelével, a posse do estado de filho, dá a esse o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o reconhecimento desse vínculo, mesmo por meio de ação de investigação de paternidade, a priori, restrita ao reconhecimento forçado de vínculo biológico. [...] (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 1189663/RS/ Relatora Ministra

Nancy Andrichi/ Julgado em 06.09.2011/ Publicado no DJe em 15.09.2011).

Ementa: Direito civil. Família. Recurso Especial. Ação de anulação de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento. Maternidade socioafetiva. Situação consolidada. Preponderância da preservação da estabilidade familiar. [...] - O descompasso do registro de nascimento com a realidade biológica, em razão de conduta que desconsidera o aspecto genético, somente pode ser vindicado por aquele que teve sua filiação falsamente atribuída e os efeitos daí decorrentes apenas podem se operar contra aquele que realizou o ato de reconhecimento familiar, sondando-se, sobretudo, em sua plenitude, a manifestação volitiva, a fim de aferir a existência de vínculo socioafetivo de filiação. Nessa hipótese, descabe imposição de sanção estatal, em consideração ao princípio do maior interesse da criança, sobre quem jamais poderá recair prejuízo derivado de ato praticado por pessoa que lhe ofereceu a segurança de ser identificada como filha. - Some-se a esse raciocínio que, no processo julgado, a peculiaridade do fato jurídico morte impede, de qualquer forma, a sanção do Estado sobre a mãe que reconheceu a filha em razão de vínculo que não nasceu do sangue, mas do afeto. - Nesse contexto, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, como também “parentescos de outra origem”, conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural. - Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada

juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação. - Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano. Permitir a desconstituição de reconhecimento de maternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança – hoje pessoa adulta, tendo em vista os 17 anos de tramitação do processo – preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares. [...] (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 1000356/SP/ Relatora Ministra Nancy Andrighi/ Julgado em 25.05.2010/ Publicado no DJe em 07.06.2010).

Com realce, a realidade inaugurada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988^[6], notadamente a robusta tábua principiológica que a influencia, concatenada com os anseios da sociedade, rendeu ensejo a um polimorfismo familiar, manifestado precipuamente no princípio da diversidade das entidades familiares, viabilizando que núcleos familiares distintos gozem do amparo legal e reconhecimento, bem assim especial proteção do Ente Estatal, como instrumento de afirmação dos feixes irradiados pela dignidade da pessoa humana. Não se pode olvidar que os princípios constitucionais concernentes a institutos típicos de direito privados passaram a nortear a própria interpretação a ser conferida à legislação infraconstitucional.

O bastião robusto da dignidade da pessoa humana passou a assumir dimensão transcendental e normativa, sendo a Carta de 1988 içada

a centro de todo o sistema jurídico, irradiando, por conseguinte, seus múltiplos valores e conferindo-lhe unicidade. No mais, cuida pontuar que o direito é fato, norma e valor, motivo pelo qual a modificação maciça do fato deve, imperiosamente, conduzir uma releitura do fenômeno jurídico, iluminado pelos novos valores hasteados. Destarte, a família é um fenômeno fundamentalmente natural-sociológico, cuja gênese é antecedente a do próprio ente Estatal e cuja salvaguarda assegurar a constituição e formação do ser humano.

2 A Presunção de Paternidade no Direito de Famílias

À sombra dos argumentos expendidos, cuida salientar que *filiação* consiste na relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que estabelece um liame entre uma pessoa àquelas que a geraram, ou mesmo a receberam como se a tivessem gerado, “*sendo que no parentesco consanguíneo em linha reta estão estruturadas todas as regras de filiação, do pai que gerou o filho e este o seu próprio filho, neto daquele e assim por diante*” [7], afixando-se os vínculos em linha reta ascendente ou descendente entre genitores e prole. Tal como pontuado algures, inexistente qualquer discriminação conceitual com referência à filiação, sendo todos considerados iguais perante a lei, não mais subsistindo a odiosa distinção entre filhos legítimos ou ilegítimos, estes últimos subdivididos entre *naturais* e *espúrios*, em conformidade com a existência, ou não, de impedimento matrimonial. Os filhos espúrios, por seu turno, poderiam ser adúlteros, se algum ou ambos os genitores fossem casados, ou incestuosos, caso os pais tivessem vínculos próximos de parentesco, tal como pai e filha, o irmão e a irmã produzindo descendência. Quanto aos nomeados filhos espúrios, Maria Helena Diniz firma magistério no sentido que:

Espúrios, os oriundos da união de homem e mulher entre os quais havia, por ocasião da concepção, impedimento matrimonial. Assim, são espúrios: a) os adúlteros, que nascem de casal impedido de casar em virtude de casamento anterior, resultando de um adultério. O filho adúltero pode resultar de duplo adultério, ou seja, de adúlterinidade

bilateral, se descender de homem casado e mulher casada; ou, ainda, de adulterinidade unilateral, se gerado por homem casado e mulher livre ou solteira, caso em que é adulterino *a patre*, ou por homem livre ou solteiro e mulher casada, sendo, então, adulterino *a matre*; os provenientes de genitor separado não são adulterinos, mas simplesmente naturais [...]; b) os incestuosos, nascidos de homem e de mulher que, ante parentesco natural, civil ou afim, não podiam convolar núpcias à época de sua concepção. Hoje, juridicamente, só se pode falar em filiação matrimonial e não matrimonial; vedadas estão, portanto, quaisquer discriminações[8].

Conquanto tenham desaparecido as designações acerca da legitimidade da prole, quando decorrente das chamadas *justas núpcias*, atualmente, à luz dos robustos influxos constitucionais, todos os filhos são iguais e naturais, ainda que o Estatuto de 2002 reporte, de maneira exclusiva, à filiação conjugal, quando, na redação do artigo 1.597[9], afixa os pressupostos de presunção conjugal de paternidade, no sentido de conferir reconhecimento à presunção de paternidade nas hipóteses expressamente consagradas nos incisos do sobredito dispositivo legal. “*Ocasião, então, que nascendo um filho na constância do casamento, essa prole é presumida por lei, como fruto do matrimônio e o registro civil da criança pode ser feito por iniciativa da mãe, querendo, bastando provar seu casamento*”[10].

Inexiste na codificação de regência dispositivo legal que permite a presunção de paternidade dos filhos, em sede de união estável, apesar de ser constitucionalmente acampada como entidade familiar. “*Diante da situação gerada pela exclusão da incidência da presunção pater is est na união estável, concluímos que, apesar da regra expressa na Constituição Federal de proibição de todo e qualquer tratamento discriminatório entre os filhos*”[11], subsiste uma distinção teórica e prática na legislação civil. Com efeito, ao aplicar a presunção de paternidade tão apenas no casamento, a Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002[12], que instituiu o Código Civil, estatuiu diferentes categorias de filhos, quais sejam: os filhos de pessoas

casadas, que gozam de presunção e podem, automaticamente, reclamar os seus direitos decorrentes do parentesco paterno, e os filhos de mulheres não casadas, que, não dispondo de presunção, precisam de reconhecimento pelos seus pais e, não ocorrendo de forma espontânea, precisam investigar a paternidade, aguardar a prolação da decisão judicial para, somente então, vindicar os direitos respectivos. Apenas com o escopo de ilustrar a situação vertida nos autos, é possível trazer à colação o paradigmático posicionamento explicitado pelo Ministro Athos Gusmão Carneiro, ao relatoriar o Recurso Especial N.º. 23/PR, quando explicitou que:

Além desta ponderável linha de argumentação, outra já agora se poderá opor relativamente ao tema filiação: a que resulta da equiparação, que a nova ordem constitucional fez, entre todos os filhos, os quais, “havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” – Constituição Federal, art. 227, §6º. Numerosos dispositivos das leis civis, alusivo ao Direito de Família, terão agora necessariamente de ser repensados ou interpretados sob esta nova visão, pois ampliados aos filhos nascidos fora do casamento civil aqueles direitos ou posições antes reservados àqueles nascidos de justas núpcias. [...] Incontestada a vida “more uxório”, sob o pálio do casamento eclesiástico, indubitosa a “união estável” que a vigente Constituição protege e define como entidade familiar, tenho em que presumem-se (*sic*) filhos do casal os nascidos durante a aludida união estável, aplicando-se-lhes a antiga parêmia do *pater est* [...] Negar esta presunção aos filhos nascidos de “união estável”, sob o pálio de casamento religioso, com vivência como marido e mulher, será manter funda discriminação, que a Constituição não quer e proíbe, entre filhos nascidos da relação de casamento civil, e filhos nascidos da união estável que a vigente Lei Maior igualmente tutela[13].

Salta aos olhos, o flagrante tratamento discriminatório entre os filhos dispensado pela legisla o infraconstitucional, aviltando a filosofia isonômica constitucional, sendo, em decorrência disso, reclamada uma interpreta o concatenada com os ditames constitucionais, estendendo-se, dessa forma, os efeitos práticos da presun o também   união estável. A mesma situa o ocorre em referência aos filhos gerados da filia o entre pessoas solteiras e divorciadas, ou das pessoas formalmente separadas, ou cujos casamentos foram julgados nulos ou, ainda, foram anulados, tal como as pessoas viúvas há pelo menos trezentos dias subsequentes   dissolu o de sua sociedade conjugal.

3 A Filia o Socioafetiva: A Complexidade dos Arranjos Familiares Contemporâneos como elementos de influência do estabelecimento dos Vínculos de Filia o

Em sede de comentários introdutórios, cuida destacar que a filia o socioafetiva não está lastreada no nascimento, enquanto fato biológico, mas sim decorre de ato de vontade, construída e reconstruída, cotidianamente, no tratamento e na publicidade, colocando em destaque, concomitantemente, a verdade biológica e as presun es jurídicas. *“S cioafetiva   aquela filia o que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento em mão-dupla como pai e filho, inabalável na certeza de que aquelas pessoas, de fato, são pai e filho”*[14]. Desta sorte, o critério socioafetivo de determina o do estado de filho apresenta-se como um instrumento que aquilata o império da genética, conferindo concre o a um rompimento dos liames biológicos que emolduram a filia o, possibilitando, via de consequência, que o vínculo paterno-filial não esteja estanque   transmissão de genes. Trata-se, com efeito, da possibilidade de cisão entre o genitor e o pai. Aliás, a valora o da socioafetividade, em sede de liames familiares, já foi consagrada pelo entendimento jurisprudencial, consoante se extrai do aresto paradigmático coligido:

Ementa: Direito de família. Recurso especial. A o investigatória de paternidade e maternidade ajuizada pela filha. Ocorrência da chamada "ado o   brasileira". Rompimento dos vínculos civis decorrentes da filia o biológica. Não ocorrência.

Paternidade e maternidade reconhecidos. 1. A tese segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação, e depende sempre do exame do caso concreto. É que, em diversos precedentes desta Corte, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica foi proclamada em um contexto de ação negatória de paternidade ajuizada pelo pai registral (ou por terceiros), situação bem diversa da que ocorre quando o filho registral é quem busca sua paternidade biológica, sobretudo no cenário da chamada "adoção à brasileira". 2. De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva. No caso de ser o filho - o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo - quem vindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de "erro ou falsidade" (art. 1. 604 do CC/02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de "adoção à brasileira", significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei. 3. A paternidade biológica gera, necessariamente, uma responsabilidade não evanescente e que não se desfaz com a prática ilícita da chamada "adoção à brasileira", independentemente da nobreza dos desígnios que a motivaram. E, do mesmo modo, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos da filha resultantes da filiação biológica, não podendo, no caso, haver equiparação entre a adoção regular e a chamada "adoção à brasileira". 4. Recurso especial

provido para julgar procedente o pedido deduzido pela autora relativamente ao reconhecimento da paternidade e maternidade, com todos os consectários legais, determinando-se também a anulação do registro de nascimento para que figurem os réus como pais da requerente. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 1.167.993/RS/ Relator: Ministro Luis Felipe Salomão/ Julgado em 18.12.2012/ Publicado no DJe em 15.03.2013).

À sombra dos comentários expendidos até o momento, notadamente a proeminência contida no corolário da afetividade, é possível destacar que o preceito ora mencionado representa vetor de interpretação, sendo considerado como verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o Ordenamento Pátrio vigente, traduzindo, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta a ordem republicana e democrática, salvaguardada pelo sistema de direito constitucional positivo. “*A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto*”[15]. Com efeito, os vínculos sanguíneos não têm o condão de se sobrepor aos laços afetivos nutridos, podendo, inclusive, ser afirmada a prevalência desses em relação àqueles[16]. Ora, não se pode olvidar que, corriqueiramente, se vislumbra a concreção da filiação socioafetiva enquanto processo contínuo e diário, no qual a convivência e a responsabilidade são responsáveis por nutrir e desenvolver laços que superam o biológico, estando pautados em uma identificação afetiva. “*A filiação sócio-afetiva é aquela em que se desenvolvem durante o tempo do convívio, laços de afeição e identidade pessoal, familiares e morais*”[17]. A partir daí, o afeto passou a merecer a tutela jurídica tanto nas relações interpessoais como também nos vínculos de filiação. A partir da Constituição de 1988, linhas fundamentais foram regulamentadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e projetaram-se no Código Civil de 2002, dando prevalência à paternidade afetiva e aos interesses primordiais da criança.

