

ISSN 1808 - 6470



**Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**

# **THEMIS**

## **REVISTA DA ESMEC**

Publicação Oficial da Escola Superior da Magistratura  
do Estado do Ceará – ESMEC

**Themis** Fortaleza v.8 n.2 p. 1-284 ago/dez 2010

Pede-se que acusem o recebimento deste volume da “Revista”

*Rogamus ut acceptionem nunties*

*Se ruego acusar recibo dei presente numero*

*Con preghiera di accusare ricevuta dei presente numero*

*On prie de vouloir bien accuser reception de cette revue*

*Please acknowledge receipt of this exemplar*

*Bitte, den Empfang dieser Zeitchrift zu beschinigen*

*Oni peats konfirmi Ia ricevon*

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA POR  
MARIA DO SOCORRO CASTRO MARTINS – CRB-3/775

**THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, 2010**

**v. 8, n. 2, ago/dez**

**Semestral**

**ISSN 1808-6470**

**1. Doutrina. 2. Jurisprudência.**

**I. Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará-ESMEC**

**CDU: 340(05)**

## **Permuta**

Solicita-se permuta / *Exchange requested /On prie e'echange/ We request exchange/ On demande l'échange/Wir erbitten Austausch/ Se solicita canje/ Si chiede lo scambio/ Se pide intercambio*

### **Endereço para permuta:**

#### **Biblioteca da ESMEC**

Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70 – Água Fria  
CEP 60.811-670 Fortaleza-Ceará-Brasil

Tel./fax: (85) 3492-9100 ou (85) 3492-9122

E-mail: [esmectj@gmail.com](mailto:esmectj@gmail.com)

### **Correspondências e Artigos:**

#### **Secretaria da ESMEC**

Editores da Revista THEMIS - Revista Científica da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)

Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70 – Água Fria  
CEP 60.811-670 Fortaleza-Ceará-Brasil

Tel./fax: (85) 3492-9100 ou (85) 3492-9122

E-mail: [esmectj@gmail.com](mailto:esmectj@gmail.com)

### **Permitida a reprodução desde que citada a fonte.**

THEMIS - Revista Científica da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC) possui tiragem de 500 exemplares impressos e 100 (cem) exemplares em CD-ROM e é distribuída, gratuitamente, aos alunos e professores da ESMEC e às bibliotecas e instituições das principais universidades, escolas de magistratura e institutos de pesquisa, em especial àqueles que nos solicitarem, pelo sistema de permuta.

Consulte a versão eletrônica da THEMIS - Revista Científica da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC) em:

<[http://www.tjce.jus.br/esmec/esmec\\_publicacoes.asp](http://www.tjce.jus.br/esmec/esmec_publicacoes.asp)>

E-mail: [esmectj@gmail.com](mailto:esmectj@gmail.com)

<http://www.tjce.jus.br/esmec>



© **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ**

**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ**

**Edifício Desembargador Júlio Carlos de Miranda Bezerra**

**Tel. (0XX85) 3492-9100 ou 3492-9122 E-mail: esmectj@gmail.com**

**Rua Ramires Maranhão do Vale, 70 – Edson Queiroz**

**CEP 60811-670 Fortaleza-CE**

### **DIREÇÃO**

Desembargador Francisco Lincoln Araújo e Silva

### **COORDENAÇÃO**

Juiz Durval Aires Filho

### **ORGANIZAÇÃO DE TEXTOS**

Mário Parente Teófilo Neto

### **REVISÃO**

Maria de Fátima Neves da Silva

### **CONSELHO CONSULTIVO**

Águeda Passos Rodrigues Martins – Alberto Silva Franco – Antônio de Pádua Ribeiro – César Asfor Rocha – Ernando Uchoa Lima – Fernando Luiz Ximenes Rocha – Luiz Carlos Fontes de Alencar – José Ari Cisne – José Maria de Melo – José Paulo Sepúlveda Pertence – Marco Aurélio Farias de Mello – Paulo Bonavides – Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite – Sálvio de Figueiredo Teixeira – Vicente Leal de Araújo

### **CONSELHO EDITORIAL**

Almir Pazzianotto Pinto – Antônio Augusto Cançado Trindade – Carlos Roberto Martins Rodrigues – Carlos Facundo – Celso Antônio Bandeira de Melo – César Oliveira de Barros Leal – Dimas Macedo – Edgar Carlos de Amorim – Ernani Barreira – Fátima Nancy Andrighi – Fernando Luiz Ximenes Rocha – Flávio José Moreira Gonçalves – Francisco de Assis Filgueiras Mendes – Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque – Francisco Luciano Lima Rodrigues – Friedrich Müller – Gizela Nunes da Costa – Hugo de Brito Machado – João Alberto Mendes Bezerra – José Afonso da Silva – José Alberto Rola – José Alfredo de Oliveira Baracho – José Evandro Nogueira Lima – José Filomeno de Moraes Filho – Luiz Flávio Borges D’Urso – Márcio Thomaz Bastos – Napoleão Nunes Maia Filho – Oscar Vilhena – Rogério Lauria Tucci – Sérgio Ferraz – Sílvio Braz Peixoto da Silva – Valeschka e Silva Braga – Valmir Pontes Filho

**Os conceitos emitidos em artigos assinados são de absoluta e exclusiva responsabilidade de seus autores**



**COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
DO ESTADO DO CEARÁ**

**DES. ERNANI BARREIRA PORTO**  
*PRESIDENTE*

**DES. JOSÉ ARÍSIO LOPES DA COSTA**  
*VICE-PRESIDENTE*

**DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA**  
*CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA*

**TRIBUNAL PLENO**

Des. Ernani Barreira Porto  
Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque  
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha  
Des. Rômulo Moreira de Deus  
Des. José Arísio Lopes da Costa  
Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido  
Des. João Byron de Figueirêdo Frota  
Des. Ademar Mendes Bezerra  
Desa. Edite Bringel Olinda Alencar  
Desa. Maria Iracema Martins do Vale  
Des. José Mário Dos Martins Coelho  
Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes  
Des. Francisco de Assis Figueira Mendes  
Des. Lincoln Tavares Dantas  
Des. Celso Albuquerque Macêdo  
Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva  
Des. Francisco Sales Neto  
Desa. Maria Estela Aragão Brilhante  
Desa. Maria Náfide Pinheiro Nogueira  
Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo  
Des. Francisco Pedrosa Teixeira  
Desa. Vera Lúcia Correia Lima  
Des. Francisco Auricélio Pontes  
Des. Francisco Suenon Bastos Mota  
Des. Clécio Aguiar de Magalhães  
Des. Francisco Barbosa Filho  
Des. Paulo Camelo Timbó  
Des. Emanuel Leite Albuquerque  
Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda  
Des. Jucid Peixoto do Amaral  
Des. Manoel Cefas Fonteles Tomaz  
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte  
Dr. Inácio de Alencar Cortez Neto - Juiz convocado para substituir o  
Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque.  
Dr. Alexandre Sampaio Guizardi - Secretário Geral





**RELAÇÃO DOS DIRETORES E COORDENADORES DA ESCOLA  
SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ  
(ESMEC)**

**Diretor Atual:** Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

**Ex-Diretores:**

Des. Des. Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira (2008-2010)  
Des. Ademar Mendes Bezerra (2006-2007)  
Des. Francisco Hugo Alencar Furtado (2005)  
Des. José Cláudio Nogueira Carneiro (2003-2004)  
Desa. Gizela Nunes da Costa (2001-2002)  
Des. Raimundo Bastos de Oliveira (1999-2000)  
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha (1997-1998)  
Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque (1995-1996)  
Des. José Maria de Melo (1993-1994)  
Des. Ernani Barreira Porto (1991-1992)  
Des. Julio Carlos de Miranda Bezerra (1987-1990)

**Coordenador Atual:**

Juiz Durval Aires Filho

**Ex- Coordenadores:**

Juiza Sérgia Maria Mendonça Miranda (2009-2010)  
Juiz Washington Luiz Bezerra de Araújo (2008)  
Juiz Haroldo Correia Máximo (2007)  
Juiz Marcelo Roseno de Oliveira (2006-2007)  
Juiz Roberto Jorge Feitosa de Carvalho (2005)  
Juiz Mantovanni Colares Cavalcante (2003-2004)  
Juiz Francisco Luciano Lima Rodrigues (2001-2002)  
Juiz Francisco de Assis Filgueira Mendes (1988-2000)



---



---

# SUMÁRIO

---



---

## ARTIGOS

O CONSTRUTIVISMO DE FRANÇOIS GENY E A METÓDICA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER: HÁ UM PARALELISMO POSSÍVEL ENTRE A ESCOLA DA LIVRE INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA E A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO? ..... 15

Vinícius de Mattos Magalhães

EGOLOGISMO EXISTENCIAL: A CONTRIBUIÇÃO DE CARLOS COSSIO PARA A NATUREZA DA NORMA JURÍDICA ..... 27

Martasus Gonçalves Almeida

AÇÕES AFIRMATIVAS: À LUZ DA ISONOMIA E PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOSÍDICA ..... 35

Ana Jouse Tomaz Fonseca Girão

AÇÕES AFIRMATIVAS: SISTEMA DE COTAS PARA NEGROS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ..... 51

ORLEANES CAVALCANTI DE O. VIANA GOMES

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO EFETIVIDADE DA SEGURANÇA JURÍDICA ..... 73

Francisca Narjana de Almeida Brasil

A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS REFERENTES AOS DIREITOS SOCIAIS ..... 81

Lorena Aragão Correia

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS ..... 107

Mirian Porto Mota Randal Pompeu

O CONTROLE SOCIAL E O EMPODERAMENTO DO SUS: O Direito à Saúde promovendo cidadania. .... 119

Antonio Abelardo de Sousa

O PLURIPARENTALISMO DAS “FAMÍLIAS MOSAICO” À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO: PERSPECTIVAS PARA O PODER FAMILIAR ..... 129

Lúcia Karyne de L. Rodrigues

ADOÇÃO INTERNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO: UMA ANÁLISE DO PROCEDIMENTO DE ADOÇÃO DOS ANOS 80 ATÉ OS DIAS DE HOJE .....	149
Maria Carmen de Lima Martins Pinto Francisco Luciano Lima	
A IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO .....	164
Rosângela Maria Evangelista de Melo	
A TUTELA DO MEIO AMBIENTE ATRAVÉS DOS TRIBUTOS .....	171
João Victor Porto Sales	
QUITAÇÃO ELEITORAL E PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CAMPANHA: A polêmica interpretação do §7º, art. 11, da Lei nº 9.504/1997 .....	185
Tiago Aguiar Abreu Portela Barroso	
A Constitucionalidade da Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010: Lei da Ficha Limpa. ....	195
Yvonne de Figueiredo Correia Castelo	
O JULGAMENTO LIMINAR DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO SOB A PERSPECTIVA DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO .....	205
Luiz Régis Bomfim Filho	
LEI MARIA DA PENHA – IMPLICAÇÕES POLÍTICAS, JURÍDICAS E SOCIAIS. ....	231
Bárbara Enrica Vieira Lovati	
USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE ..	243
José Lopes de Sousa Júnior	
EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA COMO ALTERNATIVA PARA CAPACITAÇÃO PROFISSIONAL A EXPERIÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ .....	269
Edilson Baltazar Barreira Júnior	

---

# ARTIGOS

---



## O CONSTRUTIVISMO DE FRANÇOIS GENY E A METÓDICA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER: HÁ UM PARALELISMO POSSÍVEL ENTRE A ESCOLA DA LIVRE INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA E A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO?

**Vinícius de Mattos Magalhães**

*Mestrando em Ordem Jurídica Constitucional pela  
Universidade Federal do Ceará*

*Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará*

**RESUMO:** o presente trabalho possui o escopo de investigar se há, entre a Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller e a Escola da Livre Investigação Científica de François Geny, um possível paralelismo. Isto porque ambos os autores reconhecem a insuficiência da literalidade dos dispositivos legais na resolução de problemas; buscam uma aproximação entre o Direito e a Realidade; reconhecem a importância do trabalho multidisciplinar na determinação da parcela da *realidade* aplicável ao caso concreto, entre outras semelhanças normativas. Partindo desta hipótese de trabalho, analisou-se a teoria de François Geny – fazendo-se, antes, uma breve análise da Escola da Exegese, que Geny buscou infirmar – e, posteriormente, expôs-se, em linhas gerais, a Teoria Estruturante do Direito e os métodos de concretização da Constituição propugnados por Friedrich Müller, para, em um passo final, concluir-se pela existência de inúmeras semelhanças nas teorias dos referidos autores, sobretudo em relação à categoria normativa “*construído*” de François Geny e o “*âmbito da norma*” de Friedrich Müller, que expressam a parcela do texto da norma responsável pela apreensão da realidade determinante para a solução do caso.

### 1 INTRODUÇÃO

Um dos focos mais frequentes dos debates acadêmicos contemporâneos concentra-se nas controvérsias normativas relacionadas aos limites e *métodos* de interpretação constitucional. A Hermenêutica ganha, inequivocamente, um espaço significativo no debate, na medida em que as constituições modernas costumam possibilitar uma ampla atuação interpretativa por parte daqueles que a aplicam: seus textos costumam granjear um arsenal considerável de princípios, consagrando-os, nos meandros de sua positividade, como verdadeiras *normas jurídicas*, qualidade que durante tanto tempo lhes foi negada. A abertura linguística de seus preceitos – que normalmente consagram valores e ideologias dominantes em determinado tempo – possibilita um contato imediato do intérprete com a realidade, ou, para usar uma linguagem da teoria autopoiética do Direito, do *sistema* com o seu *entorno*.

Com a ascensão dos princípios às constituições e com o reconhecimento de sua *normatividade na positividade* do Direito, numa idade teórica que Paulo Bonavides tem denominado de pós-positivista – por questionar algumas das teses centrais do positivismo que prevaleceu no início do séc. XX –, ganha espaço cada vez mais significativo o debate acerca da interpretação constitucional. Quais seriam os limites de atuação do intérprete – e, precipuamente, do *Guardião da Constituição* – na fixação

dos parâmetros e dos mecanismos de efetivação do texto constitucional? Se a Constituição é marcada por normas jurídicas que possuem uma *textura essencialmente aberta*, para usar a expressão de Hebert L. Hart, como afinar a abstratividade dos princípios com as especificidades do caso concreto?

Perguntas como essa deram espaço à publicação de diversos trabalhos, que, no Brasil, ganharam significativo espaço nos periódicos brasileiros, principalmente quando as ideias de Konrad Hesse passaram a fazer parte do discurso teórico de diversos constitucionalistas, prática que vem sendo denominada por Virgílio Afonso da Silva como uma tentativa de se fazer “Direito Constitucional alemão no Brasil”.

Indiscutivelmente relevante para um completo deslinde de tais discussões e reluzindo para os poucos que o acessam – talvez pela dificuldade, até bem pouco tempo presente, concernente à ausência de tradução de suas principais obras para o português –, um importante teórico do Séc. XX apresenta uma alternativa muito valiosa à problemática supra aludida no âmbito da Teoria do Direito, com implicações práticas significativas para a Hermenêutica Constitucional. Com a *Teoria Estruturante do Direito*, Friedrich Müller examina não apenas a estrutura das normas jurídicas e os limites de sua interpretação – numa perspectiva que vai denominar-se *concretista* –, mas também a complexidade de toda a ordem jurídica e o modo como a *ciência* do Direito – ou de sua sempre presente ambição de se afirmar enquanto tal – deve orientar-se, não deixando de se debruçar sobre a importante discussão acerca do *método*, sua utilidade e limitações.

Aquilatar a importância teórica de sua investigação no âmbito da Hermenêutica traduz o principal escopo do presente trabalho, que buscará, sob o ângulo de uma análise comparativa, traçar um paralelo entre a *Teoria Estruturante do Direito* e a *Escola da Livre Investigação Científica*, utilizando-se, como referencial teórico, Friedrich Müller, quanto à primeira, e François Geny, quanto à segunda. Tentar-se-á, neste contexto, relacionar as ideias de Müller com as ideias do pensador francês, cujas categorias principais de trabalho, no âmbito da interpretação do Direito, são o *dado* e o *construído* – conforme oportunamente se verá – que possuem algumas semelhanças com a pretensão de Friedrich Müller na inclusão da figura do *âmbito normativo* no seio do seu conceito de norma jurídica.

Para viabilizar a realização do mencionado propósito científico, percorrer-se-á o seguinte caminho: de início, os fundamentos da teoria de François Geny serão brevemente articulados, fazendo-se antes uma análise da principal escola contra a qual Geny se insurgiu: a *Escola da Exegese*; em seguida, a Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller será explicitada, no escopo de, em um passo final, buscar-se um paralelismo – existente ou não – entre ambos.

## **2 DA ESCOLA DA EXEGESE À ESCOLA DA LIVRE INVESTIGAÇÃO DO DIREITO**

No início do século XIX, a racionalidade humana gozava de plena confiabilidade. Acreditava-se que nela se poderia “achar solução para tudo”, deslocando-se a pretensão de verdade do cosmoteologismo – que a identificava com a figura divina ou com a “natureza das coisas” – para a racionalidade do homem na ambiência do primado da *subjetividade*. É neste contexto de elevada confiança no poder da racionalidade humana que surge a chamada *Escola da Exegese*. A lei, como



expressão *jurídica* da racionalidade humana, seguindo a esteira da crença dominante de sua potencialidade decisiva, traduzia a ideia de que nela estavam plasmadas as soluções para todos os problemas. O sentido de sua literalidade deveria ser buscado mediante uma interpretação estritamente gramatical. Do *texto*, e tão-somente dele, se poderia extrair o seu real alcance.

Em outras palavras, “a Escola da Exegese estiola o sentido – e o Direito – nos apertados termos da lei.” Neste campo, cujos vértices emolduravam a postura limitada do aplicador do direito, ganha espaço a exposição tão-somente literal dos dispositivos previstos nas codificações. Estilhaçava-se o sentido e exaltava-se a literalidade da lei, exumando-se a sepultada noção pandectista de que o aplicador do Direito era um mero autômato, instrumentalizador de uma “geometria pretensiosa”, apenas lhe restando a função simples de equalizar os casos concretos nos meandros da gramática consagrada na literalidade da lei. Esta, por sua vez, gozava de um relevante prestígio, sentimento que se convencionou chamar de *fetichismo legal*.