Esta paternidade é aquela que se sobrepõe aos laços sanguíneos decorrentes das alterações familiares da atualidade: desconstituição das

famílias, pai que não assume a paternidade, adoção, entre outros. Na verdade, é aquela em que o pai não biológico passa a tratar a criança, no âmbito de uma família, como filha, criando-a e sendo responsável pela mesma. O afeto, enquanto constitutivo de dogma, se revela de maciça importância, sendo, inclusive, um dos baldrames estruturantes dos argumentos que inspiraram o reconhecimento da união homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal, explicitando a valoração dos vínculos pautados no mútuo respeito, companheirismo e busca pela felicidade. No mais, com bastante proeminência, Daniel Sarmento, ao lecionar acerca do tema em debate, salienta, oportunamente, que:

Enfim, se a nota essencial das entidades familiares no novo paradigma introduzido pela Constituição de 88 é a valorização do afeto, não há razão alguma para exclusão das parcerias homossexuais, que podem caracterizar-se pela mesma comunhão e profundidade de sentimentos presentes no casamento ou na união estável entre pessoas de sexos opostos, não existindo, portanto, qualquer justificativa legítima para a discriminação praticada contra os homossexuais[18].

Em que pese o substancial destaque da afetividade, enquanto elemento estruturação de filiações, cuida salientar que aquela não tem o condão de suplantá-la, cegamente, o critério biológico. Com efeito, tão somente no caso concreto, consideradas as mais diversas e complexas circunstâncias, tal como os elementos probatórios que instruem o apostilado processual, para que seja possível definir um determinado critério para estabelecer o vínculo paterno-filial. “*O acolhimento de uma pessoa como filho, mesmo sem a presença do elemento biológico, não é recente na história do Direito, apenas passou por um tempo oculto pela força da presunção decorrente do casamento*”[19]. Ao lado disso, quadra salientar que a filiação socioafetiva decorre da convivência cotidiana, de uma edificação diária, não encontrando explicação nos laços genéticos, mas sim no tratamento estabelecido entre pessoas que ocupam, de maneira recíproca, o papel de pai e filho. Não há que se falar, contudo, que a filiação socioafetiva decorre de um único ato; ao reverso, imprescindível se faz um

conjunto de atos de afeição e solidariedade, que, com clareza solar, tornam explicitados a existência de uma relação entre pai/mãe e filho.

Ora, não se trata de qualquer dedicação afetiva que tem o condão de construir um liame paterno-filial, promovendo, por consequência, a alteração do estado filiatório do indivíduo. Nesta senda, é preciso que o afeto existente na relação seja capaz de sobrepujar os vínculos biológicos, em razão da sua robustez, sendo elemento decisivo na construção intelectual do indivíduo. É o afeto substancializado, rotineiramente, por dividir diálogos e projetos de vida, repartir carinho, conquistas, esperanças e preocupações, orientar os caminhos a ser seguido, ensinar e aprender, reciprocamente. Há, neste aspecto, uma compreensão ética da filiação no critério socioafetivo, concedendo prestígio ao comportamento das partes envolvidas ao longo de defluxo do lapso temporal. Nas situações em que se verifica no caso de incidência do critério socioeducativo, a filiação está assentada no serviço e no amor dispensado e não na procriação. Com maestria, Rolf Madaleno sustenta que:

Maior prova da importância do afeto nas relações humanas está na igualdade da filiação (art. 1.596, CC), na maternidade e paternidade socioafetivas e nos vínculos de adoção, como consagra esse valor supremo ao admitir outra origem de filiação distinta da consanguínea (art. 1.593, CC), ou ainda através da inseminação artificial heteróloga (art. 1.597, V, CC); na comunhão plena de vida, só viável enquanto presente o afeto, ao lado da solidariedade, valores fundantes cuja soma consolida a unidade familiar, base da sociedade a merecer prioritária proteção constitucional^[20].

Por óbvio, o laço socioafetivo reclama de comprovação da convivência respeitosa, pautada na publicidade e alicerçada firmemente. Entrementes, não é preciso que o afeto esteja presente no instante em que é discutida a filiação em juízo, sendo comum, quando a demanda alcança as vias ordinárias judiciais, o afeto ter cessado por diferentes motivos. Importante faz-se provar a existência do afeto durante a convivência e que

aquele era o liame que entrelaçou os envolvidos durante suas existências, sendo possível sublinhar que a personalidade do filho foi constituída sobre o vínculo afetivo, ainda que, naquele exato momento, não mais exista. O exemplo mais corriqueiro é a “adoção à brasileira”, na qual o indivíduo registra como seu filho um estranho e, depois de anos de uma relação pautada no afeto e de uma vivência como pai e filho, busca negar a relação filiatória por algum motivo. Rememorar se faz imperioso que, mesmo cessado o afeto em determinado momento, a filiação, *in casu*, se estabeleceu pelo critério afetivo, o qual deve ser reconhecido pelo Poder Judiciário, nos casos concretos.

Destacam Farias e Rosenvald que “*adquire o critério sócio-afetivo singular importância para a determinação filiatória por implicar o reconhecimento da insuficiência do critério biológico*”[21]. Nesta senda, a filiação, a depender de cada situação concreta, atento às diferentes circunstâncias da vida humana, é possível apresentar diferentes feições, ora alicerçada, essencialmente, na genética e noutras situações, sedimentada no afeto, daquele que assumiu função paterna. É possível, em algumas hipóteses, verificar a presença de afeto, como elemento delineador do estado de filiação, a saber: (i) na adoção obtida de maneira judicial; (ii) no fenômeno de acolhimento de um “filho de criação”, quando explicitada a presença da posse do estado de filho; (iii) na “adoção à brasileira”, consistente no reconhecimento voluntário de seu um filho que sabe não ser; e (iv) no reconhecimento voluntário ou judicial da filiação de um filho de outra pessoa[22]. Remansoso é o entendimento jurisprudencial que consagra a filiação afetiva, consoante se inferem dos arestos:

Ementa: Direito de Família. Ação Negatória de Paternidade. Exame de DNA negativo. Reconhecimento de paternidade socioafetiva. Improcedência do pedido. [...] 2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio

de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro. [...]. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 1.059.214/RS/ Relator: Ministro Luis Felipe Salomão/ Julgado em 16.02.2012/ Publicado no DJe em 12.03.2012).

Ementa: Direito Civil e da Criança. Negatória de paternidade socioafetivavoluntariamente reconhecida proposta pelos filhos do primeiro casamento. Falecimento do pai antes da citação. Fato superveniente. Morte da criança. 1. A filiação socioafetiva encontra amparo na cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade da criança. [...] 3. Recurso especial provido.(Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 450.566/RS/ Relatora: Ministra Nancy Andrichi/ Julgado em 03.05.2011/ Publicado no DJe em 11.05.2011).

Mencionar faz-se imperioso que o critério socioafetivo, tal como os demais, pode ser empregado em todas as ações que versem acerca da filiação, desde a ação investigatória de parentalidade, aforada pelo filho para o reconhecimento de seu pai ou mãe, até a ação negatória de filiação, ajuizada pelo pai/mãe ou pelo filho para negar a existência do vínculo paterno filial, caminhando pela ação de impugnação de filiação, promovida pelo filho, pelo pai/mãe ou mesmo pelo terceiro interessado para demonstrar a inexistência de uma relação paterno-filial já reconhecida. Em qualquer demanda, contendo no seu bojo a discussão acerca do estado de filho, é possível alegar e discutir a tese da afetividade, com o escopo de determinar se é, ou não, o critério caracterizador daquela situação concreta. *“De qualquer sorte, releva a lembrança de que a afetividade somente pode ser invocada para determinar o estado de filiação, jamais para negá-lo. Isto é, não pode o juiz acolher a tese de desafetividade, de modo a negar*

um vínculo”[23]. Visando negar o vínculo, deverá o indivíduo invocar os demais critérios, destoantes do afetivo, em razão dos argumentos expostos.

Registrar faz-se carecido de que, uma vez fixada a filiação, com supedâneo no critério socioafetivo, quando a afetividade foi a marca caracterizadora da relação entre as pessoas envolvidas, afasta-se, em definitivo, o vínculo biológico, não sendo possível, em razão disso, vindicar verba alimentar ou participar da herança do genitor. Com destaque, essa é a única solução, consolidando, inclusive, o fenômeno de despatrimonialização do Direito das Famílias. Ora, não faz sentido que se determine a paternidade ou maternidade com arrimo em interesses puramente econômicos, devendo ressaltar e ser prestigiado o indivíduo e, por consequência, a proteção da personalidade. Nesta senda, são rompidos os vínculos com o biológico, que atua, simplesmente, como genitor, não podendo ser compelido a prestar alimentos e não transmitindo herança para o filho que estabeleceu uma filiação socioafetiva com outrem.

4 O Princípio da Afetividade enquanto Axioma de Validação da Filiação Socioafetiva

Ao se analisar as relações compreendidas pelo Direito de Família, denota-se que o afeto é o axioma de sustentação dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, a fim de atribuir sentido ao corolário da dignidade da pessoa humana. Consoante lecionam Tartuce e Simão, *“o afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a expressão afeto do Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana”*[24]. Neste aspecto, é possível salientar que o corolário da afetividade, enquanto preceito implicitamente alocado no superprincípio da dignidade da pessoa humana, apresenta-se como proeminente vetor de inspiração das relações familiares.

Após o advento da Constituição Federal de 1988, surgiu um novo paradigma para as entidades familiares, não existindo mais um conceito fechado de família, mas, sim, um conceito eudemonista socioafetivo, moldado pela afetividade e pelo projeto de felicidade de cada

indivíduo. Assim, a nova roupagem assumida pela família liberta-se das amarras biológicas, transpondo-se para as relações de afeto, de amor e de companheirismo. Vale dizer, em razão da fluidez e complexidade dos contemporâneos arranjos familiares, é plenamente possível destacar que os vínculos, notadamente a filiação, não decorrem tão somente de uma questão biológica; ao reverso, o afeto se apresenta como baldrame impregnado de substância, notadamente quando é responsável por estabelecer os vínculos entre os integrantes da entidade familiar.

Cuida destacar que o afeto não decorre tão somente da biologia, mas sim dos liames de sentimentos e responsabilidade que decorrem da convivência. O contemporâneo Direito das Famílias, superado o aspecto patriarcal-patrimonialista que vigorava durante a regência do Estatuto de 1916, valora o cânone em comento como bastião sustentador das relações, conferindo a proeminência à complexidade dos arranjos familiares. *“Em que pese o distanciamento entre a verdade real e a biológica, o acolhimento do pleito anulatório não se justifica quando o ato jurídico de reconhecimento de filho não padece de vício e quando ficou claro que se estabeleceu forte liame socioafetivo”*[25]. O novo ordenamento jurídico estabeleceu como fundamental o direito à convivência familiar. Faz-se necessário reconhecer que a Constituição Federal legitimou o afeto, emprestando-lhe efeitos jurídicos.

5 O Reconhecimento da Multiparentalidade pelo Ordenamento Jurídico Nacional e a possibilidade de Múltipla Filiação Registral

Ora, em razão da afetividade, no ordenamento jurídico nacional, ter ganhado contornos de fundamentalidade e imprescindibilidade nas relações familiares, há que se reconhecer que a sua ausência tem ensejado como mecanismo autorizador para a destituição da autoridade parental e colocação da criança ou do adolescente para adoção. Ora, é plenamente denotável que o Direito imprimiu grande valor ao afeto, sendo este capaz não apenas de formar novas entidades familiares, refletindo, via de consequência, a dinamicidade peculiar da contemporaneidade, mas também de mitigar vínculos biológicos em face das relações socioafetiva firmadas. Tal como pontuado algures, uma vez

reconhecida a filiação socioafetiva, mesmo que de forma voluntária, ela se torna irrevogável, em decorrência dos influxos advindos dos princípios do melhor interesses da criança e do adolescente, da afetividade e, principalmente, da dignidade da pessoa humana.

Doutro ângulo, nos casos em que nunca existiu uma filiação socioafetiva ou, ainda, esta tenha desaparecido, dá-se preferência ao critério biológico para fins de reconhecimento da paternidade, porquanto não se deve impor o dever de carinho, cuidado e afeto àquele que, não sendo o pai biológico, também não quer ser pai socioafetivo. Diante de situações revestidas de tamanha complexidade, maiormente quando há conflito entre as paternidades socioafetiva e biológica, uma alternativa interessante que tem ganhado relevo jurisprudencial é a inscrição no Registro Civil de ambos os pais (biológico e socioafetivo) da criança ou do adolescente, quando restar verificado o convívio com os dois, ensejando, via de consequência, a figura da multiparentalidade. Ora, cuida explicitar que a multiparentalidade não encontra restrição apenas na figura paterna, podendo ser plenamente observada na maternidade biológica e na maternidade socioafetiva. Dito isso, verifica-se que a aplicação dos princípios da legalidade, tipicidade e especialidade, influxos norteadores dos registros públicos, regidos pela legislação originária pré-constitucional, deve ser relativizada, naquilo que não se compatibiliza com os princípios Constitucionais vigentes, notadamente a promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo ou qualquer outra forma de discriminação (artigo 3, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil), bem como a proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (artigo 227, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil), “objetivos e princípios fundamentais” esses, decorrentes do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. O magistério robusto apregoa que:

No caso da dupla maternidade, em decorrência da fertilização medicamente assistida, o julgador entende que o que queriam as requerentes é possível pelas razões supra, e

seria a forma de o Estado-Juiz contribuir para a felicidade delas e da criança. Felicidade que será tanto mais ampla com o reconhecimento de que tanto uma quanto a outra requerente, além de serem mães de fato da criança para cuja existência contribuíram, são também mães de direito. O juiz do nosso século não é um mero leitor da lei e não deve temer novos direitos. Haverá sempre novos direitos e também haverá novos séculos. Deve estar atento à realidade social e, cotejando os fatos e ordenamento jurídico, concluir pela solução mais adequada[26].