Sob o prisma da visão exegética, o aplicador da lei não deve se preocupar com o *sentido* que ela busca consagrar: seu esforço é direcionado a uma lógica quase silogística, simplista e estreita, em se que busca tão-somente verificar se os fatos que o Direito busca regular se encaixam na entronizada literalidade da lei.

A ingenuidade da Escola da Exegese foi imaginar que o ato de aplicação da lei é neutro, isento, não influenciado pelas *pré-compreensões* daquele que interpreta e pela mutabilidade das circunstâncias que subjazem ao universo jurídico. Não por outra razão, anota Raimundo Bezerra Falcão que “literalidade estreita significa coerção sobre as alternativas de sentido, mediante a eleição, quase sempre interesseira, de um ou outro sentido que mais de perto atenda a certos objetivos particularísticos”.

A *Escola da Exegese* fez-se notar durante mais de um século, e podem ser identificadas três fases principais, embora seja imperioso afirmar que estas “fases” não passam, na metáfora de Perelman, de “cortes cinematográficos”: a primeira, com a promulgação do Código Civil Francês de 1804, que se estende até meados de 1830 a 1840; a segunda, com o seu apogeu, que é marcante até 1880; o último, com o seu declínio, marcado pela reação aos exegetistas, principalmente após a formulação hermenêutica de François Géný. A estas fases Raimundo Bezerra Falcão acrescenta uma, capitaneada por juristas franceses que insistem em sua aplicação na modernidade, tais como Capitant, Planiol e Ripert.

A reação aos exegetistas surge de uma constatação desta falibilidade da Escola do apeço à literalidade da lei. No momento em que os fatos sociais cristalizam a mutabilidade do Direito e demonstram que o método exegético não os acompanha, passa-se a buscar um *método* que concilie a tradição literal do texto com as possibilidades sociais que seus efeitos podem viabilizar. Desalgema-se o *sentido* das limitações inerentes à literalidade da lei e da busca incessante pela *mens legislatoris*, unguindo-o, novamente, a uma categoria de destaque, a conferir nova vida à interpretação jurídica. Dá-se início a um movimento que Simone Goyard-Fabre chama de “invasão do direito pelo fato”, que em suas palavras pode ser assim descrito: “os âmbitos da razão jurisladora ficam, dizem, mais flexíveis com o contato com a experiência” levando a autora a afirmar que o Direito “assumiu uma fisionomia mais dúctil e flexível”.

François Géný figura como a expressão mais notória deste movimento contra-exegetista, que restou conhecido como *Escola da Livre Investigação do Direito*, cujas bases se assentam na premissa de que os fatos sociais reclamam uma postura diversa

daquela perfilhada pelos signatários da *Escola da Exegese*. Segundo ele, não apenas pela literalidade da lei resolvem-se os conflitos sociais, mas também pelo manejo de variáveis como o costume, a analogia e a livre pesquisa científica realizadas pelo aplicador do Direito. A crítica de Geny ao que ele chama de método tradicional – provavelmente referindo-se à Escola da Exegese – foi formulada nos seguintes termos:

[...] hay que renunciar, aun en nuestro régimen de codificación, a encontrar en la ley escrita una fuente completa y suficiente de soluciones jurídicas. Por otra parte, el sistema de concepciones abstractas y construcciones puramente lógicas es impotente para dotar a la investigación científica de otra cosa que de um instrumento de exploración, sin valor objetivo, que puede sugerir soluciones, pero incapaz por si solo de demostrar el fundamento sólido, ni de adquirir el mérito intrínseco y la verdad durable.

Esta crítica é tida por Alexandre Araújo Costa como absolutamente atual, na medida em que o dogmatismo jurídico, aliado à atuação meramente silogística do decisionismo judicial, ainda hoje aniquila o sentido do Direito mediante a exaltação da legalidade, na exata medida em que o esforço de interpretação é basicamente lógico e puramente legalista.

Geny formula uma crítica importante à busca incessante capitaneada pelos signatários da Escola da Exegese da chamada *vontade do legislador*. Para o francês, os métodos tradicionais falham de modo grave quando há a necessidade de se buscar na lei uma vontade não explicitamente proclamada pelo legislador. Nestes casos, escreve o famoso representante da Escola da Livre Investigação Científica,

el intérprete, por la fuerza misma de las cosas, propende a sustituir com sus ideas propias las que no encuentra [...] De suerte que, con el pretexto de respetar mejor la ley, se desnaturaliza su esencia”. Com base nisto, prossegue afirmando que “en los jurisconsultos que pregonan la más escrupulosa veneración por el texto legal, se hallan a veces ideas enteramente personales que atrevidamente imputan al legislador”. Com arrimo nesta crítica, Geny formula o questionamento chave que pavimentará o caminho de sua formulação teórica: “No sería, no solo más sincero, sino más adecuado a la elevada finalidad de la elaboración del derecho positivo, el reconocer su verdadero carácter a las concepciones subjetivas y abandonarles su debido campo de aplicación en la esfera de interpretación?”

Em suma, as críticas de François Geny podem ser resumidas a dois pontos específicos em relação ao que ele chama de métodos tradicionais de interpretação: primeiro, o fato de que toda solução jurídica deve estar relacionada direta ou indiretamente à literalidade da lei – caindo, ainda, na ilusão metafísica de que o

intérprete *pode* conhecer a essência do objeto investigado –; segundo, a circunstância de que os ideais interpretativos preconizados por estes métodos se regem por uma lógica simplista, principalmente dedutivista, e por conceitos abstratos que, pretensamente, põem-se aprioristicamente ao intérprete e ao próprio legislador.

Embora formule uma crítica calorosa ao *fetichismo legal* e aos métodos que centralizam o *sentido* determinado pela interpretação na positividade do Direito – que, para François Geny, acabam por desaguar em um subjetivismo ainda maior, especialmente, quando se está diante de uma *lacuna* – o jurista francês não decretou o fim da importância da literalidade da lei. A bem da verdade, para Geny as fontes formais do Direito (a lei e o costume, que para Geny integra o campo de fontes formais) devem constituir o primeiro passo no esforço interpretativo, sob os limites de cuja circunscrição opera-se a ideia de *construtivismo* que irá perfilhar. Apenas quando for insuficiente o seu manejo é que o aplicador do Direito poderá fazer uso de uma livre investigação científica *construtiva*, já que “nestas hipóteses, e apenas nelas, o intérprete poderá exercer uma atividade criativa e não meramente aplicativa”, ou, como sublinha Geny, “la investigación científica del intérprete no interviene com plena libertad más que para suplir las fuentes formales (ley, costumbre) defectuosas”.

Não se trata, segundo Geny, de uma abertura à livre escolha arbitrária e criativa do Direito por parte dos juízes e dos demais aplicadores do Direito, embora Lênio Luiz Streck afirme que, o que Geny promoveu foi uma substituição do primado da *vontade do legislador* pela *vontade do juiz*. Entretanto, Geny postula, com a sua *Escola da Livre Investigação do Direito*, a utilização de um instrumental de índole *supletiva*, na medida em que considera, antes de qualquer coisa, o *dado* pela legislação, para somente *depois de constatada a sua insuficiência resolutive*, concentrar-se na *construção* investigativa. São as categorias principais trabalhadas por Gény: o *dado* e o *construído*. O maior desafio para o intérprete será delimitar a abrangência de cada um destas esferas normativas.

O desafio, que ora se coloca em tablado, radica em precisar o campo teórico sobre o qual se adoesce esta categoria desenvolvida por François Geny: o *construído*. Qual o sentido atribuído a esta expressão na literatura jurídica do francês? Quais os limites oponíveis ao intérprete no exercício desta atividade *construtiva*?

Com esta categoria, François Geny busca demonstrar que o intérprete, em determinados casos, não terá nenhuma alternativa quando, diante de uma determinada controvérsia para cuja solução as fontes formais revelaram-se insuficientes, verificar que será necessário valer-se de outros elementos. Buscando evitar o *subjetivismo judicial*, por ele rechaçado, Geny traceja o *construído* como uma categoria compatível como o que hoje se entende por equidade, conforme exprime Alexandre Araújo Costa. Criticando a tradicionalidade do *fetichismo legal* e de suas consequências, Geny buscava, com esta categoria, evitar as soluções subjetivistas difundidas a pretexto de que subscritas aos reclames do legislador e à sua vontade original. Sob o ângulo da falibilidade dos métodos tradicionais, o juriconsulto francês propõe que esta atitude *supletiva* se dê, mediante critérios controláveis e objetivamente descritíveis, de modo a controlar uma ideia que depois seria desenvolvida por Kantarowicz na Escola do Direito Livre.

Talvez a crítica de Warat a François Geny possa se afigurar oportuna neste particular: o maior mérito de Geny foi o sepultamento da Escola da Exegese, já que o conteúdo da esfera *construtiva* por ele delimitada não é facilmente demarcável. Sua

influência na atualidade, contudo, é ainda tão significativa que suas ideias permeiam legislações consideradas ainda importantes por muitos civilistas, tal como a Lei de Introdução ao Código Civil, que em seu art. 4º e 5º prescreve a *supletividade* de algumas outras fontes secundárias do direito. Em outras palavras, segundo aqueles dispositivos legais, ainda em vigor no Brasil – embora ressabidamente descompassados com as atuais discussões da hermenêutica jurídica – o primeiro passo a ser dado pelo intérprete é debruçar-se sobre o que lhe foi *dado* pela positividade do Direito. Verificada a insuficiência desta inquirição – e somente nesta hipótese – impõe-se ao intérprete uma postura distinta, que a despeito de criativa, subsume-se a um ideal de cientificidade, já que busca permear-se de elementos objetivos.

Portanto, o *construtivismo* ameadado pelos ideais cristalizados na *Escola da Livre Investigação do Direito* não traduz uma ideia de *liberdade criativa* desvinculada da lei. “Gény não ousou ir contra a lei”, bem acentuou Raimundo Bezerra Falcão. Ainda que o jurista possa se valer de outros meios de solução dos problemas advindos da interpretação do Direito, na ambiência polivalente de sua dinâmica sociológica factual, a lei ainda deve ser a diretriz, sob cuja circunscrição caminhará o esforço interpretativo.

A despeito desta afirmação, não se pode ignorar que a teoria de Geny, embora tenha introduzido o paradigma do sociologismo na hermenêutica jurídica, o fez de modo incompleto e desvinculado de uma preocupação mais aprofundada de propor uma estrutura de controle, a fim de evitar eventuais – e prováveis – decisionismos nas esferas de delimitação do conteúdo da lei. Não deixou, ainda, de cair na ilusão – típica da hermenêutica clássica – de que o intérprete pode conhecer o conteúdo da lei no sentido por ele mencionado, ou seja, a sua essência, no já superado esquema epistêmico *sujeito-objeto*, que, com Heidegger e Gadamer, vem a ser substituído pelo modelo *sujeito-sujeito*, haja vista que o Direito – e em especial a Hermenêutica – não pode se divorciar do horizonte epistemológico trazido pela filosofia da linguagem.

### 3 A METÓDICA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER

Uma das maiores preocupações de Friedrich Müller, com a Teoria Estruturante do Direito (ou da norma jurídica) e com a *metódica* concretista, é, certamente, possibilitar uma união harmônica e o quanto mais racional possível entre o “direito” e a “realidade”, buscando superar o dogma positivista, de inspiração neokantista, da separação inconciliável entre ser e dever ser, reificando-se “prescrições legais e conceitos jurídicos em mera preexistência, que facilmente abandona o chão da positividade historicamente fixada e se converte em metafísica de má qualidade.” As primeiras páginas de seu *Strukturierende Rechtslehre (Teoria Estruturante do Direito)* são dedicadas a uma investigação, no plano da teoria das ciências, acerca dos pressupostos subjacentes às ciências humanas e naturais.

Müller sustenta que embora a postura tradicional relacionada às ciências naturais – que pressupõe uma posição independente do sujeito cognoscente, alocando-o fora do processo de formação do conhecimento, de modo que não se relaciona com o objeto cognoscível – ainda goze de certo grau respeitabilidade, a própria premissa científica sobre a qual edifica a sua pretensão de verdade vem sendo questionada. “O respectivo campo de investigação do naturalista também é co-definido pelas operações da consciência cognoscente”, observa Müller, afirmando ainda que nas “[...] ciências

naturais, o componente temporal não admite mais considerar que um experimento possa ser repetido de forma absolutamente idêntica”

Com essas reflexões, Müller se coloca diante do problema fundamental dos fundamentos do positivismo jurídico: a pretensão de uma ciência do direito dotada do mais elevado grau de objetividade e racionalidade, para cuja realização os métodos semelhantes aos das ciências naturais seriam utilizados. Questionando tais paradigmas, o jurista alemão preocupa-se em saber quais os limites razoavelmente realizáveis pela ciência jurídica e pela aplicação do Direito, para além do dualismo de Wilhelm Windelband entre ciências “idiográficas” – operadas segundo uma lógica individualizante – e “nomotéticas” – marcadas por uma pretensão de generalidade –, de modo a ceder lugar a um “conglomerado de elementos normativos e factuais, distintivo do direito.”

O projeto de Müller é, sob o ângulo de suas pretensões, bastante ambicioso, na medida em que busca compatibilizar, no domínio de sua *Teoria Estruturante do Direito*, as categorias “direito” e “realidade”, de modo a possibilitar uma ideia de *normatividade* a qual assinale uma qualidade *dinâmica* da norma jurídica, que ao mesmo tempo em que identifica o papel ordenador da realidade que lhe é inerente – sua *normatividade concreta* –, lhe reconheça a possibilidade de ser condicionada e estruturada por esta mesma realidade – *normatividade materialmente determinada* – ideia que ficará mais clara ao longo desta exposição.

Müller busca superar uma “objetividade da ciência jurídica” nos termos propostos pelo positivismo, em que direito e realidade encontram-se justapostos “em si” sem qualquer relação recíproca, posição que reifica a aplicação da logicidade formal no Direito, enaltecendo a unidade do ordenamento, concebendo-o como formalmente completo, de modo a não contemplar lacunas.

Contudo, este tipo de compreensão da objetividade da ciência da norma, segundo Müller, obscurece o caminho concreto que lhe é subjacente e que consciente ou inconscientemente é percorrido pelo intérprete: até mesmo quando se faz uso de silogismos lógicos em um raciocínio tipicamente dedutivista as normas não são nada mais do que pontos de referência para futuras concretizações possíveis.

Em outras palavras, para Müller, mesmo quando o intérprete, pretensamente, *subsume* os fatos *existentes* às normas supostamente *preexistentes*, a pretexto de que o faz, sob o abrigo de um raciocínio puramente objetivo e racional – preservando-se o caráter científico do Direito –, na verdade está produzindo uma *nova* norma jurídica, fruto de um processo de *concretização*, processo este que, para Müller, deve ser esclarecido e cuja estrutura deve ser aprofundada.

Além da crítica formulada ao positivismo kelseniano e às diversas facetas do positivismo desde de sua forma peculiar em Laband, Friedrich Müller também infirma as posições assumidas por Heller, Smend e E. Kaufmann. Tais posições pecam, segundo Müller, pelo forte conteúdo genérico que lhes é marcante, permanecendo uma questão que, para Müller, é decisiva: “a quais passos individuais, controláveis da decisão jurídica prática, podem referir-se metáforas como ‘dialética’, ‘polaridade’, ‘atribuição correlativa’?”

Com isso, embora Müller reconheça a importância de tais teóricos, a exemplo de Heller e Smend para a construção de uma concepção material de constituição, Müller sustenta que deve-se alterar o enfoque indagativo, de modo a proporcionar a especificidade da ciência do direito, enquanto ciência humana, no processamento de

uma divisão funcional de trabalho entre a dogmática jurídica e sociologia, de modo a afastar-se, de um lado, a pretensão de calculabilidade matemática do Direito nos termos kelsenianos, e, de outro, a truculência a que pode se sujeitar o Estado de Direito se negar-se ao teor literal de sua positividade a importância que radica na aporia fundamental inerente ao próprio conceito e pretensão do Direito de universalidade e racionalidade, “apesar da e justamente na contingência histórica e social”. Esta ideia irá desaguar em uma nova proposta subscrita por Müller, em que se analisa o *método* inserido na sua intransponível limitação, mas indiscutível utilidade no controle racional do processo de *concretização*, conforme se verá.

Sobre o sentido que a lógica da ciência jurídica assume em sua teorização, notadamente acerca dos *cânones* interpretativos, sustenta o jurista de Heidelberg que “os *cânones* [...] não podem ser concebidos como sistema fechado de dados preexistentes subsumíveis, ‘aplicáveis’.” E arremata afirmando que “na experiência da práxis nem o caso solucionando nem os auxílios interpretativos nem a norma evidenciam ser previamente dados. Só por meio da metódica é possível distinguir entre a interpretação e o desenvolvimento do direito.” Conforme escreve Müller,

Metódica deve poder decompor os processos da elaboração da decisão e da fundamentação expositiva em passos de raciocínio suficientemente pequenos para abrir o caminho ao *feed-back controlador por parte dos destinatários da norma, dos afetados por ela, dos titulares de funções estatais* (tribunais revisores, jurisdição constitucional etc.) e da ciência jurídica.

Para Müller, portanto, a norma “não existe, não é ‘aplicável’”, somente vindo a efetivamente se materializar com o processo de concretização, intermediado pela *metódica*, cujas limitações são explicitamente reconhecidas pelo jurista alemão, que a caracteriza como sendo relativa, mas de suma importância e utilidade para o controle deste procedimento. Em todo caso, esta metódica não viabiliza um processo de concretização aberto, dissociado de qualquer parâmetro fixado pelo Estado de Direito, o que seria de todo inaceitável. Na verdade, a *concretização* refere-se e subordina-se ao próprio teor literal do dispositivo interpretado, de modo a se distanciar, por exemplo, do catálogo ilimitado de *topoi* preconizado pela Tópica, quando diante de um caso concreto e de um texto de norma.

Müller dedica-se, profundamente, a esta questão, e, embora afirme a diferença estrutural entre a *tópica* e a metódica estruturante, afirma, de igual modo, que “tópica e metódica estruturante dependem uma da outra na práxis.”. Com isso, Müller pontua o caráter *tópico* do processo *concretista* – cujas características serão mais a frente aprofundadas –, mas sublinha que este processo encontra limitações que se distanciam do amplo catálogo de *topoi* que pode ser utilizado pelo intérprete que faz uso do raciocínio tópico. Na verdade, a lógica concretista de Friedrich Müller é tópica, no exato sentido em que cada situação concreta irá condicionar a própria construção da norma jurídica *concretizanda*, já que o recorte da realidade fática, como se verá, condiciona e influencia a norma jurídica *concretizada*.

À vista destas considerações preliminares, pode-se afirmar que o conteúdo de uma *norma jurídica* somente será estremado, na linguagem de Müller, mediante

um *trabalho* de interpretação em um processo amplo e global de *concretização*. Sua estrutura – da norma jurídica – seria marcada, primeiramente, por dados veiculados *diretamente* pela linguagem (os chamados *dados de linguagem*) e também pelos dados indiretamente veiculados pela linguagem (que possuem *nexo com a realidade*). Segundo Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, e conforme se pôde observar das ideias anteriormente lançadas, “na metódica estruturante, o dualismo norma/realidade é substituído por uma concepção de norma como integrante da própria realidade”.

Partindo da distinção de matriz heideggeriana e gadameriana entre o *texto* e a *norma* (que se extrai do primeiro), Müller defende que um conceito de norma jurídica que ele chama de *pós-positivista* e que é composto de dois elementos principais: o *programa da norma* (ou *programa normativo*) e o *âmbito da norma* (ou *âmbito normativo*). A tarefa do intérprete seria “identificar o âmbito de proteção do direito, os seus contornos” mediante a delimitação destes dois elementos da norma jurídica, em um processo amplo de *concretização*. Neste contexto, conforme exprime Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, “norma e realidade são termos de mútua implicação, pois o conteúdo daquela primeira é o resultado da concretização, processo no qual a segunda adquire uma especial relevância”.

Por *programa normativo* Müller se refere ao “resultado da interpretação do texto da norma, formado a partir dos dados primaciais de linguagem”, distinguindo-o do *âmbito da norma*, que significa dentro da Teoria Estruturante de Müller um conceito que “se refere às partes integrantes materiais da normatividade que são co-constitutivas da norma”, ou, conforme Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, traduz “o setor da realidade social onde deve ser aplicado o programa normativo”. Müller distingue, ainda, outras duas categorias no âmbito da interpretação da norma jurídica, chamadas de *âmbito do caso* e *âmbito material*. Por *âmbito material* Müller se refere a todas as possibilidades fáticas que podem se relacionar ao caso concreto, sendo o *âmbito do caso* uma espécie de “recorte no âmbito material”. O *âmbito da norma* pode ser formado com a “perspectiva valorante do programa da norma a partir do âmbito material ou do âmbito do caso” Müller deixa claro, portanto, que *âmbito da norma* não é uma categoria jurídica que faz ressurgir a Teoria da *Força Normativa dos Fatos* (Jellinek), tendo em vista que sua existência valorativa se relaciona aos limites linguísticos que são estabelecidos pelo *programa normativo*.

Estabelecidas estas *categorias*, Müller passa a trabalhar com *elementos de concretização da norma*, levando sua metódica aos aspectos mais específicos – que refogem aos limites deste trabalho. Müller distinguindo-os, basicamente, segundo sejam utilizados no processo de delimitação do *texto da norma* ou no processo de aferição dos teores materiais que resultam de uma análise do *âmbito da norma*. Em relação aos elementos utilizados para a aferição do *texto da norma*, a que Müller chama de Elementos Metodológicos *Strictiore Sensu*, Müller faz referência aos cânones tradicionais de interpretação (interpretação gramatical, elementos históricos, genéticos, teleológicos etc.) – que, conforme se sublinhou anteriormente, não funcionam como um sistema fechado –, a princípios de interpretação constitucional; a subcasos de regras tradicionais de interpretação (*praticabilidade; interpretação a partir do nexo da histórias das ideias; critério de aferição do efeito integrante; princípio da unidade da constituição; quadro global de Direito pré-constitucional; nexo de normas de direitos fundamentais e de competência; concordância prática; força normativa da constituição*) e axiomatizabilidade do Direito Constitucional, que seria uma espécie

de aplicação da tecnologia eletrônica na aplicação do Direito, substituindo-se a racionalidade humana no processo, tal como ocorre, segundo Müller, com o Direito Tributário e Previdenciário nos casos de notificação de tributos a pagar e de aposentadorias a receber.

No que diz respeito à metódica aplicável ao *âmbito do caso*, Müller aponta como uma tarefa do jurista a inclusão de dados da Sociologia, da Política, da Economia e de outras ciências no processo de concretização da Constituição – e neste ponto a ideia se alinha, de modo inequívoco, com a proposta de Geny –, no que se coloca favorável a um treinamento multidisciplinar do jurista desde sua formação acadêmica, a fim de possibilitar o real alcance do *âmbito da norma* aplicável ao caso concreto.

A metódica concretista prossegue em ainda outras quatro fases, permeada de elementos *dogmáticos* – caracterizados pelos julgados de tribunais, pelos manuais acadêmicos e pelos próprios textos legislativos – elementos de *técnicas de decisão*, *de teoria* e, finalmente, elementos de *política constitucional*.

O passo seguinte da teoria estruturante de Müller direciona-se ao estabelecimento de uma espécie de hierarquia ou preferência em relação aos elementos utilizados no processo de concretização (Müller chama de uma *hierarquia dos elementos de concretização*), ideia que, segundo Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz e Ralph Christensen, traduz a maior fragilidade de sua teoria.

Essas são as principais diretrizes que norteiam a teorização de Friedrich Müller, que, para os limites deste trabalho, foram expostas brevemente, apenas para possibilitar uma análise comparativa, doravante exposta em sede conclusiva, entre a sua Teoria Estruturante do Direito e a Escola da Livre Investigação Científica de François Geny. É a partir das ideias aqui desenvolvidas que será traçado o paralelismo entre ambas.

### 3 CONCLUSÕES

De uma análise comparativa das teorias de Friedrich Müller e de François Geny, algumas conclusões podem ser enumeradas. A princípio, ambas as teorizações buscam, incessantemente, a concretização do Direito a partir *realidade* – num enfoque nitidamente multidisciplinar –, reconhecendo-se a insuficiência do raciocínio positivista – no caso de Müller – ou exegético – no caso de François Geny.

Em Friedrich Müller, parte-se do *texto* – *dado* pelas fontes formais – para se chegar à *norma*, que não se confunde com o primeiro e que possui autonomia própria, *construída* em cada caso em que se faz uso do *trabalho de concretização* (a metódica concretista propriamente dita). Em François Geny, as fontes formais (para ele, a lei e os costumes) são consideradas insuficientes para a solução de problemas relacionados à interpretação, e, quando o intérprete estiver diante de uma lacuna, não superável por intermédio de uma analogia, poderá adotar um procedimento *construtivista*, no sentido de aplicar o Direito a partir de uma *livre investigação científica*, que, embora se denomine *livre*, se pretende objetiva e delimitada, mas que, neste ponto, não logra enumerar elementos concretos que proporcionem o seu controle.

Podem ser enumeradas, enfim, as seguintes semelhanças entre as teorias aqui analisadas: *ambos os autores reconhecem a insuficiência da literalidade* dos dispositivos legais no escopo de resolver problemas de interpretação – embora haja uma clara diferença no aspecto semântico que os autores emprestam aos termos *programa normativo e*



*texto, no caso de Müller, e literalidade, no caso de Geny; há uma busca de aproximação entre o Direito e a Realidade, em Geny com a categoria construído e em Müller com o âmbito da norma; há o reconhecimento da importância de um trabalho multidisciplinar na interpretação do Direito, a fim de se determinar a parcela da realidade aplicável ao caso concreto; percebe-se, em ambos os autores, a inclusão de fatores externos ao Direito positivo na solução do caso concreto, embora Müller o faça para incluir o conceito de âmbito da norma na própria conceituação de norma jurídica.*

No que tange aos limites da interpretação constitucional, Müller se esforça em postular que o *programa normativo* limita a extensão do alcance da norma jurídica por intermédio da categoria *âmbito normativo*, mas não parece deixar claro como esse processo deve ocorrer. Perde-se, neste caso, em estabilidade e em racionalidade jurídica, podendo-se, com isso, dar lugar a um discurso decisionista, no sentido de *escolha autoritária* dos fatos que eventualmente devam fazer parte do conceito de *âmbito da norma*, tal como verificou-se em Geny. Neste, como se viu, esta limitação é ainda menos presente. O jurista francês também insiste em estabelecer a literalidade como limite, embora sustente que o trabalho de interpretação deve ser construído com o auxílio de uma investigação multidisciplinar. Em ambos os casos, contudo, a percepção (ou não, no caso de Geny) de que o ato de estabelecimento concreto do recorte da realidade depende da pré-compreensão do intérprete, nos termos gadamerianos, parece não interferir de um modo pré-estruturado na ideia final por eles propugnada (da insuficiência da *literalidade* ou do *programa normativo* na solução de casos). Percebe-se, assim, uma semelhança entre as limitações defendidas, já que o que Müller entende por *programa normativo* – o limite por ele estabelecido – compatibiliza-se com a ideia de *literalidade da lei* de Geny, embora com ela de fato não se confunda, já que parte de algumas concepções ainda não presentes quando da teorização do jurista francês.

Sob o prisma de tais considerações, pode-se concluir no sentido de identificar um *paralelismo* entre as ideias de François Geny – com a Escola da Livre Investigação Científica – e a teorização de Friedrich Müller – com sua Teoria Estruturante do Direito – em cujos contornos produz visível ressonância.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o Conceito de Norma e a Função dos Enunciados Empíricos na Argumentação Jurídica segundo Friedrich Müller e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 11, n. 43, abril-jun, 2003.

CHRISTENSEN, Ralph. **Teoria Estruturante do Direito**. In: MÜLLER, Friedrich. O Novo Paradigma do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: Diálogos entre a Hermenêutica Filosófica e a Hermenêutica Jurídica**. Universidade de Brasília. Tese de Doutorado. Brasília, 2008.

DAU-LIN, Hsü, **Mutación de La Constitución**. Tradução espanhola de Christian

Förster e Pablo Lucas Verdú. Bilbao: IVAP, 1998.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2002

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GENY, François. **Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo**. Madrid: Reus, 1925.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da Ordem Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LEMAITRE, Julieta. **Legal Fetishism at Home and Abroad**. Disponível em <http://www.legalleft.org/wp-content/uploads/2008/04/3unb006-lemaitre.pdf>. Acesso em 25 outubro 2009.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3. Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MELLO FILHO, Rogério Machado. **A Aplicação do Direito sob a Ótica das Escolas de Interpretação das Normas jurídicas**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/rev\\_50/artigos/art\\_rogerio.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_50/artigos/art_rogerio.htm) acesso em 23 outubro 2009.

MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria Estruturante do Direito I**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERELMAN, Chäim. **Lógica Jurídica**. Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições, eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 115-145.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

## EGOLOGISMO EXISTENCIAL: A CONTRIBUIÇÃO DE CARLOS COSSIO PARA A NATUREZA DA NORMA JURÍDICA

**Martasus Gonçalves Almeida**

Pós-Graduanda *lato sensu* em Direito Constitucional pela ESMEC.

Pesquisadora do Projeto Universal (UFC - CNPQ).

E-mail: martasus@ymail.com .

“Não se deve nunca esgotar de tal modo um assunto, que não se deixe ao leitor nada a fazer. Não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar.” (Montesquieu)

### RESUMO

Na Teoria Ecológica a ciência jurídica deve ter por objetivo o conhecimento do Direito, da conduta humana em sua intersubjetividade e em seus valores. Evidencia-se a liberdade do ser humano em praticar uma conduta lícita ou ilícita. E essa capacidade de o homem ser livre, faz com que o Direito exprima-se no mundo das possibilidades, no mundo do *dever-ser* (deôntico). Com base nisso, Carlos Cossio expressa a sua norma jurídica mediante a disjunção, no qual pode ocorrer o cumprimento à prestação espontaneamente (a endonorma) ou, em caso negativo, submeter-se a uma consequência, a uma sanção: a perinorma. Mediante o supracitado, o objetivo geral deste trabalho consiste em verificar o posicionamento do argentino Carlos Cossio, acerca da natureza da norma jurídica, com base na Teoria do Juízo Disjuntivo. Como objetivos específicos, pretende-se verificar a importância da teoria cossiana na estruturação da norma jurídica, conceituar essa teoria e correlacioná-la as demais teorias contemporâneas. A pesquisa é essencialmente bibliográfica, teórica e descritiva. Extrai-se que o Egologismo Existencial contribui para o estudo do Direito de forma significativa uma vez que leva as pessoas a se comprometerem e a buscarem a disciplina de suas condutas.

**Palavras-chave:** Escolas jurídicas. Norma jurídica. Teoria Ecológica. Teoria do Juízo Disjuntivo. Conduta humana.

### 1 INTRODUÇÃO

O Egologismo Existencial surge pela idealização do argentino Carlos Cossio, que procura colocar a ciência jurídica nos tempos atuais, enquadrando-a nas recentes descobertas da moderna epistemologia. Para isso, Cossio enxerga o Direito enquanto um fenômeno incorporado na vida do ego, o qual oriunda o nome ego-lógica, e existencial, por ser um dos instrumentos teóricos da Filosofia contemporânea a qual se baseia.

A norma jurídica, para o egologismo, é, concomitantemente, um juízo imputativo e uma conduta, visto o plano gnoseológico da lógica transcendental configurar-se como um conceito que destaca a conduta em sua liberdade, e, o plano da lógica formal, um juízo que diz algo a respeito da conduta. Assim, no cerne da

doutrina egológica, o objeto a ser averiguado pela ciência jurídica será a conduta humana em termos de interferência intersubjetiva, interpretada conceitualmente pela norma.

O presente trabalho tem como objeto geral verificar, sob a ótica dos fundamentos do Direito, o posicionamento do argentino Carlos Cossio acerca da natureza da norma jurídica com base na Teoria do Juízo Disjuntivo ou Teoria Egológica.

Não obstante, tem como objetivos específicos: estruturar o Egologismo Existencial; delimitar as diferenças existentes entre a Teoria Egológica e as demais teorias afins; analisar a importância da Teoria do Juízo Disjuntivo para a ciência jurídica; verificar as falhas existentes nessa teoria.

No desenvolver do presente estudo foi realizada uma pesquisa, eminentemente, bibliográfica, para a obtenção da fundamentação teórica acerca do Egologismo Existencial cossiano, com a leitura de obras de autores diversos, contemplando, inclusive, autores do Direito comparado. Além de leituras em páginas especializadas na rede mundial de computadores (internet), bem como em revistas jurídicas que abordam o tema em questão. Esclareça-se, ainda, que os objetivos desta pesquisa são de caráter descritivo e exploratório, utilizando-se o método comparativo.

Com base nisso, e mediante a obtenção das respostas a esses questionamentos, é que se desenvolverá esse trabalho.

## 2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A FORMAÇÃO DA TEORIA EGOLÓGICA

A Teoria Egológica surgiu na Argentina, no século passado, e repercutiu, sobretudo, na América Latina, como um movimento filosófico para proporcionar ao jurista um melhor conhecimento do Direito. Para isso, o seu fundador, Carlos Cossio, utilizou como fontes principais da Filosofia contemporânea: a fenomenologia de Husserl, a filosofia dos valores e o existencialismo de Heidegger.<sup>1</sup>

O objeto da ciência jurídica é delimitado por meio das investigações filosóficas de Edmund Husserl com base na classificação<sup>2</sup> fenomenológica das quatro categorias dos objetos: ideais, naturais, culturais e metafísicos.<sup>3</sup> O enfoque da dimensão social na conduta humana presente na teoria cossiana, enquadra o Direito como objeto cultural, composto por um substrato, que é a conduta em interferência intersubjetiva<sup>4</sup> e um sentido, que é a obrigação de realizar um valor.

O substrato e o sentido<sup>5</sup> estão unidos em uma mesma unidade, de forma que a captação cognoscitiva do Direito ocorre de maneira circular, em função da ida e da volta, indefinida ou sucessiva, do substrato em direção ao sentido e vice-versa. Desta feita, o Direito é estudado pelo método empírico-dialético. O primeiro por se dirigir à realidade do substrato e à realidade da vivência e o segundo por consistir na cognição de um objeto cultural em sua dinâmica e em seu desenvolvimento.

O Egologismo tem uma concepção integral, uma vez que abrange as dimensões do fato, do valor e da norma. Diante dessa tríplice, o jurista ao realizar a sua missão age sob três perspectivas:<sup>6</sup>

i) *Dogmática* - vincular-se a um empirismo científico ao estabelecer uma equivalência entre o dado normativo e o fato da experiência, por meio da análise da intenção do legislador;

ii) *Lógica prática* - determina a legalidade do pensamento do jurista. Consiste nas normas serem juízos da lógica do *dever-ser*, que são meras imputações dos fatos. São normas com representações neutras de uma conduta efetiva, mesmo valiosas;

iii) *Estimativa jurídica* - abrange o sentido da conduta, de acordo com a própria vivência do sujeito conhecedor, no qual, os valores jurídicos constituem uma mensuração de situações vivenciadas em uma sociedade e em um dado momento.

Para Cossio, a influência dos valores em uma determinada época o leva a acreditar que o Poder Judiciário expressa uma verdade relativa, e que esta dependerá do modo de pensar e de julgar de cada juiz. A sentença proferida por este profissional torna-se impossível de desvincular-se da “substância axiológica”,<sup>7</sup> a ponto da conduta que ele tomar não ser qualquer uma, mas, sim, a conduta compartilhada.