Também há que se considerar, a partir da interpretação sistemática conjunta com demais princípios infraconstitucionais, tal como a doutrina da *proteção integral* o do princípio do *melhor interesse do menor*, informadores do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), bem como, e especialmente, em atenção do fenômeno da *afetividade*, como formador de relações familiares e objeto de proteção Estatal, não sendo o caráter biológico o critério exclusivo na formação dos vínculos familiares, conseqüentemente, também dos “vínculos de filiação”. Ora, cuida repisar que, nas relações familiares contemporâneas, o aspecto patrimonial não mais vigora, florescendo, em seu lugar, a afetividade como tônica delineadora dos vínculos. Neste sentido, é possível colacionar remansoso entendimento pretoriano que orienta na seguinte senda:

Ementa: Apelação Cível. Ação de adoção. Padrasto e enteado. Pedido de reconhecimento da adoção com manutenção do pai biológico. Multiparentalidade. Observada a hipótese da existência de dois vínculos paternos, caracterizada está a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade. Deram provimento ao apelo. (Tribunal de Justiça do

Estado do Rio Grande do Sul – Oitava Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70065388175/ Relator: Desembargador Alzir Felipe Schmitz/ Julgado em 17.09.2015)

Ementa: Apelação Cível. Declaratória de Multiparentalidade. Registro civil. Dupla maternidade e paternidade. Impossibilidade jurídica do pedido. Inocorrência. Julgamento desde logo do mérito. Aplicação artigo 515, §3º do CPC. A ausência de lei para regência de novos - e cada vez mais ocorrentes - fatos sociais decorrentes das instituições familiares, não é indicador necessário de impossibilidade jurídica do pedido. É que "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil). Caso em que se desconstitui a sentença que indeferiu a petição inicial por impossibilidade jurídica do pedido e desde logo se enfrenta o mérito, fulcro no artigo 515, § 3º do CPC. Dito isso, a aplicação dos princípios da "legalidade", "tipicidade" e "especialidade", que norteiam os "Registros Públicos", com legislação originária pré-constitucional, deve ser relativizada, naquilo que não se compatibiliza com os princípios constitucionais vigentes, notadamente a promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo ou qualquer outra forma de discriminação (artigo 3, IV da CF/88), bem como a proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (artigo 227, § 6º, CF), "objetivos e princípios fundamentais" decorrentes do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, há que se julgar a pretensão da parte, a partir da

interpretação sistemática conjunta com demais princípios infraconstitucionais, tal como a doutrina da proteção integral o do princípio do melhor interesse do menor, informadores do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), bem como, e especialmente, em atenção do fenômeno da afetividade, como formador de relações familiares e objeto de proteção Estatal, não sendo o caráter biológico o critério exclusivo na formação de vínculo familiar. Caso em que no plano fático, é flagrante o ânimo de paternidade e maternidade, em conjunto, entre o casal formado pelas mães e do pai, em relação à menor, sendo de rigor o reconhecimento judicial da "multiparentalidade", com a publicidade decorrente do registro público de nascimento. Deram provimento. (Segredo de Justiça) (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Oitava Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70062692876/ Relator: Desembargador José Pedro de Oliveira Eckert/ Julgado em 12.02.2015).

Ementa: Maternidade Socioafetiva. Preservação da Maternidade Biológica. Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família - Enteado criado como filho desde dois anos de idade. Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da

pessoa humana e da solidariedade Recurso provido. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Primeira Câmara de Direito Privado/ Apelação Cível 0006422-26.2011.8.26.0286/ Relator: Desembargador Alcides Leopoldo e Silva Júnior/ Julgado em 14.08.2012/ Publicado no DJe em 14.08.2012).

Com efeito, ao analisar a situação em comento, quadra sublinhar que a dupla filiação, externada pela constatação no registro civil de ambos os pais – afetivo e biológico -, é responsável por fixar um novo paradigma no Direito, conferindo às relações familiares contornos assentados no afeto, zelo e dever de cuidado daquele que escolheu ser pai, mantendo a concomitância com aquele que os vínculos biológicos estabelece como pai genético. Assim, o registro não pode afigurar como um óbice para a sua efetivação, considerando que sua função é refletir a verdade real, logo, se a verdade real é concretizada no fato de várias pessoas exercerem funções parentais na vida dos filhos, o registro deve, imperiosamente, refletir esta realidade. Mais do que isso, não reconhecer as paternidades biológica e socioafetiva, ao mesmo tempo, com a concessão de todos os efeitos jurídicos, é negar a existência tridimensional do ser humano, que é reflexo da condição e da dignidade humana, na proporção em que a filiação socioafetiva é tão irrevogável quanto a biológica, devendo-se, portanto, manter incólumes as duas paternidades, com o acréscimo de todos os direitos, porquanto ambas integram a trajetória da vida humana.

Nesta linha, com o reconhecimento da multiparentalidade no registro de nascimento, os filhos passarão a ter, com efeito, todos os direitos advindos de uma relação parental. No que toca aos direitos não-patrimoniais – nome, estado, parentesco -, estes já são reconhecidos e garantidos pelo ordenamento jurídico. No que atina aos direitos patrimoniais, cuida fazer alguns esclarecimentos, sobretudo no que atina a alimentos e herança. Na primeira hipótese, partindo-se da premissa que a verba alimentar compreende valores, bens ou serviços destinados às necessidades existenciais da

pessoa, em decorrência da relação de parentesco, quando ela própria não pode prover, com seu trabalho ou rendimentos, a própria manutenção. Com realce, inexistente justificativa para tratamento diferenciado, devendo, portanto, ser aplicadas as disposições previstas a respeito de a verba alimentar, estendendo-se a ambos os pais, afetivo e biológico. Em relação ao direito sucessório, inexistente sustentação jurídica para tratamento diverso, devendo, assim, admitir a possibilidade de multi-hereditariedade, estabelecendo-se tantas linhas sucessórias quanto fossem os pais, devendo, porém, ter a ressalva de não se estabelecer a multiparentalidade com vistas exclusivas para atender a interesses patrimoniais.

Referências:

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br>>. Acesso em 02 jul. 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02 jul. 2016.

_____. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Paternidade Socioafetiva: Efeitos Jurídicos**. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. 05. 27 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

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

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 02 jul. 2016.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 02 jul. 2016.

SARMENTO, Daniel. Casamento e União entre Pessoas do mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais *in*: **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 5. 7 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012.

NOTAS:

[1] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02 jul. 2016.

[2] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 41.

[3] MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 67.

[4] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 5. 7 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 13.

[5] MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Acórdão proferido em Agravo de Instrumento N° 1.0433.11.022098-8/001. Agravo de instrumento. Tutela antecipada. Licença maternidade. Servidora municipal. Constituição da República. Prorrogação do benefício. Possibilidade. Cediço é que a licença

maternidade conferida às mães adotantes encontra-se embasada no princípio da isonomia insculpido na Carta Magna, que garantiu tratamento igualitário aos filhos naturais e adotivos, consoante disposto no art. 227, da CR/88. A norma constitucional que instituiu o benefício da licença maternidade (art. 7º, inciso XVIII, da CF/88) não se limita apenas à proteção da mãe (biológica ou adotante), mas, sobretudo à proteção do filho recém-nascido. Nos termos dos arts. 41 do ECA, não há que se falar em diferença de direitos para filhos adotados ou não. Recurso ao qual se nega provimento. Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível. Relator: Desembargador Dídimo Inocêncio de Paula. Julgado em 22.03.2012. Publicado no DJe em 30.03.2012. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 02 jul. 2016.

[6] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02 jul. 2016.

[7] MADALENO, 2008, p. 381.

[8] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. 05. 27 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 515-516.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 02 jul. 2016: “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”

[10] MADALENO, 2008, p. 382.

[11] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 497.

[12] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

[13] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão proferido em Recurso Especial N°. 23/PR. Recursos Especiais. Ação de anulação de atos jurídicos translativos de propriedade em condomínio. Legitimidade “ad causam” ativa de filhos não reconhecidos de condômino já falecido. A regra “pater est...” aplica-se também aos filhos nascidos de companheira, casada eclesiasticamente com o extinto, suposta união estável e prolongada. Defesa oposta pelo réu adquirente, de aquisição por usucapião ordinário. O usucapião é forma originária de adquirir. O usucapiente não adquire de outrem; simplesmente, adquire. Assim, são irrelevantes vícios de vontade ou defeitos inerentes a eventuais atos causais de transferência da posse. No usucapião ordinário, bastam o tempo e a boa-fé, aliados ao justo título, hábil em tese à transferência do domínio. Bem divisível. Os prazos de suspensão do tempo para usucapir (Código Civil, art. 553), que beneficiam os autores menores impúberes, aproveitam aos demais herdeiros do falecido condômino, mas não beneficiam outros condôminos: regra da “personalidade dos efeitos”. Artigo 169, I e 171 do Código Civil. Tese do interesse da anulação dos atos jurídicos, face ao usucapião obtido frente àqueles antigos condôminos não favorecidos pela suspensão do prazo de prescrição aquisitiva. Nulidades de ordem processual afastadas. Recurso especial dos autores não conhecido, e recurso especial dos recorrentes provido em parte. Órgão Julgador: Quarta Turma. Relator: Ministro Athos Gusmão Carneiro. Julgado em 19.09.1989. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02 jul. 2016.

[14] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 517.

[15] MADALENO, 2008, p. 66.

[16] Neste sentido: MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 1.0024.11.026717-6/001. Apelação Cível - Direito de Família - Ação Declaratória - Paternidade Sócio-Afetiva - Situação Fática - CR/88 - Requisitos - Relação paterno filial não demonstrada. - O elemento sócio-afetivo foi elevado a valor jurídico pela Constituição da República de 1988, com o intuito de possibilitar o reconhecimento pela ordem jurídica de situações fáticas que antes ficavam desprotegidas, estando tutelado, inclusive, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), em seus artigos 28 a 52, ao tratar das famílias substitutas. - Atualmente, a paternidade afetiva vem assumindo grande importância, já que a posse do estado de filho é que gera os efeitos jurídicos capazes de definir a filiação. É dizer, a filiação não decorre apenas de vínculos sanguíneos, mas, sobretudo, das relações afetivas. - Não demonstrado nos autos os requisitos necessários à configuração da paternidade sócio-afetiva não há

como declará-la. Órgão Julgador: Quarta Câmara Cível. Relator: Desembargador Dárcio Lopardi Mendes. Julgado em 06.09.2012. Publicado no DJe em 12.09.2012. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 02 jul. 2016.

[17] MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Acórdão proferido em Apelação Cível 1.0024.09.643339-6/001. Ação anulatória de paternidade cumulada com exoneração de alimentos - Anseio do pai registral em ver revista a qualificação paterna no registro da criança - Estudo Social - Demonstração de existência de relação paterno-filial entre o pai sócio-afetivo e a criança - Prevalência dos interesses da menor - Provimento negado. A filiação sócio-afetiva é aquela em que se desenvolvem durante o tempo do convívio, laços de afeição e identidade pessoal, familiares e morais. À luz do princípio da dignidade humana, bem como do direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar, traduz-se ser mais relevante a idéia de paternidade responsável, afetiva e solidária, do que a ligação exclusivamente sanguínea. O interesse da criança deve estar em primeiro lugar, uma vez que é inegável que em casos de convivência habitual e duradoura com pessoas estranhas ao parentesco, o menor adquire vínculos de confiança, amor e afetividade em relação a estas pessoas. Esse vínculo não pode ser destruído, mesmo que com base na ausência laços biológicos, se afronta os interesses da criança, colocando-a em situação de instabilidade e insegurança jurídica e emocional. Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Julgado em 17.10.2012. Publicado no DJe em 19.10.2012. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 02 jul. 2016.

[18] SARMENTO, Daniel. Casamento e União entre Pessoas do mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais *in*: **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 643.

[19] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 518.

[20] MADALENO, 2008, p. 67.

[21] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 519.

[22] Neste sentido: BRASIL. **Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br>>. Acesso em 02 jul. 2016: “**Enunciado Nº 103 – Art. 1.593: o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente**

da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade sócio-afetiva, fundada na posse do estado de filho”.

[23] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 520.

[24] TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 22.

[25] RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Acórdão proferido em Apelação Cível Nº 70052673894. Negatória de paternidade. Registro civil. Inexistência de vínculo biológico. Liame socioafetivo. 1. O ato de reconhecimento de filho é irrevogável (art. 1º da Lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do CCB). 2. A anulação do registro civil, para ser admitida, deve ser sobejamente demonstrada como decorrente de vício do ato jurídico (coação, erro, dolo, simulação ou fraude). 3. Não pode alegar que foi induzido a erro o companheiro da genitora quando afirma, na exordial, que, durante o tempo de relacionamento, ocorreram diversas brigas entre o casal e a genitora da menor manteve, de forma concomitante, relacionamento amoroso com outros homens. 4. Em que pese o distanciamento entre a verdade real e a biológica, o acolhimento do pleito anulatório não se justifica quando o ato jurídico de reconhecimento de filho não padece de vício e quando ficou claro que se estabeleceu forte liame socioafetivo. Recurso desprovido. Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Relator: Ministro Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 30.01.2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 02 jul. 2016

[26] CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Paternidade Socioafetiva: Efeitos Jurídicos**. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 156.