La conducta, claro está, es la propia vida humana; para hablar del Derecho como conducta, se requiere en está una especificación. El Derecho siempre es vida humana, ni más ni menos; pero no toda vida humana es Derecho. Cuando nos referimos al Derecho como conducta cualquiera, sino de la conducta humana e su interferência inter-subjetiva o conducta compartida.<sup>8</sup>

O jurista terá de pensar no fato da conduta compartilhada e recriá-lo na própria consciência, para deixar o papel de mero protagonista da situação existencial e passar a captar o sentido. Obviamente, essa significação não está propriamente nos fatos, mas é algo que passa a existir na vivência do sujeito cognoscente.<sup>9</sup> O egologismo entende que o jurista compreende imediatamente o pensamento e não precisa recorrer necessariamente à norma, uma vez que ela é apenas um instrumento de expressão do Direito, que não o cria, nem o extingue.

## 2.1 Teoria da norma como Juízo Disjuntivo

Na Teoria Cossiana, a norma se expressa na forma de um juízo composto de duas perspectivas: o juízo disjuntivo. Uma estrutura única e indissolúvel, a qual uma enuncia a prestação, resultado desejado da realização de um objetivo, de um dever jurídico e a não prestação, fruto da não concretização desse objetivo, a configurar-se como uma consequência jurídica.

A norma cossiana, na visão lógico-formal, é um juízo hipotético disjuntivo formada por dois juízes hipotéticos ligados pela disjunção, alternando-se e compondo um todo homogêneo, com a seguinte estrutura:

Dado um fato temporal, deve ser prestação pelo sujeito obrigado em face do sujeito pretensor, “ou” dada a não-prestação, deve ser a sanção pelo funcionário obrigado em face da comunidade pretensora. O juízo disjuntivo está composto de dois enunciados: o da prestação ou do dever jurídico, que Cossio denominou endonorma e o do ilícito e

sua consequência jurídica, a sanção, designado perinorma [...] <sup>10</sup>

Nessa perspectiva, após a análise fenomenológica da forma definidora da norma jurídica, segundo o egologismo existencial, o resultado se expressa nos seguintes termos:

Dado H ou Ft dever ser P, **ou**

Dado ñP deve ser S

Esclarecendo-se que: H é a situação coexistencial

Ft é o fato temporal

P é a prestação

ñP é a não-prestação

S é a sanção

A primeira e a segunda partes da estrutura normativa, que se entrelaçam mediante a disjunção “ou” refletem na norma a projeção e o esgotamento das possibilidades de uma conduta, dentro do lícito e do ilícito. A estrutura traduz as chances contempladas ao realizar a endonorma (a prestação) e a perinorma (a sanção).

As possibilidades se expressam pelo verbo *dever-ser*, e é, só assim, que poderá ocorrer a liberdade efetiva de uma conduta. Essa liberdade jurídica, na concepção cossiana, surge a partir da possível prestação, e não somente da não prestação defendida pela Teoria Pura kelsiana.

Para Hans Kelsen,<sup>11</sup> a única maneira de uma conduta penetrar no mundo do Direito é imputando-lhe uma sanção, em função da norma ser o próprio Direito. Cossio enriquece a fórmula kelsiana e afirma que tanto a perinorma como a endonorma possuem o mesmo valor ontológico.

Cossio retifica o seu mestre ao enfatizar que o Direito não está ligado, exclusivamente, à conduta ilícita, sendo necessário restaurar o valor do *dever*, da prestação, do lícito, bem como o direito subjetivo,<sup>12</sup> afastando o positivismo jurídico e adentrando no campo da conduta conceitualizada pela norma.

Ademais, a teoria cossiana recoloca em seus devidos termos a representação da experiência jurídica, invertida prejudicialmente por Kelsen. Contempla-se, em primeiro lugar, o que realmente é prioritário: a prestação, ou o aspecto da normalidade jurídica. Depois, o que de fato é secundário: a não prestação ou ilícito, que constitui o momento excepcional da anormalidade.<sup>13</sup>

Prevalece a liberdade como pressuposto para a convivência humana, uma vez que, não há exclusões das faixas de juridicidade, a ponto do ilícito ter lugar no Direito. O ato livre só existe no presente, o qual todos os problemas jurídicos têm tempo específico, que é o tempo existencial, e não o cosmológico.

Insta enfatizar que Glauco Barreira evidencia que:

Não há dúvida de que a norma, manifesta em preceito e sanção, estabelece uma conduta desejável no preceito,

reprovando a sua violação através da sanção. A norma não é meramente indicativa, pois contém um juízo de valor, mas isso **não significa ser ela um comando ou imperativo** (grifo nosso), pois este pressupõe heteronomia, e a norma deve ser tanto quanto possível autônoma, não no sentido de seu preceito sempre coincidir com a vontade das pessoas, mas no sentido de sempre promover os valores presentes na consciência humana.<sup>14</sup>

A norma, como juízo disjuntivo, afasta o Direito de toda a ideia de imperatividade, na medida em que esta implica a emanção de uma ordem, e a norma jurídica não contém, em nenhuma hipótese, qualquer espécie de mandato, de imposição entre legislador e receptor, mediante a análise das premissas de que a conduta jurídica é perceptível, justificável e projetável. Com base no pensamento husserliano, a norma não envolve nunca uma ordem por ser apenas uma simplificação, com a mera finalidade de enunciar como deve ser uma conduta.

O mestre argentino refuta a teoria imperativista, em virtude de duas constatações. A primeira consiste que a norma, no plano neótico, pode ser reduzida a formas, ou seja, para o juízo tem “S” e “P” e, para a norma tem “Dado S deve ser P” como formas simbólicas, fato que não ocorre com o imperativismo, pois tal conceito não aceita ser reduzido a qualquer forma.

O segundo ponto refere-se ao fato do juízo e da norma comportarem a reiteração, contrariamente do imperativismo que não se coaduna com tal situação, “porque a conduta em sua liberdade, que se fenomenaliza na vida do homem, não pode ser objeto de conhecimento conceptual.”<sup>15</sup>

Contasta-se que, mesmo diante de comprovações e de conclusões favoráveis a cerca do egologismo existencial, a sua aplicabilidade prática é alvo de críticas no meio jurídico-científico, a ponto de gerar questionamentos adversos e reduzir o mérito do êxito da teoria de Carlos Cossio.

## 2.2 Críticas à Teoria Ecológica

A princípio, as críticas se referem à disjunção tal qual é explicada pela lógica tradicional, pois, para alguns autores, como Jorge Millas e Pfander, o *dever-ser* da perinorma e da endonorma, contidos no Egologismo Existencial, não passam de uma conjunção, e não de uma disjunção como é defendida por Cossio.<sup>16</sup>

A outra questão consiste no fato de Cossio não ter considerado a possibilidade da ocorrência da sanção premial,<sup>17</sup> uma vez que não se pode imaginar que uma recompensa seja imposta à força a alguém. Desta forma, como na estrutura disjuntiva se enquadraria a sanção premial? Na endonorma: dado H (situação coexistencial) ou Ft (fato temporal) deve ser P (prestação)? Na perinorma: dado a ñP (não-prestação) deve ser S (sanção)?

Na concepção de Angelo Mattia, a pena e o prêmio são inerentes a espécie comum chamada sanção, inadmitindo a existência de ambas de forma conciliatória, haja vista, serem contraditórias.<sup>18</sup> Para Copello, discípulo de Cossio, o erro de Mattia parte da citação arbitrária do pensamento kelseano, ao evidenciar que:

Desempenham (as recompensas ou prêmios) apenas um papel inteiramente subalterno dentro destes sistemas que funcionam como ordens de coação. De resto, as normas relativas à concessão de títulos e condecorações estão numa conexão essencial com as normas que estatuem sanções.<sup>19</sup>

Fiel a teoria cossiana, Copello<sup>20</sup> ratifica o pensamento de seu mestre e considera o prêmio uma mera espécie da prestação, constituindo um conteúdo da norma jurídica, a estruturá-la. Admiti o caráter não sancionador do prêmio e o localiza na estrutura normativa egológica na prestação, uma vez que “o prêmio, decorrente que é de uma conduta lícita, não poderia estar senão na endonorma, a saber, no enunciado da prestação [...] E o prêmio não poderia ser tomado, nunca, como resultado da não-prestação ou ilícito.”<sup>21</sup>

A cerca do assunto, Arnaldo Vasconcelos enfatiza a inexistência da sanção premial na estrutura normativa, coadunando com o pensamento de Copello, ao estabelecer que a sanção premial é uma consequência do comportamento natural, ou seja, é algo que está acima do nível normal presente em todos, afastando de vez a coação, a ponto do Direito deixar de ser somente sancionador e passar a ser retribuidor.

Indubitavelmente, mesmo diante dessas falhas, não se pode deixar de reconhecer a importância do pensamento cossiano para se compreender a norma jurídica, e conseqüentemente, o estudo científico do Direito. Haja vista, as falhas constantes no egologismo serem mínimas frente à contribuição de Cossio no aperfeiçoamento da configuração das faixas de juricidade, na distinção entre norma jurídica e norma moral e nas potencialidades da conduta livre do homem.

### 3 CONCLUSÃO

É relevante a contribuição que o Egologismo Existencial traz ao estudo do Direito, principalmente, ao complementar e aperfeiçoar a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen. Haja vista, Carlos Cossio desvincula-se do formalismo da norma, e estabelecer como conhecimento jurídico-científico a conduta humana em sua intersubjetividade, sem a abstração da liberdade.

O Direito fica mais incorporado à vida social, ao cotidiano dos homens, e leva as pessoas a se comprometerem e a buscarem a disciplina de suas condutas. Conseqüentemente, essa abordagem abre espaço para analisar o aspecto comportamental do Direito.

Não se pode deixar de reconhecer que o egologismo cossiano distinguiu, em termos científicos, a norma jurídica da norma moral e destacou o fenômeno jurídico ao enfatizar a liberdade humana, superando com vantagens, o exagero do formalismo kelseano.

As polêmicas acerca dessa teoria, no que concerne, principalmente, à sanção premial, não retira, de nenhuma forma, o mérito do seu fundador, uma vez que as falhas existentes aconteceram, também, de formas distintas, em outras teorias que buscaram explicar formalmente a natureza da norma jurídica.



## Notas de fim

<sup>1</sup> Além das fontes principais da Filosofia contemporânea, Cossio, no sentido de estruturar a sua teoria, utilizou o formalismo de Stammler ao inquirir o que é universal e necessário no Direito; o historicismo de Dilthey, em relação ao seu instrumento teórico: substrato e sentido; e a lógica jurídica formal e transcendental de Kant. (DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à Ciência do Direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 134)

<sup>2</sup> Segundo Raimundo Falcão, a localização ôntica das quatro classes de objetos, denominam-se ontologias regionais “pelo fato de cada uma delas formar como que uma *região* distinta, um conjunto de seres que apresentam características iguais”. (FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004, p.14.)

<sup>3</sup> Os objetos *ideais* não têm existência no tempo e no espaço, não estão na experiência, além de utilizarem o método racional-dedutivo. Os *naturais* já possuem existência espaço-temporal, estão na experiência, contudo, são neutros de valores e utilizam o método empírico-indutivo. Os *culturais* são reais, ou seja, têm existência no espaço e no tempo, já possuem valores que podem ser positivos ou negativos, e utilizam o método empírico-dialético. E por fim, os *metafísicos*, que são reais, não estão na experiência e são valiosos positiva ou negativamente.

<sup>4</sup> A intersubjetividade é um fazer compartilhado, pois a conduta de uma pessoa, quando impedida ou permitida por outros, vem da permissão que cada membro da sociedade o faz.

<sup>5</sup> O substrato é a matéria do objeto cultural, enquanto o sentido é onde reside o caráter valioso ou não do objeto cultural.

<sup>6</sup> DINIZ, op. cit., p. 136.

<sup>7</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 354.

<sup>8</sup> COSSIO, Carlos. **Radiografía de la teoría del derecho**. Buenos Aires: Depalma, 1987, p. 153.

<sup>9</sup> DINIZ, op. cit.,p. 135-136.

<sup>10</sup> DINIZ, op.cit., p.140.

<sup>11</sup> Insta ressaltar, que segundo Glauco Barreira, Kelsen por ver a sentença como um ato volitivo ou de decisão, o magistrado conheceria o sentido correto da norma jurídica por meio de uma “interpretação dentre as várias cabíveis na moldura normativa ou na literalidade da norma.” (MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 50).

<sup>12</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A Ciência do Direito**: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 169.

<sup>13</sup> VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p 87.

<sup>14</sup> MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **A essência do Direito**. São Paulo: Rideel, 2003, p. 59.

<sup>15</sup> VASCONCELOS, op. cit.,p. 86.

<sup>16</sup> DINIZ, Maria Helena. **Conceito de norma jurídica como problema da essência**.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p.79.

<sup>17</sup> A sanção predial não se configura como uma imposição, uma pena, um castigo, mas como um benefício ao qual o ente recebe como forma de estímulo, de agraciamento por um ato praticado diante de um fato. Concernente a tal entendimento figura-se o jusfilósofo brasileiro Miguel Reale.

<sup>18</sup> SALES, Gabrielle Bezerra. **Teoria da norma constitucional**. São Paulo: Manole, 2004, p. 96.

<sup>19</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 61.

<sup>20</sup> COPELLO, Mario Alberto. **La Sanción y el Premio en el Derecho**. Buenos Aires: Losada, [s/d], p. 70.

<sup>21</sup> VASCONCELOS, op. cit., p.89.

## REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

COPELLO, Mario Alberto. **La Sanción y el Premio en el Derecho**. Buenos Aires: Losada, s.d.

COSSIO, Carlos. **Radiografía de la teoría del derecho**. Buenos Aires: Depalma, 1987.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à Ciência do Direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Conceito de norma jurídica como problema da essência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **A essência do Direito**. São Paulo: Rideel, 2003.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A Ciência do Direito: conceito, objeto, método**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SALES, Gabrielle Bezerra. **Teoria da norma constitucional**. São Paulo: Manole, 2004.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

## **AÇÕES AFIRMATIVAS: À LUZ DA ISONOMIA E PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS**

**Ana Jouse Tomaz Fonseca Girão**

*Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza*

Mas que "cultura" foi essa que os Portugueses e Espanhóis nos trouxeram? A cultura renascentista da Europa em decadência, a supremacia da raça branca e o culto da propriedade privada! Enquanto isso, a Mitologia negro-tapuia mantinha, aqui, uma visão mítica do mundo, fecundíssima, como ponto de partida para uma Filosofia, e profundamente revolucionária do ponto de vista social pois incluía a abolição da propriedade privada! É por isso que, a meu ver, a Obra da Raça Brasileira, será uma Obra de pensamento, uma obra que, partindo dos mitos negros e tapuias, forje uma "visão de conhecimento": uma visão do mundo; uma visão do homem; uma visão do homem no mundo; e uma visão do homem a braços com o próprio homem!

**Ariano Suassuna**

### **1 INTRODUÇÃO**

O escravo negro foi, sem dúvida, a base de sustentação da estrutura de poder do Brasil imperial, tanto por alimentar o desumano sistema de trabalho em que se produzia açúcar e café para o mercado externo, como também sendo relevante fonte geradora de riqueza através do tráfico lícito e ilícito de pessoas africanas.

Após uma experiência mal sucedida com a utilização do indígena, introduziu-se o escravo negro africano no desempenho das atividades agrícolas. A escravidão negra, vista sob os valores atuais, representa brutalidade, violência, perversidade que gera repugnância. Entretanto, à época, não se nutria tamanho repúdio.

Neste artigo, a intenção é analisar a importância das ações afirmativas enquanto mecanismo de atenuação da herança do passado escravista e, ao mesmo tempo, proteção dos direitos humanos.

Mais especificamente, o objeto é a importância social das ações afirmativas na formulação de políticas públicas educacionais. Deve-se frisar que, apesar de as ações enfocadas atuarem contra todos os tipos de discriminação, no presente estudo, a investigação será centrada em políticas de inclusão da raça negra.

Para além disso, a expressão "raça negra" aqui utilizada será tomada para distinguir cores de pele, já que, segundo critérios científicos, não existem raças entre humanos.

Em tempos recentes, a discussão do tema ganhou força, por conta da instituição da política de cotas para ingresso de negros em universidades públicas.

A atualidade do tema decorre da constatação de que, apesar de evidente e cotidiana, a questão do preconceito racial no Brasil é tida por muitos como problema

do passado, o que dificulta sobremaneira a implementação de políticas de inserção social destas minorias.

Mais a mais, tendo em vista que estatísticas demonstram ser a população brasileira dividida em metade branca e metade negra, a inclusão dos negros no conceito de minoria, para este trabalho, terá como base a noção de sub-representação e discriminação social, desprestigiando o critério meramente numérico de minoria.

No desenvolvimento do texto, buscaremos resgatar justificativas históricas e jurídicas para a adoção de políticas de discriminação positiva e demonstrar a coerência existente entre a política de cotas raciais para ingresso em universidades e o princípio constitucional da isonomia, através da análise do Projeto de Lei nº 3.627/2004.

## **2 AÇÃO AFIRMATIVA**

Tem sido constante o debate público acerca das ações afirmativas. Os diversos projetos de lei apresentados sobre o tema no Congresso Nacional e a proliferação de textos doutrinários pertinentes são suficientes para demonstrar a atual preocupação com a situação de desigualdade (de sexo, de cor, de origem, social) existente no Brasil.

Apesar dos múltiplos fatores de discriminação existentes, neste trabalho, a ênfase é sobre as ações relacionadas à política de cotas raciais, na seleção de candidatos a cursos superiores, uma vez que esta é objeto de acirrada e atual discussão reproduzida nos meios de comunicação.

### **2.1 Conceito**

Também chamadas de discriminações positivas ou ações positivas, ações afirmativas são políticas adotadas pelo Estado, pela sociedade civil ou iniciativa privada a fim de realizar, no mundo real, o princípio constitucional da igualdade (material). Destinam-se à inclusão social de minorias e grupos historicamente marginalizados pela sociedade. Nas palavras de Joaquim Barbosa (2005, on-line):

Consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade.

Com a adoção destas políticas, o Estado sai da posição neutra, de inércia, típica da doutrina do Estado Liberal que floresceu no século XIX e prosseguiu sua trajetória por boa parte do século XX, e passa a agir positivamente a fim de remover barreiras formais e informais que impeçam o acesso de certos grupos ao mercado de trabalho, às universidades e às posições de liderança.

## 2.2 Surgimento e evolução

O país pioneiro na implementação destas políticas sociais, como se sabe, foram os Estados Unidos. Lá, durante toda a primeira metade do século XX, a rigidez da classificação social – adotava-se o critério do genótipo, bastando, para ser considerado negro, possuir um ancestral africano –, a segregação e a forte discriminação contra a população negra causaram inúmeros enfrentamentos e polarizaram a sociedade americana: de um lado, o grupo favorável à integração racial; de outro, os segregacionistas.

Pressionado pela sociedade civil, o Congresso americano aprovou, em 1964, o Civil Rights Act – Lei dos Direitos Cívicos – que, além de banir todo tipo de discriminação, concedeu ao governo federal poderes para implementar a integração racial. Posteriormente, as políticas foram estendidas às mulheres, a outras minorias étnicas e nacionais, aos índios e aos deficientes físicos.

No Brasil, ações afirmativas são realizadas há mais de 15 anos, tanto que, por exemplo, a Lei nº 8.213/91 instituiu o sistema de cotas para a contratação de portadores de necessidades especiais em empresas privadas. Porém, o debate sobre estas políticas é relativamente recente no país, ganhando maior relevância com o advento da III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, ocorrida na África do Sul, no ano de 2001, devido ao apoio formal do Brasil às políticas públicas que favoreçam grupos historicamente discriminados.

Com esta iniciativa, o Governo Federal assumiu corajosa posição perante a comunidade internacional, não apenas por reconhecer oficialmente a existência de discriminação no Brasil, como por se comprometer a instituir programas baseados em ações afirmativas. Em artigo publicado, o então Vice-Presidente da República, Marco Maciel, abordou a questão da discriminação social (2001, on-line):

Terminamos escravos do preconceito, da marginalização, da exclusão social e da discriminação que caracterizam o dualismo social e econômico do Brasil. É chegada a hora de resgatarmos esse terrível débito que não se inscreve apenas no passivo da discriminação étnica, mas sobretudo no da quimérica igualdade de oportunidades virtualmente asseguradas por nossas constituições.

Para que melhor se possa compreender a importância das discriminações positivas, é necessário focar a questão sob a perspectiva de seu fim maior: a igualdade material.

## 2.3 Ação afirmativa e princípio da igualdade

Desde tempos remotos, a humanidade reflete sobre a noção de justiça, sempre atrelando-a ao conceito de igualdade.

No século VI a.C., predominava a noção de justiça como equação matemática, sinônimo de igualdade absoluta/aritmética. Pitágoras, criador da palavra “filosofia”, defendia que a harmonia do cosmos devia ser repetida nas relações humanas.

No século V a.C., com os debates travados entre os sofistas, a ideia de justiça transferiu seu foco para as questões humanas, prevalecendo a ideia de que os homens são desiguais por natureza.

Já Aristóteles, no século IV a.C., reconheceu as diferenças e aproximou o conceito de justiça à noção de proporção.

Para o Cristianismo, a medida da igualdade dos homens era a descendência Divina; a condição de filhos do mesmo Deus e, portanto, irmãos.

Percebe-se, com essa breve introdução, que a ideia de justiça sempre esteve ligada à de igualdade, evoluindo e se modificando através dos séculos.

Somente a partir dos movimentos revolucionários burgueses do final do século XVIII que se edificou o conceito de igualdade perante a lei ou igualdade formal, segundo o qual a lei deve ser igual para todos, sem distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la incidir, de forma neutra, sobre as situações jurídicas concretas.

Com o tempo, a experiência e os estudos de direito e política comparada, observou-se que a igualdade, posta nos termos da cartilha liberal, não passava de mera ficção, conforme percebeu Huberman (1985, p.162):

Liberdade, Igualdade, Fraternidade” foi uma frase popular gritada por todos os revolucionários, mas que coube principalmente à burguesia desfrutar.

O exame do Código Napoleônico deixa isso bem claro. Destinava-se evidentemente a proteger a propriedade – não a feudal, mas a burguesa. O Código tem cerca de 2.000 artigos, dos quais apenas 7 tratam do trabalho e cerca de 800 da propriedade privada. Os sindicatos e as greves são proibidos, mas as associações de empregadores permitidas. Numa disputa judicial sobre salários, o Código determina que o depoimento do patrão, e não do empregado, é que deve ser levado em conta. O Código foi feito pela burguesia e para a burguesia: foi feito pelos donos da propriedade para a proteção da propriedade.

Constatou-se, portanto, que a igualdade formal não garantia o acesso de pessoas socialmente desfavorecidas às oportunidades de que gozavam indivíduos socialmente privilegiados. A partir dessa constatação, surge a noção de igualdade material, segundo a qual, é necessário assegurar igualdades de oportunidades e condições materiais. Assim, ao invés de ser absolutamente neutra e abstrata, a lei deve levar em conta as particularidades das situações socioeconômicas e certos comportamentos presentes na convivência humana, como é o caso da discriminação.

A diferença está, basicamente, na postura assumida pelo Estado: antigamente, restringia-se a não produzir institucionalmente a desigualdade; modernamente, arroga para si o compromisso constitucional de produzir e estimular a equalização entre os cidadãos.

A partir desta transição do conceito de isonomia, justifica-se o nascimento das ações afirmativas, que terão como alvo indivíduos percebidos e considerados em suas especificidades.

Importa ressaltar que os dois conceitos de igualdade – formal e material –

não são conflitantes e excludentes, na medida em que o segundo engloba e aperfeiçoa o primeiro, dentro de visão mais afinada com os princípios do neoconstitucionalismo.

A atual Constituição brasileira, apesar de aparentemente prestigiar a igualdade formal (art. 5º, inciso I), traz, no decorrer do próprio texto, normas que autorizam tratamento diferenciado, por exemplo, em razão do sexo (art. 7º, XX; art. 202).

Acerca das ações afirmativas como modo de realização da isonomia substancial, diz Maria Berenice Dias (2005, on-line) que:

Indispensáveis preceitos compensatórios como única forma de superar as diferenças, sendo que a proteção [...] deve constituir uma das preocupações primeiras do legislador, mediante positive discrimination [...].

O que se deve atentar não é à igualdade perante a lei, mas o direito à igualdade mediante a eliminação das desigualdades, o que impõe que se estabeleçam diferenciações específicas como única forma de dar efetividade ao preceito isonômico consagrado na Constituição.

Na perspectiva de uma equalização substancial, as ações positivas podem realizar significativos avanços. Em primeiro lugar, é possível que sirvam para reduzir a discriminação, pois a sub-representação de algumas categorias induz àquela ideia. Assim, por tempo provisório, é preciso criar incentivos aos grupos minoritários para equilibrar a representação de diversos grupos componentes da população nas instituições e esferas de poder.

Indiscutível, também, o caráter pedagógico que possuem as ações positivas, ao propiciarem a criação de exemplos vivos de mobilidade social ascendente. Isso porque a gradual inclusão das minorias em espaços anteriormente ocupados apenas por determinada camada da sociedade, estimula a convivência habitual e pacífica entre diferentes, afastando ideias de supremacia de raça ou gênero.

Por fim, ainda que sob certo viés utilitarista, a positive discrimination estimula o desenvolvimento econômico, uma vez que, oferecidas oportunidades concretas de educação e trabalho a todos os segmentos da população, ocorreriam inevitáveis ganhos de competitividade e produtividade.

### **3 AÇÕES AFIRMATIVAS E PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

O problema aqui tratado transcende o Direito interno brasileiro e envolve o Direito Internacional, especialmente o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.

#### **3.1 Fundamento**

A dignidade é o principal fundamento do sistema internacional de proteção dos direitos humanos e, segundo Paulo Bonavides, citado por Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 75), "se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos

os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados". Daí porque se entende ser esse o postulado maior para a adequada compreensão de todos os direitos e garantias conferidas às pessoas.

Paradoxalmente, o marco histórico que evidenciou a afirmação da dignidade humana como fundamento dos direitos humanos é justamente o fato social que representou as maiores violações ao conteúdo do princípio: o nazismo. Após as enormes atrocidades cometidas na era Hitler, formalmente legitimadas pelo ordenamento alemão, surgiu uma preocupação internacional com a preservação de valores universais de respeito ao ser humano.

Sob esse enfoque, identifica-se a dignidade da pessoa humana como uma conquista da razão ético-jurídica, uma resposta internacional ao genocídio nazista que marcou toda a humanidade. A respeito, leciona Flávia Piovesan (2006, p. 116):

Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas. [...] No dizer de Ignacy Sachs, o século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político e industrial. [...] A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstruir os direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral.

Portanto, não é obra do acaso o surgimento, após a Segunda Guerra Mundial, de várias organizações internacionais não-estatais voltadas à propagação de ideais correlatos à dignidade humana.

Além disso, houve a elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Organização das Nações Unidas em 1948, merecendo destaque o seguinte trecho, em textual:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum, [...]

Artigo I.

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade



e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. [...]

Artigo III.

Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

O princípio da dignidade da pessoa humana foi atrelado ao constitucionalismo contemporâneo, daí irradiando sua força em todos os ramos do direito. Estabeleceu-se uma nova forma de pensar e experimentar as relações sociais e políticas, tanto no plano nacional quanto no internacional.

A necessidade de concretizar a dignidade humana fez surgir a necessidade de ações positivas capazes de assegurar patrimônio mínimo ao indivíduo, como forma de permitir o livre desenvolvimento da personalidade, como diz Sarlet (2006, p. 49):

Na perspectiva já sinalizada (dignidade como limite e tarefa), sustenta-se que uma dimensão dúplce da dignidade manifesta-se enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação.

Viver dignamente é direito de cada um, a ser concretizado através do trabalho. Entretanto, nem sempre as pessoas têm condições sociais e matérias de alcançar tal objetivo com suas próprias forças, não sendo justo deixá-las desamparadas. Quando isto ocorre, Estado e sociedade civil deverão prestar solidariedade sob várias formas, inclusive prestações positivas.

### 3.2 Pressupostos

A Constituição de 1988 previu expressamente a dignidade da pessoa humana como fundamento da República brasileira (artigo 1º, inciso III). Mas não somente. O princípio irradia seu conteúdo em várias partes do texto, por exemplo, na previsão de que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna (artigo 170, caput).

Cuidou o constituinte de exteriorizar a primazia da dignidade humana nas relações sociais, estabelecendo o dever de solidariedade entre os cidadãos. Além disso, a Constituição Federal diz, em seu art. 5º, §§ 1º e 2º, que os tratados internacionais de direitos humanos, recepcionados com status de norma constitucional, têm aplicabilidade imediata no território brasileiro, necessitando apenas de ratificação. Então, é certo afirmar que a Carta da República brasileira acolhe as modalidades explícitas e implícitas de ação afirmativa constantes dos tratados internacionais dos quais o país seja signatário.

O Brasil é signatário dos principais instrumentos internacionais de proteção

dos direitos humanos envolvendo políticas de ações afirmativas.

A Convenção Interamericana sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1968), da qual o Brasil é signatário, dispõe em seu artigo 1º, parágrafo 4º, verbis:

Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

Reforçando, a Convenção estabelece no artigo II, parágrafo 2º, a obrigação para todos Estados-partes de adoção de medidas concretas, dispendo:

Os Estados Parte tomarão, se as circunstâncias o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, as medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos em razão dos quais foram tomadas.

A ação afirmativa persegue a concretização do direito à igualdade em todos os planos sociais. Nesse mesmo sentido, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), ratificada pelo Brasil em 1984, estatui:

Art. 4o. - 1. A adoção, pelos Estados-partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.

Percebe-se, dos diplomas transcritos, que as ações afirmativas são tidas como

legítimos instrumentos de proteção de direitos humanos, desde que sejam: 1) destinadas a acelerar a igualdade material entre grupos raciais ou étnicos historicamente desiguais; e 2) especial e temporariamente adotadas, devendo cessar quando alcançados os objetivos perseguidos para evitar que terminem ocasionando desigualdade ao reverso.

## **4 A DISCRIMINAÇÃO DO NEGRO NO BRASIL**

Para melhor entender as origens da discriminação do negro no Brasil, é válido esboçar uma análise histórica acerca da escravidão, antes de desenvolver as reflexões especificamente almejadas neste estudo.

### **4.1 Origens**

Como se sabe, o Brasil passou de Colônia a Império através de um movimento de emancipação negociada, com participação ativa de classes dominantes, formadas por burguesia comercial e elites agrárias, que culminou com a independência. A respeito, transcreve-se Carmo e Couto (1997, p. 105):

A independência do Brasil em 1822 não alterou significativamente a situação que existiu durante todo o período colonial: o país continuou fornecendo produtos agrícolas para a Europa e adquirindo todas as mercadorias manufaturadas por meio de importações. Além disso, nada se modificou na organização do trabalho. Como nos primeiros tempos coloniais, toda a produção continuou sendo realizada em extensos latifúndios, trabalhados por escravos negros. Essas características constituíam uma pesada herança colonial para o país recém-libertado e teriam grande influência sobre os acontecimentos do Brasil imperial [...].

As camadas populares ficaram à margem do processo decisório. A independência teve limites bem demarcados, assegurando a preservação: (i) do sistema de grandes propriedades agrícolas exportadoras; (ii) do trabalho escravo; e (iii) do regime monárquico.

### **4.2 O latifúndio agrícola**

Sem desconsiderar que se realizavam outras atividades, há certa concordância em apontar o sistema de exportação agrícola, baseado em latifúndios de monocultura, como o motor econômico do Império brasileiro, predominando a produção de açúcar até pouco depois da primeira metade do século 19.

A partir de 1830, começou a se investir na produção de café, mas a expansão da atividade ocorreu com maior vigor na segunda metade do século 19. O crescimento das lavouras cafeeiras foi acelerado pela concorrência entre a indústria brasileira da cana-de-açúcar e a produção das Antilhas Holandesas.

Certo é que, tanto a produção de açúcar quanto a de café eram baseadas em

sistema produtivo semifeudal, constituído por grandes fazendas. O latifúndio agrícola exportador era constituído, de regra, por extensas áreas de florestas, plantações, capela, casa-grande e senzala. No caso do açúcar, a fabricação se dava no engenho, formado pela moenda, casa das caldeiras e casa de purgar. É de Freyre (2005, p. 36) a melhor descrição:

A casa-grande, completada pela senzala, representa todo um sistema econômico, social, político: de produção (a monocultura latifundiária); de trabalho (a escravidão); de transporte (o carro-de-boi, o bangüê, a rede, o cavalo); de religião (o catolicismo de família, com capelão subordinado ao pater familias, culto aos mortos etc); de vida sexual e de família (o patriarcalismo polígamo); de higiene do corpo e da casa (o “tigre”, a touceira de bananeira, o banho de rio, o banho de gamela, o banho de assento, o lava-pés); de política (o compadrismo). Foi ainda fortaleza, banco, cemitério, hospedaria, escola, santa casa de misericórdia amparando os velhos e as viúvas, recolhendo órfãos. Essa era a estrutura das grandes propriedades rurais voltadas para a exportação.

### 4.3 O escravo negro

O escravo negro foi, sem dúvida, a base de sustentação da estrutura de poder do Brasil imperial. No primeiro momento, o negro africano era capturado em tribos que possuíam tradições e dialetos diferentes.

As primeiras viagens nos navios negreiros ensinaram os traficantes que reunir cativos de uma mesma etnia e idioma favorecia à ocorrência de insurreições e, inclusive, o suicídio de negros que se atiravam ao mar.

Assim, surgiu o cuidado de, nos navios e nas senzalas, mesclar escravos de diferentes tribos e tradições, evitando que houvesse uniformidade cultural e linguística. O negro era jogado à exploração em sociedade estranha, de costumes que desconhecia, com outros como ele, sem que, porém, pudesse haver comunicação e estabelecimento de alianças, a priori. Além disso, deveria trabalhar exaustivamente e sem descanso, não para satisfazer suas necessidades, mas às do senhorio fazendeiro e família. Segundo Darcy Ribeiro (2005, p. 120), a rotina do escravo negro:

[...] era sofrer todo o dia o castigo diário das chicotadas soltas, para trabalhar atento e tenso. Semanalmente vinha um castigo preventivo, pedagógico, para não pensar em fuga, e, quando chamava atenção, recaía sobre ele um castigo exemplar, na forma de mutilações de dedos, do furo de seios, de queimaduras com tição, de ter todos os dentes quebrados criteriosamente, ou dos açoites do pelourinho, sob trezentas chicotadas de uma vez, para matar, ou cinquenta chicotadas diárias, para sobreviver.

Outra função do cativo, escolhido preferencialmente entre as mulheres jovens e os de aparência mais agradável aos padrões estéticos do senhorio, era servir ao trabalho doméstico na casa-grande e aos caprichos sexuais de seus proprietários, sendo vítima frequente do que, com eufemismo, se denominou “trato ilícito”.

Trato ilícito” era a violência sexual exercida contra o escravo negro, notadamente as mulheres jovens. Além de sofrer o abuso, os escravos ainda eram punidos por cônjuges enciumados, consoante observação de Gilberto Freyre:

Não são dois nem três, porém muitos os casos de crueldade de senhoras de engenho contra escravos inermes. Sinhá-moças que mandavam arrancar os olhos de mucamas bonitas e trazê-los à presença do marido, à hora da sobremesa, dentro da compoteira de doce e boiando em sangue ainda fresco. Baronesas já de idade que por ciúme ou despeito mandavam vender mulatinhas de quinze anos a velhos libertinos. Outras que espatifavam a salto de botina dentaduras de escravas; ou mandavam-lhes cortar os peitos, arrancar as unhas, queimar a cara ou as orelhas. Toda uma série de judiarias. O motivo, quase sempre, o ciúme do marido. O rancor sexual. A rivalidade de mulher com mulher. (Freyre, 2005, p. 421)

Assim, é fato irrecusável que o escravo negro era tratado como coisa, porque nem mesmo animal recebia tratamento tão degradante. Esse período de nossa história recente produziu uma realidade racial desigual ainda presente e viva, cujos efeitos se tentam amenizar com ações afirmativas.