FACULDADE MARTHA FALCÃO - DEVRY

CURSO DE DIREITO

MATHEUS DE OLIVEIRA SANTANA

MULTIPARENTALIDADE: A ASCENSÃO DE UMA MODALIDADE FAMILIAR

MANAUS

2016

MATHEUS DE OLIVEIRA SANTANA

MULTIPARENTALIDADE: A ASCENSÃO DE UMA MODALIDADE FAMILIAR

Monografia apresentada ao Curso de Direito,
da Faculdade Devry como requisito para
obtenção do título de bacharel.

Orientador: Prof. MSc. André Luiz
Albuquerque Gomes da Silva Braga

MANAUS

2016

MATHEUS DE OLIVEIRA SANTANA

MULTIPARENTALIDADE: A ASCENSÃO DE UMA MODALIDADE FAMILIAR

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade Devry como requisito para obtenção do título de bacharel, tendo sido aprovada pela banca examinadora composta pelos professores abaixo.

Aprovado dia: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. MSc. André Luiz Albuquerque Gomes da Silva Braga
Orientador – Faculdade Martha Falcão - Devry

Prof. Dra. Ilsa Maria Honório de Valois Coelho
Examinador – Faculdade Martha Falcão - Devry

Prof. MSc. Manoel Bessa Filho
Examinador – Faculdade Martha Falcão - Devry

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer a Deus; a minha mãe, *Vitória*, que esteve sempre comigo; a minha namorada *Beatriz*, que me apoiou em todos os momentos; a minha melhor amiga *Cecília*, que me acompanhou nessa árdua jornada da Faculdade; e a meu orientador *André Luiz*, que fez com que este trabalho se tornasse possível.

*“Você se torna eternamente responsável
por aquilo que cativa”.*

Antoine de Saint-Exupéry

RESUMO

Este artigo científico tem como finalidade discutir e comprovar, por meio de fundamentos jurídicos, o reconhecimento da Multiparentalidade com todos os efeitos decorrentes da relação parental. Visa demonstrar a possibilidade da existência de múltiplos vínculos parentais em relação ao estado de filiação, sendo ela presumida, biológica ou afetiva, de acordo com a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, o Estatuto da Criança e do Adolescente e outras leis relacionadas ao tema, como a Lei nº 6.015 de 1973 de Registros Públicos a qual é considerada de suma importância para o esclarecimento mais aprofundado da matéria, com o objetivo de demonstrar que é possível existir a parentalidade socioafetiva bem como a dupla paternidade e/ou maternidade no campo jurídico brasileiro, apresentando várias jurisprudências. Tem-se observado que o reconhecimento jurídico da Multiparentalidade gera efeitos à relação parental e vem sendo considerada como a medida jurídica mais adequada para a satisfação das partes envolvidas.

Palavras-chave: Multiparentalidade. Relação parental. Filiação. Parentalidade Socioafetiva. Dupla Paternidade e/ou Maternidade. Jurisprudências.

ABSTRACT

This scientific article aims to discuss and show, by means of legal, recognition of multiparentalidade with all the effects of the parental relationship. Aims to demonstrate the possibility of multiple parental bonds in relation to the state of membership, it being presumed, biological or affective, according to the 1988 Federal Constitution, the Civil Code of 2002, the Statute of Children and Adolescents and other Laws related to the theme, such as Law No. 6015 1973 Public Records which is considered very important for the further clarification of the matter, in order to demonstrate that it is possible to have a socio-affective parenting and the pair paternity and / or maternity the Brazilian legal field, presenting various case laws. It has been noted that the legal recognition of Multiparentalidade generates effects on parental relationship and has been considered the most appropriate legal action to the satisfaction of the parties.

Keywords: Multiparentalidade. Parental relationship. Affiliation. Socio-affective parenting. Double fatherhood and/or motherhood. Jurisprudence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 ASPECTO HISTÓRICO DA CONSTITUIÇÃO FAMILIAR	09
1.1 Família Romana	09
1.2 Família Medieval	11
1.3 Conceito de Família	12
2 MODALIDADES DE FAMÍLIA	14
2.1 União Estável	14
2.2 Família Matrimonializada.....	16
2.3 Família Homoafetiva	17
2.4 Família Monoparental.....	18
2.5 Família Anaparental	20
2.6 Família Paralela	20
2.7 Família Eudemonista.....	21
2.8 Família Mosaico	22
3 OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA FAMÍLIA	23
4 PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA E MULTIPARENTALIDADE	27
4.1 Conceito de Parentalidade Socioafetiva.....	27
4.2 Conceito de Multiparentalidade	30
4.3 Julgados.....	32
4.4 Princípios Basilares da Multiparentalidade.....	33
4.4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	34
4.4.2 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente	34
4.4.3 Princípio da Afetividade.....	35
CONCLUSÃO.....	37
REFERÊNCIAS	39

INTRODUÇÃO

A família possui uma importância fundamental, pois constitui o alicerce da sociedade, tendo, portanto, grande responsabilidade no processo de socialização da criança. A escola e família são indispensáveis na formação do indivíduo, pois é participando da vida em grupo que este aprende a viver em sociedade.

A sociedade tem passado por diversas transformações e muitas delas têm refletido no modelo familiar considerado “ideal”, surgindo novas modalidades de família buscando sempre a melhor forma de integração e formação da criança e a sua adaptação na coletividade.

Vale ressaltar que não houve uma simples transformação na família, mais que isso, houve uma modificação no comportamento da sociedade, com reflexos diretos no Judiciário, que acabou por reconhecer a existência não só de uma, mas de várias espécies de famílias, visto que o ordenamento jurídico tem recepcionado diferentes institutos familiares que apresentem como finalidade o desenvolvimento e proteção daqueles que dela fazem parte.

O reconhecimento jurídico da multiparentalidade objetiva findar a intemperança dos dias atuais, referente ao predomínio de uma forma única de parentalidade. Percebe-se, também, que a multiparentalidade, mesmo que ainda de forma desconhecida, obteve mais apoio na jurisprudência do que no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, o interesse pelo tema do presente estudo surgiu pela recente aceitação jurídica da coexistência da filiação socioafetiva com a biológica, onde um indivíduo pode ter dois pais ou duas mães em seu registro, caracterizando-se, desta forma, a multiparentalidade, modalidade familiar que visa o melhor interesse e a proteção da criança, desde que fixadas certas premissas, pois ela não pode, por exemplo, ser utilizada com finalidade puramente patrimonial, pois a viabilidade do instituto está em dar a alguém a possibilidade de conviver com três ou mais genitores, recebendo deles todo o carinho e afeto indispensável para um desenvolvimento saudável.

1 ASPECTO HISTÓRICO DA CONSTITUIÇÃO FAMILIAR

1.1 Família Romana

No direito romano a família era organizada sob o princípio da autoridade. O *pater familias* exercia sobre os filhos direito de vida e de morte. Podia desse modo, “[...] vendê-los, impor-lhes castigos, penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade do chefe da família e podia ser repudiada por ato unilateral deste” (GONÇALVES, 2007, p. 15).

O *pater* comandava todos os seus descendentes, sua esposa, bem como as mulheres casadas com seus descendentes. A família era compreendida como uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional, onde o ascendente comum mais velho exercia ao mesmo tempo a função de chefe político, sacerdote e juiz, e além disso comandava e celebrava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça.

A organização do *pater familias*, portanto, baseava-se na autoridade familiar ilimitada, tendo como objetivo apenas o interesse do chefe de família, concentrando-se na figura do pai, caracterizando o patriarcalismo. Discorrendo sobre essa autoridade, Rizzardo (2004, p. 898) ensina que:

[...] representava um poder incontestável, detentor de uma autoridade sem limites, na medida em que nem mesmo o Estado era capaz de lhe tolher tal característica. A esposa, os filhos, os demais descendentes e os escravos eram considerados *personae alieni juris*, ou seja, não possuíam qualquer direito. Sobre eles, o pai romano detinha, inclusive, o direito sobre a vida e a morte.

Portanto, significava a inteira submissão dos entes da família em relação ao chefe familiar, sendo este a autoridade maior, o dono e senhor de tudo, inclusive de seus bens patrimoniais.

Com o tempo, a severidade das regras foi atenuada, conhecendo os romanos o casamento *sine manu*, que era o casamento que se dava sem a subordinação da mulher à família do marido. Nesse modelo de casamento, a mulher tinha a permissão de usufruir de seus bens sem nenhuma forma de dominação. Com o Imperador Constantino, a partir do século IV, instala-se no direito romano a concepção cristã da família, na qual predominavam as questões de ordem moral (RIZZARDO, 2004, p. 898).

Aos poucos foi então a família romana evoluindo no sentido de se restringir progressivamente a autoridade do *pater*, dando-se maior autonomia à mulher e aos filhos, passando estes a administrar os pecúlios castrenses (vencimentos militares) (PEREIRA, 2012).

Em matéria de casamento, os romanos entendiam ser necessária a *affectio* não só no momento de sua celebração, mas enquanto perdurasse. A ausência de convivência, o desaparecimento da afeição era, assim, causa necessária para a dissolução do casamento pelo divórcio. Os canonistas, no entanto, opuseram-se à dissolução do vínculo, pois consideravam o casamento um sacramento, não podendo os homens dissolver a união realizada por Deus (GONÇALVES, 2007, p. 16).

Roudinesco (2003, p. 13) afirma que:

Não se conhece praticamente nenhuma sociedade em que a família elementar (nuclear) não tenha desempenhado papel importante. Como união mais ou menos duradoura e socialmente aprovada de um homem, de uma mulher e seus filhos, a família é um fenômeno universal, presente em todos os tipos de sociedade.

Outra demonstração dessa força, no convívio familiar, é a própria expressão utilizada para designar a família no período romano: *famulus*,¹ que significava o conjunto de pessoas e escravos submetidos ao poder do *pater*, bem como o conjunto de bens que compunha o patrimônio familiar.

Além dessa característica que remete invariavelmente à ideia de propriedade, a religião exerceu forte influência na formação cultural daquele povo e, conseqüentemente, na construção dos “laços” familiares daquela época.

A influência da religião na formação familiar mostra-se latente pelos poderes extremos outorgados ao *pater familias*, que além de chefe (*caput*) da família, era juiz (*domesticus magistratus*) e sacerdote (*pontifex*) do culto familiar. Além disso, há que se levar em consideração a forma de transmissão desses poderes, uma vez que dependia do adimplemento de dois requisitos para ser considerada válida: a) o sucessor deveria ser do sexo masculino; e, b) deveria ter sido apresentado pelo *pater familias*, junto ao fogo sagrado, como legítimo sucessor junto ao altar do seu Deus Lar (FUJITA, 2010, p. 13).

¹ Em Roma, a palavra *famulus* originou-se do vocábulo *famel* que servia para designar os escravos, sendo aquela entendida como o conjunto de pessoas e bens que estavam sob o domínio de um *pater*, restando claro, desse modo, o vínculo de propriedade que o *paterfamilias* possuía em relação aos seus familiares e bens.

A religião considerava o poder familiar do *pater* um sacramento, mas, “com a separação entre Igreja e Estado, passou a ser regido pelo direito civil, e não mais pelo direito canônico, apesar de guardar, desde então, íntima relação com os princípios básicos estabelecidos pela doutrina cristã” (BITTAR, 2006, p. 57), e universalmente sufragados pelos povos ligados à tradição romana.

Percebe-se, portanto, que a filiação não estava relacionada unicamente ao vínculo sanguíneo, mas sim ao rito de apresentação daquele novo ser perante o fogo sagrado, que representava o Deus Lar e era composto por todos os familiares que já haviam falecido e que, por terem sido enterrados em local próprio, recebido as preces adequadas e recebido o repasto fúnebre, conforme previa a religião, protegiam e auxiliavam a caminhada dos descendentes ainda vivos.

1.2 Família Medieval

Durante a Idade Média, as relações familiares, não obstante a influência das normas romanas no que concerne ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges, regia-se exclusivamente pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único reconhecido, observando-se também uma crescente importância das regras do direito germânico.

Pode-se dizer que a família brasileira, em seu atual conceito, sofreu influência da família romana, da família canônica e da família germânica. É notório que o direito das famílias foi fortemente influenciado pelo direito canônico, como consequência, principalmente, da colonização portuguesa. “As Ordenações Filipinas foram a principal fonte e traziam a forte influência do aludido direito, que atingiu o direito pátrio” (ROUDINESCO, 2003, p. 13).

Não restam dúvidas que as estruturas familiares são conduzidas pelas variações temporais.

Só recentemente, em função das grandes transformações históricas, culturais e sociais, o direito de família passou a seguir rumos próprios, com as adaptações a nossa realidade, perdendo aquele caráter canonista e dogmático intocável e predominando “a natureza contratualista”, numa certa equivalência, quanto à liberdade de ser mantido ou desconstituído o casamento (RIZZARDO, 2004, p. 7-8).

“A família traz consigo uma dimensão biológica, espiritual e social, afigurando-se necessário, por conseguinte, sua compreensão a partir de uma feição ampla, considerando suas peculiaridades” (FARIAS, 2010, p.03).

1.3 Conceito de Família

Todo homem, a partir do momento em que nasce, passa a fazer parte integrante de uma instituição natural, uma organização familiar. A ela permanece ligado durante toda sua vida, ainda que venha a constituir família pelo casamento.

Os desdobramentos decorrentes das relações construídas entre os componentes da referida organização, originam um conjunto de arranjos, pessoais e patrimoniais, que formam o objeto do Direito das Famílias.

A família é sem sombra de dúvida, “o elemento propulsor de nossas maiores felicidades e, ao mesmo tempo, é na sua ambiência em que vivenciamos as nossas maiores angústias, frustrações, traumas e medos” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 38).