## **5 POLÍTICA DE COTAS PARA NEGROS NAS UNIVERSIDADES**

A polêmica sobre a implementação de ações afirmativas e de cotas em nosso país aumentou, notadamente, com a edição de leis estaduais reservando cotas para alunos negros e pardos nas universidades públicas - a exemplo do Estado do Rio de Janeiro, que instituiu, com a Lei nº 3708/01, cota de até 40% para a população negra e parda no acesso à Universidade Estadual do Rio de Janeiro e à Universidade Estadual do Norte Fluminense - e com a discussão sobre o projeto de Lei nº 3627/2004, que institui reservas de vagas para estudantes egressos de escolas públicas, em especial negros e indígenas, nas instituições públicas de educação superior.

A instituição de cotas para ingresso nas universidades busca mitigar a flagrante desigualdade brasileira, atacando-a naquilo que para muitos constitui sua causa primordial: o nosso segregador sistema educacional.

### **5.1 A população negra brasileira**

O Brasil traz em si marcas de um passado recente de escravidão negra, inspirado em valores elitistas. Basta lembrar que, em tempo não remoto, os analfabetos não tinham direito a votar e o contingente de não alfabetizados era formado, em sua grande maioria, por negros e pobres excluídos do acesso à escola. O mesmo problema

se dá, ainda nos dias de hoje, com o tratamento especial dado ao acusado de crime que possui curso superior.

Embora seja um país composto de negros africanos, brancos europeus e índios – intensamente miscigenado –, o Brasil atual herdou teorias racistas e escravistas, manifestadas desde o incentivo à imigração europeia. Além disso, foi o último país do ocidente a abolir a escravidão.

Como lembrança do longo período de escravidão vivido, a realidade brasileira contempla o “racismo cordial”, caracterizado pela ausência de rupturas revolucionárias e segregações institucionalizadas, apesar de forte e velada discriminação racial.

Algumas conclusões de relatórios e pesquisas comprovam clara posição de inferioridade do afro-brasileiro no mercado de trabalho e na educação.

Segundo dados de Censo do IBGE, obtidos em Farah (2005, on-line), dos quase 170 milhões de habitantes existentes em 2000, aproximadamente 45% eram negros e pardos. Todavia, enquanto o rendimento médio mensal da população branca alcançava cerca de 4,5 salários mínimos, o rendimento dos negros e pardos era de 2,3 salários mínimos (metade).

Dentre o grupo de pessoas com rendimento superior a 3 salários mínimos, a participação de brancos era de 72%; a de negros e pardos, 27%. Já na camada populacional com rendimento superior a 10 salários mínimos, a diferença era ainda maior: 83% de brancos; 16% de negros e pardos.

Com relação à educação, em 2000, o tempo médio de estudo da população branca era de 7,5 anos; entre negros, 5,3 anos; e entre pardos, 5,6 anos. O índice de analfabetismo entre pessoas com mais de dez anos de idade era de 6,3% entre brancos; entre negros, 17,2% (quase o triplo); e entre pardos, 13,3 (mais do dobro). No outro extremo, entre pessoas com curso superior completo: 82,7% eram brancas e 14,6%, negras e pardas.

## 5.2 O sistema educacional brasileiro

A partir dos dados estatísticos apresentados no item anterior, podemos concluir o quanto é segregador nosso sistema educacional, eis que, segundo Joaquim Barbosa (2005, on-line):

tradicionalmente, por diversos mecanismos, sempre reservou aos negros e pobres em geral uma educação de inferior qualidade, dedicando o essencial dos recursos materiais, humanos e financeiros voltados à Educação de todos os brasileiros, a um pequeno contingente da população que detém a hegemonia política, econômica e social no País, isto é, a elite branca.

É grave e reconhecida a ineficiência do ensino público de nível médio e fundamental no Brasil. Situação diversa, embora também problemática, é vivenciada pelas universidades públicas, cujas vagas destinadas a cursos que, teoricamente, propiciam maior segurança econômica, são cada vez mais disputadas.

Sendo assim, e considerando que o critério tradicional para ingresso nestas instituições de ensino superior é aprovação em exame vestibular de alto nível e

profundidade, é evidente ser quase a totalidade das vagas preenchidas pela elite branca proveniente de escolas particulares.

Por outro lado, os alunos da rede pública de nível médio (precária e deficitária), em sua grande maioria composta por negros e pobres, fica alijada do ensino público de nível superior.

Daí porque, tanto na perspectiva da Constituição Federal, quanto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, é justificável a adoção de políticas públicas baseadas em ações afirmativas, mais especificamente no estabelecimento de cotas raciais, para tentar reduzir o quadro de desigualdades sociais e discriminação racial que o passado nos legou.

### **5.3 O Projeto de Lei nº 3.627/2004**

O princípio da igualdade, expresso na Carta da República, pode ser compreendido segundo dois aspectos: o formal, ao qual está vinculado o Legislador (legislar negativamente); e o material ou substancial, que vincula o Legislador (legislar positivamente combatendo discriminações), o aplicador do direito e, até mesmo, os particulares.

No Brasil, atualmente, há vários projetos de lei que, através de políticas de discriminação positiva, buscam minimizar desigualdades históricas.

Um dos mais discutidos e polêmicos foi, sem dúvida, o Projeto de Lei nº 3.627/2004, que trata da reserva de vagas nas universidades públicas federais para alunos representantes das minorias étnicas e provenientes da escola pública.

Lançaram-se muitos argumentos contrários à aprovação deste projeto, mas chama atenção que se alegue, exatamente, que implica afronta ao princípio constitucional da isonomia. Em vista disso, é preciso analisar a constitucionalidade do citado projeto em face da isonomia e demais princípios constitucionais, com reforço das normas internacionais de proteção aos direitos humanos.

Viu-se que a noção de igualdade puramente formal, ao longo da história, mostrou-se vazia, contribuindo para o aprofundamento das situações de discriminação consolidadas pela tradição ou cultura.

Com o amadurecimento da democracia, surgiu o conceito de igualdade material, dinâmico e positivo, logo, mais eficaz na realização de transformações sociais. Este conceito, ao contrário do anterior, toma o indivíduo em suas especificidades (cor, sexo, classe etc.).

Para que se possa efetivar a igualdade substancial, é necessário identificar, em cada sociedade, os fatores de desigualdade e discriminação. A partir daí, o Estado e a sociedade civil devem, na perspectiva da solidariedade, traçar e adotar planos de ação visando a combater e erradicar os resultados sociais de tais fatores.

Estabelecia o Projeto de Lei, em seu artigo 1º, que, em cada concurso de seleção para as instituições públicas federais de educação superior, será reservado, no mínimo, cinquenta por cento das vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

No artigo 2º, apontava-se que o percentual de vagas mencionado seria preenchido, em cada uma das instituições, por uma proporção mínima de autodeclarados negros e indígenas igual à proporção de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo os dados

do último censo do IBGE.

As questões que devem ser tomadas em conta para se aferir se as diferenciações promovidas pelo legislador foram feitas sem quebra da isonomia são basicamente três.

Primeiramente, considerar os elementos tomados como fatores de distinção. É que a lei, sob pena de ferir o princípio da isonomia, não pode eleger critérios aleatórios para dispensar tratamento jurídico diverso a sujeitos submetidos a iguais situações jurídicas, pois como salienta Bandeira de Mello (2006, p. 10): “a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos”.

Ora, no projeto de lei analisado, foram dois os critérios eleitos pelo legislador como justificadores da discriminação positiva: raça e condição econômica.

Nota-se que, no caso, o traço diferencial adotado (raça e condição econômica) é intrínseco às pessoas ou às situações a serem positivamente discriminadas.

Além disso, tais critérios atingem grupo de pessoas não identificadas no presente e abrange situações suscetíveis de repetição (a cada novo vestibular), demonstrando que não há intenção de criar privilégio isolado e pessoal.

Noutro diapasão, resta claro o vínculo de correlação lógica entre o elemento erigido como fator de discriminação e o tratamento diferenciado dele decorrente.

É evidente que a garantia (reserva) de 50% das vagas para disputa apenas entre candidatos com nível de conhecimento inferior ao de candidatos brancos ou provenientes de escola particular se compatibiliza com a intenção de ampliar o acesso de pobres e negros ao ensino público superior.

Consoante explicitado nos capítulos anteriores, há um déficit histórico a ser corrigido, principalmente no que se refere ao ensino superior, que a sociedade brasileira precisa combater e amenizar, ampliando as oportunidades para negros e pessoas economicamente menos favorecidas.

E, infelizmente, o ensino médio público brasileiro não cumpre, satisfatoriamente, seu papel, de tal modo que negros e pobres que pretendem disputar vagas nos cursos mais concorridos das universidades públicas, sem sistema de cotas, apenas engordam estatísticas de concorrência.

Com base nisso, cumpre-se o segundo requisito da escolha dos fatores de diferenciação positiva, qual seja, a pertinência lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida e a desigualdade de tratamento em função dela conferida.

A terceira – e última questão – é a afinção com o espírito da Constituição e as normas internacionais de proteção aos direitos humanos. A ação afirmativa deve promover valores prestigiados no texto constitucional. Deve ser fundado em razão valiosa para o bem público.

Nesse aspecto, é gritante a sintonia da política de cotas e os valores fundamentais constitucionais e das normas de proteção internacional de direitos humanos.

Ora, já em seu artigo 1º, diz a Carta de Outubro:  
Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]



- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana; [...]
- V - o pluralismo político.

Mais adiante, o artigo 3º elenca, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- [...]
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Além disso, consoante já se viu, a ordem internacional de proteção dos direitos humanos – inspiradas em valores de solidariedade e pluralismo – tem as ações afirmativas como legítimos instrumentos de proteção de direitos humanos, desde que sejam: 1) destinadas a acelerar a igualdade material entre grupos raciais ou étnicos historicamente desiguais; e 2) especial e temporariamente adotadas, devendo cessar quando alcançados os objetivos perseguidos.

Com essas considerações, é forçoso apontar a compatibilidade do projeto de lei com a Constituição Federal e normas de proteção internacional dos direitos humanos.

Tanto é assim que, conforme noticiou a Folha de São Paulo (2010, on-line), mesmo sem a aprovação do projeto de lei federal que as obrigue a isso, sete em cada dez universidades públicas no Brasil já adotam algum critério de ação afirmativa, seja ele cota ou bônus no vestibular para alunos de escolas públicas, negros, indígenas e outros grupos. O trabalho mostra também que são alunos de escolas públicas os mais beneficiados e que as cotas são mais utilizadas do que os bônus.

## REFERÊNCIAS

CARMO, Sônia Irene Silva do; COUTO, Eliane F. B. **A consolidação do capitalismo e o Brasil Império**. São Paulo: Atual, 1997.

DIAS, Maria Berenice. Ações afirmativas: uma solução para a desigualdade. **Mundo Jurídico**: 2005. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=357](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=357)>. Acesso em: 20 out. 2010.

FARAH, Flavio. Quotas étnicas nas universidades. **Jus Navigandi**: 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7436>>. Acesso em: 28 set. 2010.

**Folha de São Paulo**. “70% das faculdades públicas já adotam cotas ou bônus”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff3008201001.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 50. ed. rev. São Paulo: Global, 2005.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. **Mundo Jurídico**: 2005. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=357](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=357)>. Acesso em: 21 out. 2010.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Tradução de Waltensir Dutra. 20. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

MACIEL, Marco. A questão étnica no Brasil. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 22 nov. 2001. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2211200109.htm>>. Acesso em: 17 nov. 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SUASSUNA, Ariano. **Romance d'a pedra do reino e o príncipe do sangue do vai-e-volta**. 5. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004.

## **AÇÕES AFIRMATIVAS: SISTEMA DE COTAS PARA NEGROS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**ORLEANES CAVALCANTI DE O. VIANA GOMES**

*Bacharela em Direito. Técnica judiciária. Chefe da seção de controle de processos do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*

### **RESUMO**

Apresenta-se o sistema de cotas para negros nas universidades públicas como ação afirmativa, sob a perspectiva dos direitos fundamentais. Diferenciam-se as expressões direitos humanos, direitos fundamentais e direitos do homem. Estabelece-se a relação entre os princípios da dignidade humana e da igualdade com as políticas públicas de discriminação positiva para amenizar a discriminação racial. Reconhece-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio fundante do Estado Democrático de Direito e que o Estado não pode ficar inerte diante do preconceito racial, sendo necessária a atuação estatal positiva por meio de políticas públicas que, em curto prazo, minimizem as desigualdades raciais e que tenham como meta erradicá-las. Diferencia-se discriminação de fato e discriminação indireta; discriminação racial e discriminação de gênero. Argumenta-se que, no Brasil, a discriminação racial tem duas origens históricas: 1) a utilização de mão-de-obra escrava na economia por longos 300 anos e 2) falta de políticas públicas, após a abolição da escravatura, para inserção do negro ou do afrodescendente na sociedade, por meio da valorização de sua cultura, reconhecimento de sua participação na composição étnica do país, acessibilidade ao ensino de primeiro, segundo e terceiro graus e, conseqüentemente, garantir-lhes o ingresso no mercado de trabalho nas mesmas condições do trabalhador branco. Demonstra-se que, hoje, esta discriminação manifesta-se, basicamente, sob duas formas: problema de distribuição de renda e bens e problema de reconhecimento social. Defende-se a legitimidade e a constitucionalidade das ações afirmativas. Traça-se uma distinção entre discriminação e injustiça. Definem-se Ações Afirmativas. Conclui-se que o sistema de cotas para negros nas universidades públicas é uma das políticas governamentais de combate à discriminação racial no Brasil, que dá concretude aos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, capaz de reduzir as desigualdades e promover o desenvolvimento sócio-econômico brasileiro.

**Palavras-chaves:** Ações afirmativas. Dignidade Humana. Igualdade. Direitos Fundamentais. Cotas. Negros. Universidades Públicas. Discriminação. Preconceito.

### **1 INTRODUÇÃO**

Em 2001, o Brasil, ainda no governo de Fernando Henrique Cardoso – FHC, formou uma delegação para participar da 3ª Conferência Mundial das Nações Unidas contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e as Intolerâncias Correlatas (CMR) em Durban, na África do Sul; essa delegação oficial brasileira encaminhou propostas de ações afirmativas em favor da população afrodescendente, entre elas, o reconhecimento oficial da legitimidade de reparações para com a escravidão e cotas para negros nas universidades públicas. Naquele ano, o Ministro da Reforma Agrária,

Raul Bellens Jungmann Pinto, anunciou que, doravante, 20% das vagas no seu ministério seriam destinadas a negros. Os demais ministérios o acompanharam, com exceção do Ministério da Educação; em dezembro do mesmo ano, o presidente Fernando Henrique estendeu o princípio para o funcionalismo público em geral. Foi criada a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, a fim de apresentar propostas para combater a discriminação racial e fomentar políticas públicas visando diminuir as desigualdades sócio-econômicas entre brancos e negros.

Em 9 de novembro de 2001, foi aprovada, por aclamação, a Lei n. 3708 pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro que “institui cota de até quarenta por cento para as populações negra e parda no acesso à Universidade do Estado do Rio de Janeiro e à Universidade Estadual do Norte Fluminense”.

Professores de Antropologia do Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, afirmam:

As medidas pós-Durban, ao proporem ações afirmativas em prol da “população negra”, rompem não só com o a-racismo e o anti-racismo tradicionais, mas também com a forte ideologia que define o Brasil como país da mistura, ou, como preferia Gilberto Freire, do hibridismo. Ações afirmativas implicam, evidentemente, imaginar o Brasil composto não de infinitas misturas, mas de grupos estanques: os que têm e os que não têm direito à ação afirmativa, no caso em questão, “negros” e “brancos [...]”.

De acordo com a pesquisa “Juventude e Políticas Sociais no Brasil<sup>1</sup>”, realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA -, existem 48 instituições que adotam alguma modalidade de ação afirmativa, em sua maioria combinando quesitos de afrodescendência e histórico de ensino público. A pesquisa também revelou que existem 51.875 estudantes cotistas desde que o programa foi criado em 2001, quando a UFRJ adotou em seu vestibular o sistema de cotas para beneficiar estudantes autodeclarados negros. Foram ofertadas 7.850 vagas por ano no período de 2001-2008, o que representa um índice de apenas 2,4% da média de 331.000 vagas ofertadas por ano pelas instituições públicas superiores no País.

Essa intrincada trama tem como cenário um país em desenvolvimento, mas com alarmantes níveis de pobreza, desigualdade social e com 60% da população negra. Encontram-se, de um lado, personagens que afirmam ser o Brasil uma democracia racial e do outro, personagens que asseguram existir um fosso enorme entre a população branca e a negra em todos os aspectos, seja na educação, no trabalho, nos salários, no acesso à justiça, e que buscam nas políticas de ação afirmativa uma possível solução para levantar vales e aplainar montanhas. No coração da trama, está a Constituição de 1988, que trouxe à tona a discussão sobre as mazelas sociais, econômicas e culturais que anos de escravidão relegaram ao Brasil. Cicatrizes mascaradas sob o pálio da democracia racial, onde se afirmava que não havia, no Brasil, sangue azul e raças puras, a Casa Grande e a Senzala haviam se cruzado. Todos somos mestiços.

O art. 5º, *caput*, da CF/88 precisou nos lembrar que todos somos iguais. A igualdade, no Brasil, não é, infelizmente, uma constatação, é uma construção, uma meta a ser atingida.

Fruto de uma constituinte democrática, que trouxe à baila grandes discussões sobre exclusão social e ações estatais para combatê-las, que mostrou a face das favelas e do desemprego, a Constituição, corajosamente, semeou a verdadeira democracia e a igualdade. Não a igualdade propalada nos bancos acadêmicos, mas aquela preconizada por Aristóteles há centenas de anos, isto é, a igualdade material que consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na proporção de suas desigualdades.

A Constituição de 1988 tem como viga mestra o princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, que só poderá se concretizar através da igualdade substancial.

Este estudo pretende responder a seguinte pergunta: A política de ação afirmativa de criação de um sistema de cotas para negros em estabelecimentos de ensino superior é adequada para fomentar a isonomia étnico-racial, elevar o nível sócio-econômico dos afrodescendentes e garantir a igualdade de condições entre as raças branca e negra no Brasil?

Segundo Nancy Fraser<sup>2</sup>, “há dois tipos de injustiça nas sociedades modernas: a injustiça que envolve problemas de distribuição e a injustiça que envolve problemas de reconhecimento”.

A injustiça advinda de problemas de distribuição, em relação aos afrodescendentes, no Brasil, teve origem no período da escravidão e pós-abolição, com a não distribuição equânime dos recursos e riquezas na sociedade. O problema de distribuição tem natureza sócio-econômica.

A injustiça que envolve problemas de reconhecimento está relacionada à estigmatização da cultura, com repercussão na auto-estima e no bem-estar dos integrantes do grupo.

Assim, podemos sintetizar que o problema racial no Brasil tem dois contornos: problema de distribuição e problema de reconhecimento. O primeiro é sócio-econômico, o segundo é cultural e psicológico.

Há, inicialmente, duas hipóteses que possibilitam responder a problemática sugerida.

A primeira hipótese para solucionar o problema defende que a estipulação de cotas para negros nos estabelecimentos de ensino superior irá salientar a discriminação racial no Brasil, quebrando a tradição de que os brasileiros são todos mestiços. Como consequência, os negros seriam estigmatizados de raça inferior, incapazes de ingressarem nas universidades através do critério do saber, formando, então, um contingente de bacharéis de segunda classe, o que causaria uma discriminação indireta, com base na teoria do impacto desproporcional, cuja repercussão seria sentida no ingresso no mercado de trabalho, na aquisição de bolsas de pesquisa, no acesso a cargos de chefia, por exemplo.

Diante de nossa delimitação inicial, o sistema de cotas para negros nas universidades, nessa hipótese, poderia minimizar o problema de distribuição de recursos e riquezas, garantindo maior oportunidade de emprego, não obstante, acentuaria o problema de reconhecimento, pois os negros iriam ser rotulados como subclasse, isto é, inferiores. Empregados sim, mas com subempregos; com diploma de nível superior, mas bacharéis de segunda classe.

A segunda hipótese é de que o sistema de cotas para negros nas universidades é legítimo, se aliado ao critério da frequência em estabelecimentos da rede pública de ensino.

O problema se resumiria à questão da oportunidade e não da competência. Após o ingresso na universidade, os alunos brancos não cotistas e negros cotistas obtêm o mesmo desempenho.

Advindos de classe social mais pobre, estudantes da rede de ensino público não têm a mesma oportunidade de ingressar em universidades públicas que os alunos da rede de ensino privada, economicamente mais privilegiada. O que se vê, normalmente, é que o grande contingente negro, no Brasil, é um subconjunto do contingente pobre. Quando se alia os critérios de raça e condição sócio-econômica, as oportunidades são afiniladas.

A estipulação de cotas para negros nas universidades públicas é apenas uma das políticas de ação afirmativa que podem ser adotadas para se tentar diminuir a desigualdade sócio-econômica histórica entre brancos e negros, no Brasil, de muitas que devem exsurgir para alavancar o crescimento sistêmico do país, tendo em vista que o crescimento individual, isolado e egoísta, fruto do liberalismo, deve ser superado para dar lugar a uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, da CF/88).

## **2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DISCRIMINAÇÃO RACIAL**

Os Direitos Fundamentais são vindicados pela sociedade frente ao Estado, principalmente quando relacionados aos direitos de liberdade e contra os abusos de poder, como direitos civis e políticos que têm aplicação imediata, intuitivamente exigíveis pelo povo. Não se dá o mesmo, entretanto, quando se trata dos direitos sociais, culturais e econômicos, ainda tidos como regras programáticas.

A classificação em gerações semeou esta distinção quanto à eficácia dos direitos fundamentais, como se divisíveis fossem. Tentaremos neste capítulo mostrar o posicionamento da doutrina frente a este intrigante tema que ecoa tanto na boca dos mais ilustrados constitucionalistas e estudiosos do direito internacional, como na boca daqueles de escassas luzes.

### **2.1 Teoria dos Direitos Fundamentais. Distinção doutrinária entre as expressões direitos do homem, direitos fundamentais e direitos humanos**

Direitos do homem é expressão de cunho jusnaturalista. Refere-se ao direito natural e não ao direito jurídico-positivo.

Os direitos do homem, segundo a teoria jusnaturalista, não são criação dos legisladores, dos tribunais ou dos doutrinadores, pertencem a uma ordem superior, imutável e inderrogável. É direito de todos os homens, imanente à sua condição humana, independentemente do Estado ao qual pertençam, do sexo, da idade, da religião.

No item I.1 da Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada consensualmente pela Conferência Mundial dos Direitos Humanos, em 25 de junho de 1993, proclama-se que “os direitos humanos e liberdades fundamentais são direitos naturais de todos os seres humanos; sua proteção e promoção são responsabilidades primordiais dos Governos”, numa expressa referência aos direitos do homem de origem jusnaturalista.

Direitos fundamentais é expressão de índole constitucional dos direitos dos

cidadãos. Os direitos fundamentais, assim, são aqueles positivados nas constituições, como o mínimo de proteção e garantia contra os abusos estatais. Seriam o piso, constitucionalmente assegurado, de liberdades públicas e de prestação social em cada Estado soberano, sob pena de este Estado não possuir uma constituição, como já previsto no Art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Carl Schmitt<sup>3</sup> estabeleceu dois critérios formais de caracterização dos direitos fundamentais. Pelo primeiro critério formal, são direitos fundamentais todos os direitos e garantias positivados na Constituição. Pelo segundo, os direitos fundamentais receberam do legislador constituinte um grau mais elevado de garantia ou de segurança: ou são imutáveis ou dependem de um procedimento mais dificultoso de mudança, alteráveis apenas através de emenda constitucional.

Sob o aspecto material, como os direitos fundamentais são aqueles positivados na constituição de um Estado, variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, os valores e princípios consagrados pelo legislador constituinte e o momento histórico. “Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos”<sup>4</sup>.

Direitos humanos são direitos inscritos, positivados, em tratados ou em costumes internacionais. Pertencem a uma disciplina autônoma do Direito Internacional Público.

Segundo o Prof. Valério Mazzuoli<sup>5</sup>, dizer que os direitos fundamentais são mais facilmente visualizáveis que os direitos humanos, pelo fato de estarem positivados no ordenamento jurídico interno (Constituição) de determinado Estado é afirmação falsa. Basta compulsar os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos (tanto do sistema global, como dos sistemas regionais) para se poder visualizar nitidamente quantos e quais são os direitos protegidos.

Ao Conselho de Direitos Humanos (antiga Comissão de Direitos Humanos) das Nações Unidas deve-se destaque pela importante atuação no que tange à redação e às negociações de vários dos mais importantes tratados de direitos humanos, do sistema global, concluídos até hoje.

## 2.2 Direitos Fundamentais e Direitos Humanos na Constituição de 1988

O Art. 5º, § 1º da CF/88 prevê que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Aqui, o texto constitucional faz alusão às normas internas, aos direitos fundamentais positivados na constituição, formalmente constitucional, segundo a caracterização de Carl Schmitt, uma vez que foram elevados à condição de cláusula pétrea, cobertos, assim, com o manto da imutabilidade, conforme o Art. 60, § 4º da CF/88.

O Art. 5º, § 3º da CF/88 faz referência às normas internacionais de proteção da pessoa humana, usando a expressão “direitos humanos”, *verbis*: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

No art. 5º, §2º da CF/88 ao se referir, indistintamente, aos direitos previstos pela ordem jurídica interna e pela ordem jurídica internacional não usou nenhuma das expressões aludidas, não faz menção nem à expressão “direitos fundamentais”,

nem à expressão “direitos humanos”, demonstrando rigor técnico na redação da norma, assim redigida: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Embora a maior parte da doutrina pareça utilizar indistintamente os termos direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais, o Prof. Paulo Bonavides<sup>6</sup> afirma ser mais frequente o emprego das expressões direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais seria preferida pelos publicistas alemães.

Entretanto, parece discutível a identidade entre as expressões quando as analisamos sob o aspecto dos destinatários da norma. Os direitos fundamentais, como são aqueles positivados no ordenamento jurídico interno tem âmbito de aplicação mais restrito, posto que nem todos os direitos fundamentais previstos nas constituições são fruíveis por todas as pessoas indistintamente, por exemplo, o direito ao voto.

Os direitos humanos, por sua vez, teriam a característica da universalidade, podendo ser vindicados indistintamente por qualquer pessoa, nacional ou não e em quaisquer condições, bastando a violação de um direito seu, reconhecido em tratado internacional do qual seu país seja parte.

### **2.3 Fundamento dos Direitos Fundamentais**

Os direitos fundamentais têm como fundamento o valor-fonte do direito que se atribui a cada pessoa humana pelo simples fato de sua existência, conforme estabelecido no art.1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, assim redigido: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”, do qual se extrai três princípios norteadores dos direitos humanos: 1) princípio da inviolabilidade da pessoa; 2) princípio da autonomia da pessoa; 3) princípio da dignidade da pessoa, verdadeiro núcleo-fonte, pilar dos direitos fundamentais, por meio do qual todas as pessoas devem ser tratadas e julgadas de acordo com os seus atos e não por sua cor, sexo, raça ou origem, como aconteceu com o direito na Escola de Kiel, direito do autor, que fundamentou o estado nazista, onde as pessoas eram condenadas pelo simples fato de serem judias, homossexuais, prostitutas etc.

A Carta Política de 1988 trouxe explícitos e implícitos princípios que ainda não se conformavam aos fatores reais de poder vigentes na sociedade brasileira, mas sim que teria sua força normativa amoldando e servindo de paradigma para novas iniciativas legislativas, debates e reivindicações das chamadas minorias que encontraram nas normas ali estampadas um campo fértil para se desenvolverem e, pouco a pouco, mudarem o cenário sócio-político do Brasil.

A partir daí, o tema dos direitos fundamentais passou a ser central nos círculos acadêmicos e as discussões ali travadas extrapolaram os muros das academias e não mais estava confinado nas universidades. Destaque-se aqui o papel da imprensa, que começou a noticiar casos de racismo, agressões físicas e verbais onde a população negra brasileira era vitimizada em pleno século XX, expressões antes corriqueiras contra os negros passaram a ser tipificadas como crime.



O caso de Ednaldo Líbano, mais conhecido como “Grafite”, jogador de futebol do time do São Paulo, demonstra que a questão do racismo seja dentro ou fora dos gramados, aos poucos, não mais é tolerada pela sociedade. Já não passa despercebida ou aceita passivamente. No dia 13 de abril de 2005, durante um jogo do São Paulo contra um time argentino, o jogador Quilmes provocou “Grafite” ao chamá-lo de “macaco”, o qual após o jogo foi direto à delegacia denunciar o atleta argentino pelo crime de racismo. Quilmes ficou detido por alguns dias e o assunto foi manchete nos principais jornais do mundo, trazendo à tona o debate acerca da problemática do racismo.

Estamos na era dos direitos fundamentais: o princípio da dignidade humana, pilar dessa construção, deve pautar qualquer ato normativo, legislativo ou executivo.

O constituinte de 1988 ao mesmo tempo em que estabeleceu como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceito de raça ou cor (art. 3º, inciso IV), determinou que o Brasil regesse suas relações internacionais repudiando o racismo (art. 4º, inciso VIII), declarou que todos os seres humanos são iguais perante a lei (igualdade formal), sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput*), orientou que a lei punisse qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e constituiu como crime inafiançável e imprescritível a prática do racismo. Ou seja, superabundou em prescrições contra o racismo, para não haver dúvidas quanto à intenção do constituinte: estabelecer a igualdade material entre as pessoas.

É necessário, entretanto, compreender as características dos direitos fundamentais para se poder aquilatar a importância para o constitucionalismo brasileiro atual da igualdade, bem como o repúdio ao preconceito, e, principalmente, da dignidade da pessoa humana como coluna mestra do arcabouço dos direitos fundamentais.

## 2.4 Características dos Direitos Fundamentais

**a) Historicidade:** os direitos fundamentais não são estanques, nem acabados, vão se construindo ao longo da história. Os direitos fundamentais são essencialmente históricos.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e com o nascimento da Organização das Nações Unidas – ONU, a partir de 1945, os direitos humanos começaram, efetivamente, a se desenvolver no plano internacional. Vale ressaltar que, desde 1919, no pós-Primeira-Guerra Mundial, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) já garantia os direitos sociais, que são direitos fundamentais dos trabalhadores.

**b) Universalidade:** O homem, pela sua simples condição humana, é titular dos direitos humanos. Opõem-se a essa característica os multiculturalistas, os quais defendem que determinadas práticas pertencem à cultura de um povo e que, uma vez abolidas, esse mesmo povo perderia sua identidade. Sob esse argumento e o da soberania, práticas abomináveis ainda são mantidas em determinados estados, a exemplo do que ocorre com os povos do Islã e da África subsaariana, em que se verifica a extirpação do clitóris das meninas, a fim de que a mulher ao perder o prazer não venha a trair o seu futuro marido. E a própria ordem jurídica internacional defende a diversidade cultural.

O Prof. Paulo Bonavides<sup>7</sup> nos ensina que os direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, como ideais da pessoa

humana, já nos conduzem ao significado de universalidade.

A universalidade abstrata, contida no jusnaturalismo do século XVIII, parece ter se manifestado pela primeira vez, intencionalmente, com o propósito de extrapolar as fronteiras nacionais, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, da França, tendo como titular do direito da liberdade não apenas o cidadão francês, mas o homem, o que a distinguiu singularmente das declarações que lhe antecederam, inglesas e americanas que tinham como destinatários uma camada social privilegiada (os barões feudais) ou uma sociedade que se formava livre e soberana, como aconteceu com as ex-colônias americanas.

Um antecedente histórico interessante da universalidade dos direitos fundamentais aparece na Torá, livro sagrado dos judeus, com o Decálogo ou Dez Mandamentos. As leis da Torá se aplicavam, desde o início, a todos, sem distinção, governantes e governados, aos escravos e aos estrangeiros que habitavam junto com o povo de Israel, ao contrário de outros povos onde os estrangeiros não gozavam de qualquer proteção legal e os escravos eram considerados não-pessoas. Tais mandamentos são precursores do princípio da igualdade de todos perante à lei.

**c) Essencialidade:** Os direitos fundamentais seriam o mínimo existencial da garantia da dignidade humana. Os direitos fundamentais se revelam essenciais formalmente por estarem positivados na constituição e materialmente por estarem revestidos da imutabilidade, uma vez que pertencem ao núcleo duro da constituição.

**d) Irrenunciabilidade:** O homem, titular do direito, a ele não pode renunciar.

**e) Inalienabilidade:** Os direitos fundamentais não permitem sua desinvestidura por parte de seu titular. São imprescritíveis, não se perdendo no tempo, salvo as limitações expressamente impostas por tratados internacionais que preveem procedimentos perante cortes ou instâncias internacionais.

**f) Inexauribilidade:** Ao rol de direitos fundamentais podem ser acrescidos outros. Essa característica está relacionada à historicidade, à medida que as sociedades evoluem novos direitos são reconhecidos e positivados. A Constituição de 1988 traz expressamente a característica da inexauribilidade no Art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

**g) Imprescritibilidade:** Os direitos fundamentais não se perdem com o decorrer do tempo, podendo ser vindicados a qualquer tempo. Novos direitos surgem num processo contínuo de reconhecimento e consolidação.

**h) Vedação ao retrocesso:** Os Estados não podem retroceder quanto aos direitos e garantias já concedidos, seja no plano interno, seja no plano internacional. Ex.: Pena de Morte.

### 3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O início da problemática é conceituar dignidade da pessoa humana. A dignidade faz parte daqueles conceitos abertos e abstratos que conseguimos intuir, mas não conseguimos conceituar. Dizemos o que não é dignidade e sabemos reconhecer quando esta é violada, não obstante, não conseguimos transpor essa ideia para o papel em breves palavras.

O termo dignidade vem do latim *dignitas* que significa valor intrínseco,

mérito, prestígio, estima, nobreza. A expressão dignidade da pessoa humana foi trazida para o direito, mas é ontologicamente anterior a ele, logo não foi concedida pelo ordenamento jurídico, nem pode por ele ser limitada, apenas reconhecida.

“A consagração no plano normativo constitucional significa tão-somente o dever de promoção e proteção pelo Estado, bem como de respeito por parte deste e dos demais indivíduos”, como lembra Novelino<sup>8</sup>.

Ingo Sarlet,<sup>9</sup> em minucioso trabalho intitulado Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, afirmou a dificuldade de se delimitar o significado e o conteúdo do termo dignidade da pessoa humana:

Ainda que as considerações até agora tecidas já possam ter lançado alguma luz sobre o significado e o conteúdo da dignidade da pessoa humana, não há como negar, de outra parte, 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 questionável (e questionada) viabilidade de se alcançar algum conceito satisfatório do que, afinal de contas, é e significa a dignidade da pessoa humana hoje. Tal dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacado na doutrina, decorre certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua “ambigüidade e porosidade”, assim como por sua natureza necessariamente polissêmica, muito embora tais atributos não possam ser exclusivamente atribuídos à dignidade da pessoa. Uma das principais dificuldades, todavia – e aqui recolhemos a lição de Michael Sachs – reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida propriedade, etc), mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, na sua condição jurídico-normativa.

Invoca-se o princípio da dignidade da pessoa humana todas as vezes que se quer lembrar que o homem foi feito à semelhança de Deus, “para dominar sobre os peixes do mar, as aves do céu, os animais domésticos, todas as feras e todos os répteis que rastejam sobre a terra” (Bíblia Sagrada, Gênesis, Cap.1, versículos 26-27), ou seja, o ser humano é soberano na Terra. Não obstante sua herança divina, encontramos

herdeiros mendigando, flagelados, famélicos, embriagados largados nas calçadas, encarcerados em “prisões”, violentados e discriminados por serem negros, ou pertencerem a raças ou credos diversos da maioria. Seriam esses filhos bastardos?