Ao longo do tempo, o Direito vem evoluindo, buscando propiciar harmonia entre os indivíduos que compõem uma família, objetivando a evolução de cada um, no sentido de que sejam reconhecidos como cidadãos capazes de construir um futuro digno e produtivo.

A conceituação de família nunca foi algo estático, haja vista as constantes mudanças ocorridas nas sociedades. A seguir apresentam-se então alguns conceitos e definições.

Para Rodrigues (2002, p. 4-5) a expressão família,

É usado em vários sentidos. Um é o modo mais amplo, onde família é aquela formada por todas as pessoas ligadas por um vínculo de consanguinidade, providas de um tronco ancestral comum. E num modo mais limitado, é compreendido família os consanguíneos em linha reta e os colaterais até o quarto grau. E também o modo mais restrito, onde constitui família o conjunto de pessoas compreendido pelo pai e sua prole.

Para Diniz (2008, p. 12) “família é o grupo fechado de pessoas, composto de pais e filhos, e, para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto numa mesma economia e sob a mesma direção”.

Gomes (2002, p. 36) leciona que:

Não há mais no direito brasileiro a restrição do conceito de família ao núcleo de pessoas vinculadas ao instituto do casamento. A família que hoje merece tutela da ordem jurídica é, indistintamente, a que se origina do casamento, como a que se forma a partir da união estável entre o homem e a mulher, ou a que simplesmente se estabelece pelo laço biológico de paternidade ou pelo liame civil da adoção.

Segundo Lôbo (2002, p. 96), “a família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas”.

Faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, obrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação (DIAS, 2007, p. 39).

No ponto de vista de Nogueira (2001, p. 5) compreende-se como família

Nova estrutura jurídica que se forma em torno do conceito de família sócio afetiva, a qual alguns autores identificam como “família sociológica”, onde se identificam, sobretudo, os laços afetivos, solidariedade entre os membros que a compõe, família em que os pais assumem integralmente a educação e a proteção de uma criança, que independe de algum vínculo jurídico ou biológico entre eles.

Como regra geral, o Direito Civil moderno apresenta uma definição mais restrita, considerando membros da família as pessoas unidas por relação conjugal ou de parentesco. As várias legislações definem, por sua vez, o âmbito do parentesco.

O direito de família estuda, em síntese, as relações das pessoas unidas pelo matrimônio, bem como aquelas que convivem em uniões sem casamento; dos filhos e das relações destes com os pais, da sua proteção por meio da tutela dos incapazes por meio da curatela (VENOSA, 2006, p. 18).

O conceito de família para Pereira (2012, p. 21).

Importa considerar a família em um conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por um vínculo jurídico de natureza familiar, porém esse conjunto não recebe tratamento pacífico e uniforme. A ordem jurídica enfoca-a em razão de seus membros, ou de suas relações recíprocas.

Do disposto no art. 226 da Constituição Federal, Madaleno (2008, p. 05) pontua que:

A família é a base da sociedade e por isso tem especial proteção do Estado. A convivência humana está estruturada a partir de cada uma das diversas células familiares que compõem a comunidade social e política do Estado, que assim se encarrega de amparar e aprimorar a família, como forma de fortalecer a sua própria instituição política.

Entende-se, portanto, que a família é uma sociedade natural formada por indivíduos, unidos por laços de sangue ou de afinidade. Os laços de sangue resultam

da descendência. A afinidade se dá com a entrada dos cônjuges e seus parentes que se agregam à entidade familiar pelo casamento.

2 MODALIDADES DE FAMÍLIA

Pensar em família ainda traz à mente o modelo convencional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos. Mas essa realidade mudou. Hoje, todos já estão acostumados com famílias que se distanciam do perfil tradicional (DIAS, 2007, p. 38).

A vastidão de mudanças das estruturas políticas, econômicas e sociais produziu reflexos nas relações jurídico-familiares. Os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo voltaram-se à proteção da pessoa humana. A família adquiriu função instrumental para melhor realização dos interesses afetivos existentes entre seus componentes (GAMA, p. 101)

A Constituição Federal de 1988, rastreando os fatos da vida, viu a necessidade de reconhecer a existência de outras entidades familiares, além das constituídas pelo casamento. Assim enlaçou no conceito de família e emprestou especial proteção à união estável (CF 226, § 3º) e à comunidade formada por qualquer um dos pais com seus descendentes (CF 226, § 4º) (DIAS, 2007, p. 39). No entanto, os tipos de entidades familiares são meramente exemplificativas, admitindo-se outras manifestações familiares (LÔBO, 2002, p. 95).

2.1 União Estável

A união estável é o relacionamento entre homem e mulher que não sejam impedidos de casar. A principal característica dessa modalidade é a sua informalidade, visto que não precisa ser registrada, entretanto, também é permitido o registro quando solicitado pelo casal.

Essas estruturas familiares, ainda que rejeitadas pela lei, acabaram aceitas pela sociedade, fazendo com que a Constituição albergasse no conceito de entidade familiar o que chamou de união estável, mediante a recomendação de promover sua conversão em casamento (DIAS, 2007, p. 47).

Adequando-se ao art. 226, § 3º da Constituição Federal de 1988, o atual Código Civil, no Livro IV (Do direito de Família), abre um título para “união estável” (Título III);

extingue o conceito de “casamento legítimo” para aceitar também a união estável como entidade familiar. No entanto, diferencia esta última do concubinato, definindo este, no art. 1.727, como sendo “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar”; e aquela no art.1.723 como sendo “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”.

O termo companheira (o) é utilizado para aqueles que vivem em união estável. Quanto à definição dada a esta entidade familiar, o Código volta a tempos passados, segue a definição dada pela Lei 8.971/94, enquanto que, na Lei nº 9.278/96, que regulamentou o § 3º, do art. 226 da Constituição, o termo era conviventes.

Como a lei 9.278/96, o atual Código Civil não fixa prazo, lapso temporal, para obtenção dos efeitos jurídicos da união. Quanto a esta questão,

Seria interpretação restritiva e inconcebível vir a lei infraconstitucional, reguladora do instituto, impor prazo mínimo, para o reconhecimento dessa entidade familiar. Na verdade, o conceito "estável", inserido no pergaminho constitucional, não está a depender de prazo certo, mas de elementos outros que o caracterizem, como os constantes do art. 1º da Lei nº 9.278/96 (FIÚZA, 2003, p. 537).

O § 1º, do art. 1.723 dispõe: “A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521, não se aplicando a incidência do inciso VI, no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”. Portanto, pode-se constatar que não há mais o impedimento quanto à constituição de uma união estável com um (a) companheiro (a) casado (a), mas “separado (a) de fato”, como a Lei nº 8.971/94 proibia, ao se referir em seu art.1º, expressamente, a "um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo".

Houve um avanço, pois existem inúmeras pessoas que, mesmo impedidas de casar, face não estarem divorciadas, encontra-se em união estável com outrem, porquanto, há muito tempo separadas de fato ou judicialmente do seu cônjuge, constituindo nova família por relações socioafetivas consolidadas (FIÚZA, 2003, p. 537).

2.2 Família Matrimonializada

É incontestável que o casamento é uma instituição histórica e tradicional ligado à disciplina religiosa, ainda que de natureza civil, continua interligado às

manifestações religiosas. A igreja consagrou a união entre um homem e uma mulher como sacramento indissolúvel (DIAS, 2007, p. 44).

Até a entrada em vigor da atual Constituição Federal o casamento era a única forma de constituir família. A família constituída fora do casamento era considerada ilegítima, não merecendo a proteção jurídica. Havia forte resistência por parte do Estado em admitir relacionamentos fora dos padrões estabelecidos.

Não obstante a cultura conservadora da época que não admitia a formação de vínculos de convivência sem que fossem oficializados, a constituição de novos núcleos familiares era inevitável, conforme observa Diniz (2008, p. 12):

Apesar do verdadeiro repúdio da legislação em reconhecer quaisquer outras uniões fora do casamento (que eram chamadas de espúrias), vínculos afetivos começaram a surgir à margem do casamento. Novas famílias acabaram se formando entre os egressos de relacionamentos anteriores, sem a possibilidade de serem formalizados.

A partir da Constituição Federal de 1988 a situação se modificou e a família recebeu especial proteção, o casamento perdeu a exclusividade, contudo não a proteção. Sob esse aspecto ilustram Farias e Rosenvald (2010, p. 108):

O casamento continua tutelado como uma das formas de constituir a entidade familiar, através de uma união formal, solene, entre homem e mulher. Apenas não mais possui a característica de exclusividade, convivendo com outros mecanismos de constituição de família, como a união estável, a família monoparental, a família homoafetiva. [...] o casamento em meio a esta multiplicidade de núcleos afetivos, continua protegido, apenas perdendo o exclusivismo.

Note-se que a Constituição de 1988 absorveu as transformações da família, acolheu a nova ordem de valores e privilegiou a dignidade da pessoa humana, reconhecendo a entidade familiar plural com outras formas de constituição além do casamento (CARVALHO, 2009, p. 16-17).

2.3 Família Homoafetiva

Compreendida como a união entre duas pessoas do mesmo sexo, ligadas pelo vínculo afetivo, não necessariamente sob o mesmo teto, que mantêm uma relação duradoura, pública e contínua, como se casados fossem, com o objetivo de unir esforços e partilhar suas vidas (DIAS, 2007, p. 70).

Assim, como em qualquer arranjo familiar contemporâneo, na família homoafetiva o afeto é muito mais importante que o próprio vínculo biológico ou civil e merece a mesma proteção por parte do Estado.

Conforme bem menciona Lôbo (2002, p. 68), “as uniões homoafetivas são entidades familiares constitucionalmente protegidas, pois preenchem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade e possuem o escopo de constituir família”.

Dias (2007, p. 47) ensina que:

A Constituição emprestou, de modo expresse, juridicidade somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher, ainda que nada se diferencie a convivência homossexual da união estável heterossexual. A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir status de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, uma relação entre duas pessoas do mesmo sexo que apresente caráter público, contínuo e duradouro deve ser reconhecida união estável homoafetiva.

Entende-se, portanto, com base na doutrina de Vicchiatti (2008, p. 224), que “as uniões homoafetivas possuem o mesmo elemento valorativamente protegido nas uniões heteroafetivas, que é o amor que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura”, que é o elemento formador da atual família juridicamente protegida (*affectio maritalis*), razão pela qual merece ser enquadrada no âmbito de proteção do Direito das Famílias.

Deste modo, o Direito das Famílias visa garantir especial proteção às famílias que não sejam expressamente proibidas pela lei. Assim, considerando que as uniões homoafetivas formam famílias, não são expressamente proibidas e não têm seus direitos diminuídos de forma expressa por nenhum texto normativo, então se enquadram no conceito de família juridicamente protegida, merecendo, portanto, toda a proteção do Direito das Famílias pátrio.

Além disso, a partir do momento em que nosso ordenamento jurídico não proíbe as uniões amorosas entre pessoas do mesmo sexo, tem-se que são permitidas por ele e, se assim o são, não tem o Estado o direito de, ainda que indiretamente, não lhes conceder os efeitos jurídico-familiares do Direito das Famílias.

Portanto, uma vez que as uniões homoafetivas são dotadas do mesmo amor familiar existente nas uniões heteroafetivas, configuram verdadeiras entidades familiares, a exemplo do casamento civil e da união estável, merecendo, portanto, a

mesma proteção ofertada pelo Direito das Famílias aos casais heteroafetivos, visto que o referido amor familiar é o elemento essencial à configuração da família contemporânea.

2.4 Família Monoparental

Compreende-se como família monoparental a entidade familiar constituída por um único progenitor que cria e educa sozinho seus filhos, sendo essa unidade decorrente de uma situação voluntária ou não (REVISTA JURÍDICA, 2015, p. 09).

A família monoparental foi reconhecida no parágrafo 4º, art. 226 da Constituição Federal, como entidade familiar e de acordo com a mesma é conceituada como “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

O surgimento da família monoparental decorre de vários fatores, podendo ser fruto de uma decisão voluntária ou involuntária. Nesse sentido, Madaleno (2008, p. 07) esclarece que:

A monoparentalidade, no entanto, não decorre exclusivamente das separações e dissensões conjugais e afetivas, sendo identificada no processo unilateral de adoção, ou na inseminação artificial de mãe solteiras ou descompromissadas e de doadores anônimos de material genético.

Segundo a concepção de Pereira (2012, p. 53), a monoparentalidade deriva da própria “liberdade dos sujeitos de escolherem suas relações amorosas” o que sintoniza o seu reconhecimento enquanto família com as próprias garantias constitucionais.

A família monoparental não possui fundamento jurídico no Código Civil Brasileiro, porém, existe na Constituição Federal e também no Projeto do Estatuto das Famílias.

O Projeto do Estatuto das Famílias conceitua a família monoparental em seu artigo 69, §1º (BRASIL, 2013):

Art. 69. As famílias parentais se constituem entre pessoas com relação de parentesco entre si e decorrem da comunhão de vida instituída com a finalidade de convivência familiar.

§ 1.º Família monoparental é a entidade formada por um ascendente e seus descendentes, qualquer que seja a natureza da filiação ou do parentesco.

Este novo conceito de família tornou-se forte historicamente, após as grandes guerras, pois várias mulheres tornaram-se viúvas e tiveram que cuidar de seus filhos sozinhas.

Após várias pesquisas, pode-se concluir que no Brasil, as famílias monoparentais são, em sua maioria, chefiadas por mulheres, como demonstra os dados fornecidos pelo IBGE (CORREIA, 2008): “Em 1970, 82,3% das famílias monoparentais eram chefiadas por mulheres e 17,7% por homens, já em 2003 a proporção é de 95,2% de mulheres e 4,6% de homens”.

Com estes dados supramencionados nota-se, claramente, que as mulheres vêm se tornando cada vez mais chefes de famílias ao longo dos anos, existindo um crescente aumento das famílias monoparentais.

A doutrina cita os motivos da causa do crescimento da família monoparental (LOBO, 2008): “Aponta como causa disso a maior facilidade para os homens do que para as mulheres em reconstituírem novas uniões estáveis, conseqüentemente formando novas famílias segundo o modelo tradicional (pai, mãe e filho)”.

Outro importante fato gerador da monoparentalidade é o de que os homens, conforme dados do IBGE (CORREIA, 2008), estão morrendo mais cedo do que as mulheres e a consequência disso é que elas ficam viúvas, tendo que criar seus filhos sozinhas.

Considere-se também o grande número de separação entre casais na sociedade atual, abandono ou morte de um dos cônjuges, viuvez, adotante solteiro, dentre outros.

2.5 Família Anaparental

A modalidade de família anaparental constitui a possibilidade de construção de uma entidade familiar mesmo sem a presença de um dos pais. Lobo (2008, p. 41) traz o conceito desse tipo de estrutura familiar como a união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, especialmente no caso de grupo de irmãos após o falecimento ou abandono dos pais.

A convivência sob o mesmo teto, durante longos anos, por exemplo, de duas irmãs que conjugam esforços para a formação do acervo patrimonial constitui uma entidade familiar (DIAS, 2007, p. 46).

Existem outros parâmetros para o reconhecimento desse instituto. Dias (2007, p. 46) amplia o conceito ao afirmar que “a convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento da existência de entidade familiar batizada com o nome de família anaparental”

Ainda que inexista qualquer conotação de ordem sexual, a convivência identifica comunhão de esforços, cabendo aplicar, por analogia, as disposições que tratam do casamento e da união estável (DIAS, 2007, p. 46).

2.6 Família Paralela

Família paralela é aquela na qual um de seus membros atua como cônjuge em mais de um relacionamento mantendo vínculo matrimonial ou de união estável.

É incontestável a existência de famílias paralelas – seja num casamento e uma união estável, sejam duas ou mais uniões estáveis. São relações de afeto e apesar de serem consideradas relações adulterinas repudiadas pela sociedade, geram efeitos jurídicos. Sob essa ótica Dias (2009, p. 51) diz que:

Os relacionamentos paralelos, além de receberem denominações pejorativas, são condenados à invisibilidade. Simplesmente a tendência é não reconhecer sequer sua existência. Somente na hipótese de a mulher alegar desconhecimento da duplicidade das vidas do varão é que tais vínculos são alocados no direito obrigacional e lá tratados como sociedades de fato. [...] Uniões que persistem por toda uma existência, muitas vezes com extensa prole e reconhecimento social, são simplesmente expulsas da tutela jurídica.

No entanto, apesar da repulsa aos vínculos simultâneos, não se pode deixar de reconhecer a família paralela como entidade familiar. São relações que repercutem no mundo jurídico, pois os companheiros convivem, muitas vezes têm filhos, e há construção patrimonial em comum (DIAS, 2009, p. 51).

2.7 Família Eudemonista

De acordo com Dias (2010, p. 40): “Família eudemonista é aquela que, unida por laços afetivos, busca a felicidade individual de cada membro da mesma”.

Tal conceito relaciona-se a uma ideia moderna, que tem como principal objetivo a felicidade plena de cada indivíduo. A relação é baseada no afeto recíproco, existindo consideração e respeito entre todos os integrantes da família, independentemente, de existir ou não, vínculo consanguíneo.

Vale ressaltar que a família possui toda a proteção estatal, bem como cada um de seus membros, assegurados pelo art. 266 da Constituição Federal: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Do exposto neste tópico, ressalta-se que, ao introduzir o tema dos novos formatos de família existentes e possíveis de caracterização nos dias atuais, Dias (2010,.) afirma que o resultado da caminhada supramencionada é o reconhecimento da pluralidade das formas de família e aduz que:

O alargamento conceitual das relações interpessoais acabou deixando reflexos na conformação da família, que não possui mais um significado singular. A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração, quer da conjugalidade, quer da parentalidade. Assim, expressões como ilegítima, espúria, adulterina, informal, impura estão banidas do vocabulário jurídico. Não podem ser utilizadas, nem como referência às relações afetivas, nem aos vínculos parentais. Seja em relação à família, seja no que diz respeito aos filhos, não mais se admite qualquer adjetivação (DIAS, 2009, p. 40)

Esta afirmação chama à atenção quanto à utilização de determinados adjetivos pejorativos referentes às relações familiares que já não têm mais espaço na sociedade atual, o que se deve ao alargamento do campo de visão do homem para essa estrutura social da qual proveio todo o conjunto sócio administrativo que se tem hoje. Em outras palavras, percebe-se que os tempos são de tolerância, de aceitação da escolha alheia, de respeito mútuo e de busca por um crescimento conjunto e fraternal.

2.8 Família Mosaico

No Direito das Famílias, o termo “mosaico” designa aquelas entidades familiares constituídas pela pluralidade das relações parentais, em especial as incentivadas pelo divórcio, pela separação, pelo recasamento, seguidos das famílias não matrimoniais e das desuniões (DIAS, 2010).

Esta modalidade de família é originada no matrimônio ou na união de fato de um casal, em que um ou ambos de seus integrantes têm filhos provenientes de um casamento ou relação prévia. Ou seja, esta família é formada pelos filhos trazidos de outra união, tendo ou não filhos comuns (DIAS, 2010).

Com esse modelo de família, surge uma multiplicidade de vínculos, posto que a especificidade deste modelo familiar decorre da peculiar organização do núcleo reconstituído por casais saídos de um casamento ou união anterior.

O entendimento a ser aqui defendido é de que as famílias mosaico são aquelas formadas apenas e tão-somente pelos genitores guardiões, os novos cônjuges ou companheiros, bem como os filhos de um ou de outro e os de ambos. Tal posição se justifica por dois motivos. Primeiro, porque as famílias monoparentais são aquelas formadas pelos descendentes e um dos genitores, qual seja, o guardião. Depois, pelo fato de os efeitos jurídicos porventura existentes serem em decorrência não apenas do parentesco por afinidade, mas principalmente pelo vínculo afetivo formado entre os descendentes e os parceiros dos pais, o qual só será possível levando em consideração a relação estabelecida e construída no dia-a-dia entre eles. Dificilmente existirá esse laço entre o companheiro do genitor não-guardião e o filho desse, ainda mais se considerarmos a distância física que haverá entre eles (VALADARES, 2015).

Entende-se, portanto, que família mosaico é caracterizada pela multiplicidade de vínculos, a ambiguidade de compromissos e interdependência. Contudo, é preocupante a inexistência de regulamentação que venha a tratar do tema.

As famílias pluriparentais são caracterizadas pela estrutura complexa decorrente da multiplicidade de vínculos, ambiguidade das funções dos novos casais e forte grau de interdependência. A administração de interesses visando o equilíbrio assume relevo indispensável à estabilidade das famílias. Mas a lei esqueceu delas! (DIAS, 2010, p. 50).

Ressalta a autora supra que no contexto da família “mosaico”, a lei admite a possibilidade da adoção pelo companheiro do cônjuge genitor, recebendo o nome de adoção unilateral (ECA 41 § 1º). No seu entendimento, para a ocorrência desta forma de adoção, seria indispensável a concordância do pai registral, o que, infelizmente, inviabiliza esta possibilidade na prática.

Nesse sentido, a família mosaico se afirma como entidade familiar formada por um dos genitores e seus filhos com o novo companheiro, e em muitos casos também os filhos deste, sob o mesmo teto, gerando um entrelaçamento afetivo entre esses indivíduos. É uma modalidade que, por suas características, pode configurar a multiparentalidade, conforme será visto mais adiante.

3. OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA FAMÍLIA

Dentre os princípios estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro, merece destaque, em primeiro lugar, o princípio da dignidade da pessoa humana que, na opinião de Pereira (2012, p. 68), é como um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos. Daí porque Dias (2010, p. 61) afirma o princípio da dignidade humana como o mais universal de todos os princípios.

A partir da Constituição Federal de 1988, o Direito de Família passou a ser direcionado por novos princípios (GAMA, 2008, p. 11-14),

- a) o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1, inciso III, da CF);
- b) o princípio da igualdade (art. 5, *caput*, e art. 226, parágrafo 5, da CF);
- c) o princípio da solidariedade (art. 3, inciso I, da CF);
- d) o princípio da paternidade responsável (art. 226, parágrafo 7, da CF);
- e) o princípio do pluralismo das entidades familiares (art. 226, parágrafos 3 e 4, da CF);
- f) o princípio da tutela especial à família, independente da espécie (art. 226, *caput*, da CF);
- g) o dever de convivência familiar (art. 227, *caput*, da CF);
- h) a proteção integral da criança e adolescente (art. 227, *caput*, da CF); e
- i) a isonomia entre os filhos (art. 227, parágrafo 6, da CF/88).

O art. 1º, III da Constituição Federal de 1988, dispõe como fundamento constitucional a Dignidade da Pessoa Humana que é nitidamente encontrada na família como base de sua existência. Deve-se ressaltar que o direito de constituir família é assegurado, bem como sua dissolução também está prevista, devido o poder de decisão que a cada um pertence, não se caracterizando, o matrimônio, como algo irremediável.

Considerado um macroprincípio no ordenamento jurídico brasileiro, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana deriva uma infinidade de princípios, posto que cria efeitos sobre todas as relações jurídicas que permeiam a sociedade.

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos a realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos, colocando a pessoa humana no centro protetor do direito (DIAS, 2010, p. 65).

Entende-se, portanto, que o Estado apoia-se neste princípio tanto para limitar quanto para nortear sua atuação, possuindo o dever de promover condutas eficazes

que possibilitem o mínimo de condições existenciais para cada ser humano, tendo em vista que este é o ponto principal a ser protegido.

O texto constitucional (art. 5, *caput*, e art. 226, § 5º.) evidencia a preocupação no sentido de garantir o direito à igualdade. Observa-se que, além de fazer constar em seu preâmbulo, também destaca no artigo 5º, “*caput*” que “todos são iguais perante a lei”. Além disso, no inciso I, preconiza a igualdade entre homens e mulheres no que tange a direitos e obrigações bem como em relação à sociedade conjugal (art. 226, § 5º.). Do mesmo modo, o princípio da igualdade repercute em relações aos filhos, sejam provenientes ou não do casamento, ou adotados (art.227, § 6º.), sendo inadmissível qualquer indício de discriminação.

Ressalta-se que o Código Civil, em vários artigos (1.511, 1.566, 1.567, 1.583 e 1.834) mostra a influência do princípio da igualdade no âmbito familiar.

A Constituição Federal de 1988 em seu preâmbulo menciona a expressão “sociedade fraterna”, dando amparo legal ao princípio da solidariedade, que por sua vez englobam ideais de fraternidade e reciprocidade:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Trata-se de conteúdo ético e moral, contendo valores humanos, que está previsto no Art. 3º, inciso I da Constituição Federal de 1988, sendo estes de fundamental importância nas relações familiares. No mesmo sentido, o art. 229 da Constituição Federal de 1988 diz, que: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”, sendo observado não só o lado material, como também as relações afetivas como um todo.

Cabe aos pais não só o dever de sustentar, mas também permitir uma vida saudável, refletindo na formação psicológica da criança, pois, de acordo com o dispositivo legal ora mencionado, sabe-se que é obrigatório o cuidado com os filhos em qualquer situação, sendo necessário estabelecer tal assistência, desde o lado financeiro até o afetivo, não podendo se privar dessas obrigações com base na mera

dissolução do casamento, uma vez que o divórcio não extingue a paternidade, conseqüentemente o dever de zelar, educar e amar seus filhos permanece.

Tal princípio garante a forma integral do convívio da criança com seus genitores, uma vez que o divórcio não justifica exclusão de um dos pais da vida da criança, apenas se extingue uma sociedade conjugal, do qual as conseqüências não podem e não devem recair sobre a criança.

Em relação ao sentimento de amor, realmente é impossível a sua imposição, no entanto fica nítido a obrigação dos pais garantir à criança, a educação, a saúde, bem como toda a assistência familiar.

O Estado possui o dever de promover essa gama de direitos de caráter recíproco entre os componentes de uma família, considerando que os reflexos desta irão atingir diretamente a sociedade, visto que o Estado deriva da entidade familiar.

O princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CF/88) é expresso através do direito do planejamento familiar e da obrigação dos pais quanto ao respeito, educação, criação e auxílio material e imaterialmente seus filhos (DIAS, 2010, p. 65).

Quanto ao princípio da tutela especial da família (art. 226, *caput*), obriga o Estado a protegê-la, na forma de cada membro e não de uma forma abstrata.

A pluralidade das entidades familiares e o dever de convivência familiar (art. 226, *caput*) merecem total atenção, visto sua importância para o desenvolvimento do Princípio da Proteção Integral da Criança, que vem constituindo o núcleo das relações familiares. Este princípio também visa normas voltadas a proteger os indivíduos menores, que merecem tratamento diferenciado pelos legisladores por serem considerados vulneráveis, estando, portanto, em fase de desenvolvimento.

Mostra-se indispensável uma convivência harmônica entre os genitores mesmo que seus laços conjugais tenham sofrido ruptura, tendo em vista o desenvolvimento físico-psíquico do menor.

O princípio da proteção integral da criança exige a cooperação das áreas do saber no resguardar da criança vítima a fim de que haja o seu tratamento digno, no respeito a sua integridade físico-psíquica, na sua proteção social e familiar, no oferecimento de tratamento psicológico, na cooperação para a interrupção da violência, etc. A condenação criminal do autor de abuso sexual infantil é conseqüência de um sistema de proteção articulado e bem feito [...] (RAMOS, 2015).

Deste modo, a família tem como um dos objetivos, assegurar a criança o bem estar, bem como uma educação de qualidade e a convivência saudável com seus genitores, mesmo quando houver a ruptura da vida conjugal de seus pais.

Com o princípio da isonomia entre os filhos (art. 227, § 6º), surge definitivamente, a proibição de designações discriminatórias, vedando distinções em razão da origem da filiação. A afetividade, como elemento formador da família, deve se adaptar aos anseios do ser humano e acompanhar suas transformações.

A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família [...] A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado da família. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas (DIAS, 2010, p. 61).

À medida que o Estado estabelece para seus cidadãos um leque imenso de direitos individuais e sociais a fim de que se assegure a dignidade de todos, transparece o princípio da afetividade que, mesmo não sendo expresso em palavra, tem um valor amplo e um campo de incidência expandido.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito (GAMA, 2008, p. 80).

O melhor interesse da criança e do adolescente trata-se de um princípio que atua como uma diretriz determinante nas relações familiares, juntamente com a sociedade e o Estado, onde a criança ou adolescente assume a figura de sujeito de direitos. Possuindo um caráter de proteção integral, o princípio ora mencionado é manifestado nas relações jurídicas quando envolver pessoa menor, como na determinação da guarda, direito de visita, etc. estando relacionado também, de forma *lato sensu*, aos direitos humanos em geral, visto que a vontade e o bem estar do menor devem ser levados em consideração.

Em síntese, a convivência dos filhos com os pais é um dever, tendo em vista que sua evolução como ser humano dependerá de toda a instrução, amparo e tratamento que receber devendo os genitores não medir esforços para o desenvolvimento integral do menor.

4 PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA E MULTIPARENTALIDADE

4.1 Conceito de Parentalidade Socioafetiva

A parentalidade socioafetiva é uma questão extremamente discutida entre doutrinadores e operadores do Direito, mas pouco se explora quanto aos efeitos por ela gerados. Tal modalidade parental e de filiação atualmente é aceita na jurisprudência, no STJ e nos demais tribunais dos estados brasileiros.

A afetividade recebe a seguinte definição:

Relação de carinho ou cuidado que se tem com alguém íntimo ou querido, como um estado psicológico que permite ao ser humano demonstrar os seus sentimentos e emoções a outrem, sendo, também, considerado como o laço criado entre os homens, que, mesmo sem características sexuais, continua a ter uma parte de amizade mais aprofundada (MALUF E Maluf, 2013, p. 212).

O afeto não cabe apenas na consanguinidade (que já configura a parentalidade), mas também nas relações em que há verdadeira afeição entre o suposto pai/mãe e a criança, mesmo não havendo derivação bioquímica.

Nos dias atuais, vem se reconhecendo que as relações de afeto andam à frente nos projetos familiares e são fundamentais na constituição das famílias. O afeto possui origem constitucional conforme Lôbo (2008, p. 124):

O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação entre eles. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da família como grupo social fundado essencialmente nos laços da afetividade. Encontram-se na CF quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade constitutivos dessa aguda evolução social da família: [...], a) todos os filhos são iguais independentemente de sua origem (art.227,§ 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227,§§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família, constitucionalmente protegida (art.226,§4º); d) o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente (art.227, caput).

A família só tem sentido enquanto unida pelos laços de respeito, consideração, amor e afetividade. A família é um fato natural, criada pela natureza e não pelo homem, motivo pelo qual excede a moldura que o legislador a enquadra, pois ele não cria a família como o jardineiro não cria a primavera (LÔBO, 2008, p. 124).

Ressalta-se que a afetividade, no campo jurídico, relaciona-se à ideia de parentesco.

Derivado do latim *parentatus*, de *parens*, no sentido jurídico quer exprimir a relação ou ligação jurídica existente entre pessoas, unidas pela evidência de fato natural (nascimento) ou de fato jurídico (casamento, adoção). Nesta razão, embora originalmente parentesco, a relação entre os parentes, traga um sentido de ligação por consanguinidade, ou aquela que se manifesta entre as pessoas que descendem do mesmo tronco, no sentido jurídico, o parentesco abrange todas as relações ou nexos entre as pessoas, provenha de sangue ou não (SILVA, 2004, p. 342).

O conceito acima não qualifica a socioafetividade, entretanto, podemos interpretá-la quando o autor descreve no final do texto que o parentesco abrange todas as relações ou nexos entre as pessoas, provenha de sangue ou não.

O art. 1.593 do Código Civil define as espécies de parentesco podendo ser natural ou civil e também poderá ser de consanguinidade ou de outra origem: “Art. 1.593 do Código Civil. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem” (BRASIL, 2014).

No artigo supramencionado, a doutrina tem identificado elementos para que a jurisprudência interprete de forma ampla as relações de parentesco socioafetivas.

O Enunciado 256 do Conselho da Justiça Federal - CJF, também, reconhece a parentalidade socioafetiva como forma de parentesco: “Enunciado 256 do CJF. A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.

O parentesco biológico, como se pode verificar, não é a única forma aceita no ordenamento jurídico. Fustel de Coulanges (2006) afirma que o princípio do parentesco não residia somente no ato material do nascimento (vínculo biológico), mas sim no culto, o que chamamos de afetividade. Não era considerado da mesma família o membro que não cultuasse os mesmos deuses (COULANGES, 2005, p. 52).

Filiação afetiva pode também ocorrer naqueles casos em que, mesmo não havendo nenhum vínculo biológico ou jurídico (adoção), os pais criam uma criança por mera opção, denominado filho de criação, (des) velando-lhe todo o cuidado, amor, ternura, enfim, uma família, cuja mola mestra é o amor entre seus integrantes; uma família, cujo único vínculo probatório é o afeto (WELTER, 2002, p. 47).

O atual ordenamento jurídico considerou como fundamental o direito à convivência familiar, o qual adota a doutrina da proteção integral. Este fato transformou a criança em sujeito de direito. Pois, deu prioridade à dignidade da pessoa humana, deixando de lado o conceito tradicional da família. Proibindo designações

discriminatórias à filiação, aos filhos nascidos ou não da relação de casamento e também por adoção, assegurando igualmente os mesmos direitos, conforme o artigo 1.596 do Código Civil afirma: “Artigo 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, por adoção, ou por socioafetividade, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

A Constituição Federal de 1988 garante a todos os filhos o direito à paternidade, mas este é o sutil detalhe, pois que se limita ao exame processual e incondicional da verdade biológica sobre a verdade jurídica. Entretanto, adota um comportamento jurídico perigoso, uma vez que dá prevalência à pesquisa da verdade biológica, olvidando-se de ressaltar o papel fundamental da verdade socioafetiva, por certo, a mais importante de todas as formas jurídicas de paternidade, pois, seguem como filhos legítimos os que descendem do amor e dos vínculos puros de espontânea afeição e, para esses caracteres a Constituição e a gênese do futuro Código Civil nada apontam, deixando profunda lacuna no roto discurso da igualdade, na medida em que não protegem a filiação por afeto, realmente não exercem a completa igualização (MADALENO, 2000, p. 41).

Apesar de não existir referência explícita, ressalta-se que a Constituição Federal de 1988, no Capítulo VII, amplia sua preocupação por valorizar o afeto como objeto fundamental dos núcleos de convivência familiar, estimulando a mútua assistência no parentesco e na conjugalidade.

[...] suporte emocional do indivíduo através da ambiência familiar não se exterioriza mais, nos dias que correm, apenas na tutela formal dos integrantes aglutinados, posto exigir doravante a afirmação da importância jurídica do afeto como expressão da dignidade da pessoa humana (OLIVEIRA FILHO, 2002, p. 32).

A noção de filiação toma cada vez mais forma através do afeto e da efetiva posse do estado de filho, denominada filiação socioafetiva. É preciso que se defina esses novos contornos para compreender melhor esta seara que começa a nortear as relações entre pais e filhos, como bem ensina Madaleno (MADALENO, 2000, p. 40).

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

Entende-se, portanto, que os filhos socioafetivos deverão ter os mesmos direitos dos biológicos, igualdade prevista na Constituição Federal (SILVA, 2015).

Pode-se concluir sobre a real possibilidade de existência de uma paternidade jurídica sem a existência da biológica, revelando-se a parentalidade socioafetiva.

4.2 Conceito de Multiparentalidade

A multiparentalidade pode ser entendida como uma alternativa de tutela jurídica para o fenômeno da liberdade de desconstituição familiar e formação de famílias reconstituídas (PAREIRA, 2003, p. 31). Desta forma, verifica-se que, rompidos os vínculos afetivos ou biológicos, a criança ou adolescente terá mecanismos que poderão garantir seus direitos fundamentais, mantendo seu desenvolvimento pleno, gerando os mesmos efeitos do parentesco.

Assim, posto que a verdadeira maternidade/paternidade está fundamentada na afetividade, não se deve negar o vínculo nos casos em que as ligações afetivas são suficientes para configurar a filiação socioafetiva. Ressalta-se que “a exteriorização da maternidade é mais importante que a verdade biológica, pois compõe o verdadeiro amor que se origina com o nascimento e se aperfeiçoa durante a vida”.(ALMEIDA, 2001, p. 159).

O instituto da multiparentalidade deve ser aplicado para permitir que a criança tenha tanto o registro com o nome do pai biológico, quanto do pai socioafetivo, cabendo aos pais compartilhar dos mesmos direitos e deveres com relação à criança, inclusive o de prestar pensão alimentícia, caso necessário.

Ressalta-se que a definição de parentesco é uma construção social e cultural, construída em conformidade com as regras comportamentais de cada época e não se relaciona somente com o vínculo biológico, resultando também do vínculo de afeto que surge a partir dos cuidados da criança. Neste sentido, pai verdadeiro é aquele que assumiu tal função (TEIXZEIRA, 2010, p. 203).

Na multiparentalidade não existe distinção quanto ao gênero, podendo ser aplicada tanto ao pai biológico e outro socioafetivo, como também nos casos em que existam uma mãe biológica e outra socioafetiva.

Para existir a aplicabilidade da multiparentalidade é necessário um processo judicial de reconhecimento de uma parentalidade socioafetiva, o qual deve seguir todos os trâmites legais, em que se faz necessário a análise da relação e do vínculo existente entre a criança e o pai socioafetivo, devendo ser comprovada a posse do estado de filho, fundada na reputação social (*reputatio*), no tratamento dos envolvidos

(*tractatus*) e no nome (*nominatio*), sendo este último, de acordo com a doutrina, elemento dispensável à caracterização da parentalidade.

Assim, possuindo a finalidade de reconhecer a múltipla filiação parental, deve ser alterada a disposição do artigo 1.636 do Código Civil, que assim dispõe:

Art. 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

Pela leitura do artigo supracitado entende-se que nas famílias recompostas não ocorrerá o envolvimento dos filhos de um casamento anterior com o novo cônjuge ou companheiro, o que não corresponde com a realidade, pois nas famílias que se rearranjam há sim a presença marcante da socioafetividade, que inclusive já vem sendo reconhecidas pela jurisprudência como formadora de vínculo parental (TEIXEIRA, 2010).

O reconhecimento de um vínculo socioafetivo não tira o direito de a criança ingressar com uma ação de reconhecimento de paternidade em face de seu pai biológico, pois este direito é assegurado no artigo 27 do ECA: “Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

O artigo 54 da lei 6.015/73, o qual rege a Lei de Registros Públicos abre a possibilidade ao filho socioafetivo da adoção do nome de qualquer um dos pais registrados, devendo ser incluído o nome dos avós paternos e maternos. Desta forma, o registro de nascimento da criança conterà, além do nome do pai biológico, o nome do pai socioafetivo, contendo também o nome de seus ascendentes, sem constar nenhum comentário à forma de aquisição da paternidade.

O reconhecimento da parentalidade socioafetiva proporcionará aos genitores os mesmos direitos e deveres relacionados à adoção, conforme os artigos 39 a 52 do ECA, com os efeitos a seguir: a declaração do estado de filho afetivo; a feitura ou alteração do registro civil do nascimento; a irrevogabilidade da paternidade ou maternidade sociológicos; a herança entre pais, filhos e parentes socioafetivos; o poder familiar; a guarda e o sustento do filho ou o pagamento de pensão alimentícia; o direito de visitas, entre outros.

4.3 Julgados

Atualmente existem vários processos na Justiça Brasileira, abordando o tema multiparentalidade, não sendo, portanto, um tema desconhecido na esfera jurídica.

Nessa apresentação de jurisprudência, faz-se imperioso ressaltar a primeira decisão favorável ao tema multiparentalidade, que ocorreu no ano de 2012, no Tribunal de Justiça de São Paulo, em que foi deferido o pedido para ser acrescentado na certidão de nascimento de um jovem de 19 anos o nome da mãe socioafetiva, conservando o nome da mãe biológica que faleceu três dias após o parto, conforme decisão a seguir:

EMENTA: MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Preservação da Maternidade Biológica. Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família. Enteado criado como filho desde dois anos de idade. Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Recurso provido (TJ-SP - Apelação: APL 64222620118260286 SP 0006422-26.2011.8.26.0286).

Destaca-se outra importante decisão deferida a favor da multiparentalidade, pelo Juiz da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Cascavel do Paraná, em que o autor ingressou com pedido de adoção de um adolescente, manutenção da paternidade biológica, bem como o acréscimo de seu sobrenome no nome do adolescente, conforme a seguinte decisão:

DECISÃO. Diante do exposto e por tudo o que mais dos autos consta, embasado no artigo 227, § 5º, da Constituição Federal, combinado com o artigo 170 e artigos 39 e seguintes da Lei 8069/90, considerando que o adolescente A. M. F., brasileiro, filho de E. F. F. E R. M. F., nascido em 16 de janeiro de 1996, registrado sob o nº XXX, folhas 24, do Livro A/10, perante o Registro Civil de B. V. Da C. -PR, estabeleceu filiação socioafetiva com o requerente, defiro o requerimento inicial, para conceder ao requerente E. A. Z. J. A adoção do adolescente A. M. F., que passará a se chamar A. M. F. Z., declarando que os vínculos se estendem também aos ascendentes do ora adotante, sendo avós paternos: E. A. Z. E Z. Z.. Transitada esta em julgado, expeça-se o mandado para inscrição no Registro Civil competente, no qual seja consignado, para além do registro do pai e mãe biológicos, o nome do adotante como pai, bem como dos ascendentes, arquivando-se esse mandado, após a complementação do registro original do adotando (TJRS; APELAÇÃO CÍVEL 70029363918; OITAVA CÂMARA CÍVEL; REL. DES. CLAUDIR FIDÉLIS FACCENDA; J. 7.5.2009).

Percebe-se claramente que a acertada decisão do juiz visou principalmente o bem estar e o interesse do adolescente, que passou a ter dois pais, devendo esta condição ser valorizada, pois existe, na sociedade, significativo número de crianças e adolescentes abandonados, sem nenhum pai ou mãe que lhe proporcione o mínimo de assistência familiar e a Justiça não pode impedir este grande avanço na sociedade.

4.4 Princípios Basilares da Multiparentalidade

Princípios são o conjunto de normas que refletem a ideologia da Constituição de uma nação, seus postulados fundamentais e seus fins. Em síntese, são as normas eleitas pelo constituinte originário como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.

Assim, o instituto da multiparentalidade tem como base os princípios constitucionais, os quais sempre são citados nos julgados a favor do referido instituto, não podendo ser desrespeitados por ser uma lei maior, sendo assim, de suma importância uma abordagem minuciosa para melhor esclarecimento desta modalidade que está ganhando espaço na sociedade atual.

Deste modo, pode-se afirmar que os princípios constitucionais servem como diretrizes para o Direito das Famílias, sendo inadmissível qualquer interpretação que exclua da proteção legal de qualquer entidade familiar, tendo em vista que os objetivos fundamentais da República de "promover o bem de todos" e a "proteção à família" devem ser entendidos como a proteção aos interesses de seus membros. Nesse contexto constitucional, a família não é um fim em si mesmo, ela é um instrumento do desenvolvimento da pessoa humana (BARROSO, 2010, p. 65).

4.4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana encontra-se no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, no inciso III:

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

A dignidade da pessoa "[...] não possui contornos exatos, podendo ser conhecida e reconhecida de maneiras diferentes por cada cidadão, de acordo com

sua visão e valoração da vida” (LIMA, 2010, p. 68). Contudo, conceituar o referido princípio é tarefa complexa, como bem ensina Sarlet (2009, p. 36):

[...] não há como negar que uma conceituação clara do que efetivamente seja esta dignidade, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, se revela no mínimo difícil de ser obtida, isto sem falar na inquestionável (e questionada) validade de se alcançar algum conceito satisfatório do que, afinal de contas, é e significa a dignidade da pessoa humana. Tal dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacado na doutrina [...] (SARLET, 2009, p. 36).

O instituto da multiparentalidade vem sendo adotado por várias famílias brasileiras como uma melhor forma de relação parental, encontrando fortalecimento no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo garantia de uma vida digna, possuindo embasamento jurídico na Lei suprema, a nossa Constituição Federal de 1988, sendo o seu direito inquestionável, devendo ser concedido a todos aqueles que se adequarem à condição multiparental por visar o bem estar da família, que é a base da sociedade.

4.4.2 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente iniciou-se com a Constituição Federal de 1988, quando os filhos passaram a ser sujeitos de direitos e deveres, diferentemente da Constituição anterior, em que os filhos eram considerados como simples propriedade dos pais.

Cabe ao Poder Público, à família e a sociedade respeitar os direitos da criança e do adolescente visando o princípio do melhor interesse, conforme o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90):

Art. 4º: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

De acordo com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, entende-se que a criança e o adolescente deverão sempre ter preferência no atendimento de seus interesses.

Com relação a preferência do atendimento da criança e do adolescente,

Essa prioridade deve ser tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade (COSTA, 2010, p. 25).

O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente visa resguardar as relações multiparentais, pois se um filho reconhece possuir mais de um pai ou mais de uma mãe e o mesmo sentir-se feliz com esta família, reconhece-se presente o citado princípio, por existir respeito e carinho recíproco nesta família.

4.4.3 Princípio da Afetividade

A Afetividade é um princípio basilar do Direito das Famílias Constitucionalizado, tem a responsabilidade por primar as relações socioafetivas, fundamentadas na comunhão de vida. Tal princípio está implícito na Constituição Federal de 1988, sendo decorrência direta dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) e da solidariedade (art. 3º, I, CF/88), bem como dos princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos entre si.

[...] a família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevailecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares (LÔBO, 2008, p. 53).

Pelo Princípio da Afetividade a família passa a ser o lugar de realização existencial de seus membros, tendo como objetivo estimular os laços afetivos e a comunhão de vida entre eles. É oportuna a afirmação de que:

[...] a convivência familiar envolve um feixe de circunstâncias que possibilita o desenvolvimento saudável da fase infantil e juvenil. Isso permite à criança a percepção de que é amada, de que alguém dela se ocupa e com ela se preocupa. Envolve esse direito mais do que a possibilidade de ter pai e/ou mãe, a prerrogativa de receber deles atenção, cuidados e carinho. Importa na possibilidade de ter espaço para se ser criança, ou seja, para brincar, pois essa é a forma salutar de o mundo infantil se desenvolver e compreender o

que o cerca e também de se fazer por ele compreender (GIRARD, 2050, p. 107-108).

Sob essa ótica, a proteção da criança e do adolescente foi garantida internacionalmente num período bem anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988. Deste modo, a referida proteção foi firmada pela Convenção de Genebra sobre os Direitos da Criança, de 1924, e na Declaração sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1959, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Quatro décadas depois, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, confirmada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, teve como tema central a preocupação com o bem estar da criança e do adolescente e com o seu desenvolvimento completo e harmonioso.

Com isso, destaca-se a importância do Princípio da Afetividade, que tem correlação direta com o direito fundamental da criança à convivência familiar, assegurado no art. 227 da CF/88, bem como nos arts. 4º e 19 do ECA, na medida em que é imprescindível ao desenvolvimento sadio e harmonioso da personalidade de qualquer indivíduo.

CONCLUSÃO

A sociedade evoluiu trazendo consigo a valorização das relações afetivas e, conseqüentemente, da pessoa humana. A família, nesse processo evolutivo, perdeu a função meramente procriadora e a mulher buscou seu lugar na sociedade. Assim, a concepção de família, hoje, é muito mais abrangente e seus componentes vivem igualmente.

No Brasil a evolução política, econômica e social foi palco para a transformação da dimensão de família que se deu desde o Código Civil de 1916 até aos Princípios Constitucionais consagrados na Constituição Federal de 1988.

Neste contexto de inovações e adaptações é que os novos modelos familiares, formados pela união de afeto, passaram a fazer parte do Direito das Famílias. Assim, regido pelos princípios e regras constitucionais, pelas regras e princípios gerais do Direito das Famílias aplicáveis e pela contemplação de suas especificidades, a tutela da afetividade e da realização da personalidade humana passaram a compor o cerne das relações familiares, que é onde se pode nascer, amadurecer e desenvolver os valores da pessoa.

Desse modo, pode-se perceber como a função social da família influencia e justifica as normas reguladoras neste campo. A evolução do Direito das Famílias é verificada como reflexo da própria evolução da sociedade, revelando-se claro o redirecionamento das relações familiares no sentido de preservar o que há de mais importante nas famílias: o sentimento afetivo, a solidariedade, a proteção mútua, o respeito, a consideração.

Do exposto no presente estudo, ficou demonstrado a possibilidade da existência de múltiplos vínculos parentais em relação ao estado de filiação, sendo ela presumida, biológica ou afetiva.

O reconhecimento de um filho é acompanhado de vários efeitos tanto na esfera patrimonial, psicológica, social e pessoal, tais como direito de portar o nome do pai ou mãe, a guarda, alimentos e principalmente em questão sucessória.

Entende-se que a multiparentalidade configurada pelo registro de 3 ou mais genitores em seu registro de nascimento, embora ocasione um bônus aos filhos contemplados pela dúplice paternidade/maternidade, futuramente poderá tornar-se uma obrigação dobrada se levada em consideração a reciprocidade de alimentos e capacidade sucessória. Portanto, cada caso deve ser estudado criteriosamente –

embora os reflexos não sejam certos e definitivos, é necessário que sejam levados em consideração.

É importante frisar que, a multiparentalidade é reconhecida doutrinariamente, pois já se reconhecem várias famílias que são formadas apenas por afetividade. Contudo, jurisprudencialmente ainda não se tem um posicionamento totalmente a favor da multiparentalidade, pois ainda existem divergências nas sentenças proferidas por juízes e Tribunais.

Contudo, existe uma maioria significativa a favor da multiparentalidade, posto que juízes e tribunais vêm deferindo o reconhecimento do referido instituto, juntamente, com a inclusão do nome do pai sociafetivo e pai biológico no registro da criança ou adolescente, sem causar dano a nenhum dos pais por não existir nenhuma exclusão, apenas visando proteger o instituto da família.

Atualmente, tem-se verificado que as decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre a multiparentalidade seguem pelo caminho da doutrina, no sentido de seu reconhecimento. Ainda que existam decisões em desfavor ao referido instituto em alguns casos, a predominância encontra-se a favor da afetividade.

Em linhas gerais, a multiparentalidade é uma forma de reconhecer no campo jurídico o que ocorre no mundo dos fatos. Ela afirma a existência do direito a convivência familiar que a criança e o adolescente exercem por meio da paternidade biológica em conjunto com a paternidade socioafetiva.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA**: aspectos polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar: ABDR, 2009. p. 65.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de família. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 57.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 30 de set. de 2015.

_____. **Código Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito civil. Direito de Família**. 2. Ed., Atualizado, revisado e ampliado. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

COSTA, J. O. S. **Os efeitos jurídicos da posse de estado de filho no processo de adoção judicial**. 2010. 46 f. Monografia (Graduação em Direito) – Instituto João Alfredo de Andrade, Juatuba, MG, 2010.

COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos de família**. 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **União Homossexual**: justiça e o preconceito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual de Direito de Famílias**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. v. 5. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**, 2 ed., Revista, ampliada e atualizada de acordo com a Lei nº 12.010/09 – Lei da Adoção; com a Lei nº 12.004/09 – Nova Lei de Presunção de Paternidade; com a Lei nº

11.924/09 – Lei de Acréscimo de Sobrenome do Padrasto; com a Lei nº 11.804/08 – Lei de Alimentos Gravídicos; e com a Lei 11.698/08 – Lei da Guarda Compartilhada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

FIUZA, Ricardo (coordenador). **Novo Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. São Paulo: Atlas, 2010.

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

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**. São Paulo: Atlas 2008.

_____. **Das relações de parentesco**. Belo Horizonte, 2003.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro** São Paulo: Saraiva, 2007, vol. VI.

LIMA, Francisco Arnaldo Rodrigues de. **O princípio da dignidade da pessoa humana nas constituições do Brasil**. Revista Âmbito Jurídico, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Direito civil**: famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Novas Perspectivas no Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

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

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. **Relacionamento Interfamiliar. Interfaces e Conexões do Direito de Família.** Revista Jurídica Del Rey, Belo Horizonte: IBDFAM, n. 8, p. 32, maio 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil.** Anais do IV Congresso Brasileiro de Direitos de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. .

_____. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Abuso Sexual ou Alienação Parental: o difícil diagnóstico.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/695>>. Acesso em 10 jul. 2015.

REVISTA JURÍDICA. Família monoparental brasileira. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/Artigos/PDF/JonabioBarbosa_Rev92.pdf>, p. 9. Acesso em 20 de set. 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família.** 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil brasileiro.** Direito de Família. V. 6. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009, p. 36.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Luana Babuska Chrapak da. **A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar.** Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/monografia-paternidade-socioafetiva.pdf>> Acesso em: 13 nov. 2015.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade.** São Paulo: Atlas, 2010.

TJ-SP - Apelação: APL 64222620118260286 SP 0006422-26.2011.8.26.0286.

TJRS; APELAÇÃO CÍVEL 70029363918; OITAVA CÂMARA CÍVEL; REL. DES. CLAUDIR FIDÉLIS FACCENDA; J. 7.5.2009).

VALADARES, Maria. **Os meus, os seus e os nossos**: As famílias mosaico e seus efeitos jurídicos. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/597>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito civil. Direito de família**. 5 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006.

_____. **Direito Civil**. Direito de família. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WELTER, Belmiro Pedro. **Filiação biológica e socioafetiva**: igualdade. Revista Brasileira de Direito de Família. N. 14. Porto Alegre: Síntese, 2002.