A dignidade da pessoa humana acompanha o homem, pelo simples fato de ser homem, é irrenunciável e inalienável. É um atributo da condição humana.

Assim, chegamos ao seguinte argumento aporético: o que é o homem? Retira-se-lhe os braços, continua sendo homem; retira-se-lhe as pernas, continua sendo homem; retira-se-lhe os cabelos, olhos, orelhas, continua sendo homem, enfim, a única coisa que não lhe pode ser retirada é a dignidade, que lhe é inerente. Entretanto, apesar de ser um atributo do homem, muitas vezes tal condição não é reconhecida por um seu semelhante. Neste momento, o direito entra em ação, como conformador das relações sociais e limitador dos abusos que o homem pode cometer ao subjugar outro homem.

A dignidade da pessoa humana é a pedra angular de todos os direitos e garantias fundamentais.

Assim, mesmo que se deva – nesta linha de entendimento – admitir que o princípio da dignidade da pessoa humana atua como elemento fundante e informador dos direitos e garantias fundamentais também da Constituição de 1988 – o que, de resto, condiz com a sua função como princípio fundamental – também é certo que haverá de se reconhecer um espectro amplo e diversificado no que diz com a intensidade desta vinculação<sup>10</sup>.

Não se pode olvidar que o princípio da dignidade da pessoa humana tem lastreado muitas decisões dos magistrados, servindo como critério hermenêutico de interpretação das normas infraconstitucionais e como super-princípio quando conflitam princípios constitucionais.

A afirmação de que a dignidade da pessoa humana é um atributo intrínseco ao ser humano não lhe confere por si só o reconhecimento por todas as sociedades em todos os tempos. Seria uma afirmação pueril e sem demonstração fática, basta apenas vislumbrarmos ao longo da história a escravização do homem (chegando-se a afirmar que o negro não tinha alma) ou a condição de miséria a que se submetem os seres humanos que vivem abaixo da linha de pobreza.

Como afirma Sarlet<sup>11</sup>: [...] “a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida, ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações da dignidade”.

É fácil concluir que a dignidade da pessoa humana não é um dado empiricamente constatado, mas é uma construção que depende de lutas individuais e do compromisso da sociedade para concretizar-se. Não há aqui uma contradição. A dignidade é inerente à pessoa, independentemente de sua origem, cor, sexo, raça, condição econômica ou que goze ou não das faculdades mentais. Entretanto, o reconhecimento desta dignidade pela sociedade se faz através de árduas conquistas,

individuais e coletivas, e obviamente não é de se esperar que aquele que desfruta de tal reconhecimento o dê àquele que não o possui. Lutas são necessárias.

#### 4 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Na dicção do art. 5º, *caput* da CF/88, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Que tipo de norma é esta insculpida na cabeça do aludido artigo? José Afonso da Silva<sup>12</sup>, em monografia publicada em 1967, apresentou uma classificação das normas quanto à eficácia que orienta até hoje os doutrinadores do direito constitucional e nossos tribunais.

Quanto à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, diz ele, há três categorias de normas: I – normas constitucionais de eficácia plena; II – normas constitucionais de eficácia contida; III – normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

As normas da primeira categoria são aquelas que produzem seus efeitos essenciais desde a entrada em vigor da constituição.

As normas de eficácia contida, igualmente, produzem seus efeitos imediatamente, mas podem ter seus limites restringidos pelo legislador ordinário.

Finalmente, as normas de eficácia limitada dependem, para produzir todos os seus efeitos essenciais, da intervenção do legislador ordinário.

Diz, ainda, o § 1º do art. 5º da Carta Constitucional: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Não resta dúvida, e parece até ser intuitivo, que a igualdade é um direito fundamental de primeira dimensão, logo de aplicação imediata. Não podemos, entretanto, fazer coro com o escritor francês Anatole France se reportando à falácia da igualdade liberal-burguesa, *verbis*: “a lei na sua majestosa igualdade, proíbe ao rico e ao pobre de furtarem o pão e dormirem debaixo da ponte e permite a ambos que se hospedem no Hotel Ritz”<sup>13</sup>. Não se pretende a igualdade na lei, mas a igualdade perante a lei, ou seja, a igualdade material ou substancial.

A igualdade que se preconiza entre as raças no Brasil não pode ser formal, é necessário que se dê efetividade à norma da igualdade, buscando através de políticas públicas a inclusão efetiva dos negros em todos os segmentos da sociedade em igualdade de condições com os brancos e não se pode esperar que seja uma concessão destes, num lampejo de altruísmo e cidadania, ou através de um esforço hercúleo para atravessar mares ou mover montanhas de um ou outro representante da raça negra.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>14</sup>, em trabalho magistral acerca do princípio da igualdade, afirma:

Supõe-se, habitualmente, que o agravo à isonomia radica-se na escolha, pela lei, de certos fatores diferenciais existentes nas pessoas, mas que não poderiam ter sido eleitos como matriz do *discrímen*. Isto é, acredita-se que determinados elementos ou traços característicos das pessoas ou situações são insusceptíveis de serem colhidos

pela norma como raiz de alguma diferenciação, pena de se porem às testilhas com a regra da igualdade.

Assim, imagina-se que as pessoas não podem ser legalmente desequiparadas em razão da raça, ou do sexo, ou da convicção religiosa (art. 5º, *caput*, da Carta Constitucional) ou em razão da cor dos olhos, da compleição corporal, etc. Descabe, totalmente, buscar aí a barreira insuperável ditada pelo princípio da igualdade.

Certo é que o próprio texto constitucional discrimina positivamente certas pessoas em função de determinados traços característicos ou situações, prevendo a proteção dos chamados hipossuficientes, consumidor, mulher, menor, idoso, deficiente físico, deixando a cargo do legislador infraconstitucional os limites desta discriminação.

No plano internacional, os direitos humanos têm como fundamento o valor-fonte do direito que se atribui a cada pessoa humana pelo simples fato de sua existência, conforme estabelecido no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, assim redigido: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”, do qual se extrai três princípios norteadores dos direitos humanos: 1) princípio da inviolabilidade da pessoa; 2) princípio da autonomia da pessoa; 3) princípio da dignidade da pessoa, verdadeiro núcleo-fonte, pilar dos direitos fundamentais, por meio do qual todas as pessoas devem ser tratadas e julgadas de acordo com os seus atos e não por sua cor, sexo, raça ou origem, como aconteceu com o direito na Escola de Kiel, direito do autor, que fundamentou o estado nazista, onde as pessoas eram condenadas pelo simples fato de serem judias, homossexuais, ciganos, prostitutas etc.

## 5 DISCRIMINAÇÃO

A discriminação significa desigualdade de condições e oportunidades, decorrente de diferenças sociais, raciais, sexuais, religiosas, econômicas, culturais ou políticas. A discriminação tenta aplinar as montanhas e nivelar os vales, transformar um e outro em mera planície. Não admite a diversidade ou o colorido, é monocromática e insípida.

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, aprovada pelas Nações Unidas em 1965 e ratificada pelo Brasil desde 1968 definiu discriminação racial no art. 1º como:

[...] qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais.

Já no preâmbulo, ficou assentado o fio condutor da Convenção de 1965 ao assegurar que qualquer “doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é

cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, inexistindo justificativa para a discriminação racial, em teoria ou prática, em lugar algum”.

Afirma Flávia Piovesan:<sup>15</sup>

Vale dizer, a discriminação abrange toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre desigualdade.

[...] a discriminação ocorre quando somos tratados iguais, em situações diferentes; e como diferentes, em situações iguais.

A discriminação, às vezes, aparece velada. Por exemplo, permite o acesso ao emprego, mas sempre num nível inferior àquele dado a outra pessoa da classe privilegiada. Impede à ascensão profissional.

Caso típico de discriminação racial camuflada ocorre quando um afrodescendente é admitido como amigo da família branca, mas é proibido de se relacionar afetivamente com a filha do casal racista.

Flávia Piovesan destaca duas estratégias para enfrentar a problemática da discriminação: “a) a estratégia repressivo-punitiva (que tem por objetivo punir, proibir e eliminar a discriminação); b) a estratégia promocional (que tem por objetivo promover, fomentar e avançar a igualdade”.

As medidas repressivo-punitivas têm a pretensão de repressão e prevenção. Punir a discriminação existente, por meio de atos infra-constitucionais, tipificando criminalmente condutas discriminatórias, bem como tem o caráter de prevenção geral, evitando novos atentados à dignidade, por meio da discriminação racial. “O combate à discriminação é medida fundamental para que se garanta o pleno exercício dos direitos civis e políticos, como também dos direitos sociais, econômicos e culturais”<sup>16</sup>. Ou seja, é necessário que a dignidade saia do campo filosófico e doutrinário e obtenha concretude no combate à discriminação e que essas ações normativas, judicantes e executivas sejam eficazes tanto para reprimir a discriminação que já existe, como para prevenir as gerações futuras de atos discriminatórios, sob pena de se tornarem inócuas, obsoletas e letra morta.

Um direito para se travar guerras filosóficas nas academias, mas que não faz parte do dia-a-dia nas ruas, escolas, favelas, fábricas, hospitais, não é direito, é utopia.

Rudolf Von Ihering<sup>17</sup> já afirmava:

O direito concreto não recebe somente a vida e a força do direito abstrato, mas devolve-lhas por sua vez.

A essência do direito é a realização prática.

Uma regra do direito que jamais foi realizada ou que deixou

de o ser, não merece mais este nome, transformou-se numa rodagem inerte que não faz mais trabalho algum no mecanismo do direito e que se pode retirar sem que disso resulte menor transformação.

A estratégia promocional revela-se em políticas públicas compensatórias (discriminação positiva) que incrementem o desenvolvimento sócio-econômico dos afrodescendentes que estejam em condições desiguais com os brancos, permitindo, com o tempo, um nivelamento de oportunidades, com uma conseqüente melhor distribuição de renda.

As políticas públicas devem associar as estratégias de repressão e promoção concomitantemente para atingirem os dois pontos nevrálgicos da discriminação: o problema da distribuição e do reconhecimento.

### **5.1 Discriminação de Fato e Discriminação Indireta**

A discriminação de fato ocorre quando uma norma válida fere o princípio da isonomia quando de sua aplicação concreta. Há uma discriminação velada e travestida de legalidade.

É possível aferir se há discriminação de fato através de dados estatísticos, por exemplo, quando fica comprovado que o percentual de negros reprovados em testes orais em determinado concurso público é proporcionalmente muito superior ao de candidatos brancos; o percentual de negros escolhidos para ocupar cargos de chefia é extremamente menor que de brancos, bem como para ocupar a presidência dos tribunais de segunda instância e superiores.

Defende Daniel Sarmento<sup>18</sup> que para combater a discriminação de fato

[...] deve ser estimulada a cultura de análise empírica, inclusive estatística sobre a forma de aplicação de normas aparentemente neutras do ponto de vista étnico-racial, mas que são freqüentemente empregadas de forma não-igualitária, em desfavor dos negros. Os resultados obtidos nestas coletas de dados possibilitarão, em muitos casos não apenas a punição dos culpados e a reparação dos danos materiais e morais infligidos às vítimas das discriminações, como também a reformulação das normas utilizadas, de forma a minimizar os riscos de aplicações que violem o direito à igualdade dos afrodescendentes.

A discriminação indireta, que está relacionada à teoria do impacto desproporcional também ocorre quando, concretamente em sua aplicação, leis válidas juridicamente ferem o princípio da igualdade em relação a certos grupos minoritários. A diferença reside em enquanto a norma válida na discriminação de fato pode ser aplicada corretamente sem mascarar uma discriminação de minorias, na discriminação indireta a tão-só aplicação da norma causa um impacto desproporcional quanto a estas minorias.



## 5.2 Discriminação Racial e Discriminação de Gênero

A discriminação é condicionada objetivamente pelo tempo e pelo espaço e subjetivamente é condicionada por fatores religiosos, culturais e psicológicos.

Nesse contexto, delimitamos nosso estudo à análise da discriminação racial contra o negro no Brasil na atualidade e como o sistema de cotas para negros nas universidades públicas, em sendo uma ação afirmativa, implementada pelo Estado, pode ser usada, em curto prazo, para minimizar seus efeitos e em longo prazo, para erradicá-los.

A discriminação racial ocorre quando há nos termos do art. 1º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial:

qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

Ao longo da história, muitas raças foram discriminadas por povos de raças que detinham o poderio cultural ou o poderio bélico e militar, na maioria das vezes apontando diferenças dos povos hostilizados para justificar privilégios, naturalmente, daqueles que promoviam a discriminação.

No Brasil, devido à colonização portuguesa (branca) e a utilização de mão-de-obra escrava, inicialmente indígena (frustrada) e predominantemente negra, por mais de três longos séculos (de 1530 a 1888), aliada à falta de políticas públicas para a inserção do afrodescendente no contexto sócio-político-econômico, após a abolição da escravidão negra em 13 de maio de 1888, faz com que o Brasil, a última nação da América a abolir a escravidão, tenha uma dívida histórica a resgatar para com o afrodescendente, uma dívida de 120 anos de omissão, se contarmos da abolição da escravidão até os dias atuais.

A discriminação de gênero é, nos termos do art. 1º da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher:

toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo, exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Muitas são as ações afirmativas promovidas pelo Estado para garantir a igualdade de acesso ao trabalho, à justiça, à participação política entre homens e mulheres, exterminando de uma vez por todas a discriminação de gênero.

É necessário que o Estado também atue positivamente para debelar a discriminação racial, por meio de ações afirmativas.

## 6 POLÍTICAS GOVERNAMENTAIS DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO

### 6.1 Conceito de Ação Afirmativa

As ações afirmativas são medidas editadas visando atender às necessidades de minorias não contempladas pelo sistema sócio-político-econômico dominante. Podem ter origem pública ou privada. São medidas de inclusão provisórias, as quais devem ser progressivamente excluídas ao passo que suas metas são atingidas, ou, ainda, devem ser substituídas por outras medidas menos drásticas, desde que eficazes na promoção da igualdade material. O fundamento jurídico das ações afirmativas é o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que comporta não somente o respeito à diversidade, mas a exclusão da dominação da maioria e o incremento de um desenvolvimento sustentável baseado na igualdade. Afinal, é necessário que o Brasil saiba e reconheça quem são os brasileiros, quem é o seu povo.

É preciso reescrever a história. Ao invés de contá-la sendo um país colonizado por brancos fidalgos e nobres que aqui encontraram selvagens necessitados de um Deus que os perdoasse por serem puros e respeitadores da natureza e os achando indolentes por não trabalharem pela mais valia e pelo ascendente liberalismo que dominava o centro do mundo, num mapa desenhado por europeus, os exterminaram e trouxeram estrangeiros negros africanos, objetos, como apregoava Aristóteles no livro Política, certamente lido pelos povos escravizadores, que acreditavam ou queriam fazer acreditar que “é óbvio, então, que uns são livres e outros escravos, por natureza, e que para estes a escravidão é não só adequada, mas também justa”<sup>19</sup>.

Se contarmos que para cá vieram banidos os brancos degredados, endividados, as prostitutas, os decadentes, a escória do século XVI da sociedade europeia e aqui encontraram os índios que viviam numa sociedade socialista, com organização sócio-política-econômica sustentável e que eram senhores da terra por direito e que tiveram seus homens, mulheres e crianças dizimados ou prostituídos. E, ainda, que para cá foram trazidos à força príncipes, princesas e líderes de nações negras africanas os quais trouxeram consigo sua cultura, dança, artes macias e língua e fizeram a nação prosperar em extensas propriedades de cana-de-açúcar, ou garimparam ouro de abarrotar o tesouro inglês. Um povo que aqui foi açoitado, escravizado, humilhado, prostituído, até perder sua dignidade e esquecer que eles construíram os alicerces do que o Brasil é hoje. Lembrando que um dos fatos mais bonitos da história brasileira foi a formação dos Quilombos, núcleos de resistência dos negros. Não é à-toa que a Constituição, art. 215, § 1º garante que “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”. É mais fácil, assim entendermos a necessidade das ações afirmativas.

Daniel Sarmiento<sup>20</sup> sintetiza:

Políticas de ação afirmativa são medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não, que visam promover a igualdade substancial, através da discriminação positiva

de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável e que sejam vítimas de discriminação e estigma social. Elas podem ter focos muito diversificados, como as mulheres, os portadores de deficiência, os indígenas ou os afrodescendentes, e incidir nos campos mais variados, como educação superior, acesso a empregos privados ou cargos públicos, reforço à representação política ou preferências na celebração de contratos.

## 6.2 Legitimidade das Políticas de Ação Afirmativa

A legitimidade envolve o assentimento do Povo e decorre do voto popular. Nem sempre o que é legal é legítimo, basta lembrar que o nazismo era legal. A legitimidade invoca o ideário de justiça.

As ações afirmativas, especialmente as cotas para negros nas universidades públicas devem, para ter sua legitimidade aferida, que atender ao trinômio necessidade-adequação-proporcionalidade estrita.

Segundo Luís Roberto Barroso<sup>21</sup> :

[...] a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e da c) proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão.

Pelo critério do princípio da adequação verifica-se que o sistema de cotas para negros nas universidades públicas é apto a reduzir a desigualdade material existente entre afrodescendentes e brancos, quanto ao acesso à educação de ensino superior e promover o pluralismo racial em todas as esferas da sociedade. A pergunta que deve ser feita é: a política pública de ação afirmativa de instituição de cotas nas universidades públicas para afrodescendentes autodeclarados, no cenário do constitucionalismo pós-moderno, assumido pelo Brasil, é uma medida capaz de promover a integração entre as raças? Para se perceber o impacto dessa pergunta, vamos refazê-la utilizando-nos de um outro exemplo: é adequada uma norma infraconstitucional que estabelece cotas para negros em escolas públicas da periferia ou num time de futebol? Parece-nos que a medida no primeiro questionamento é adequada, ao passo que na segunda situação é completamente descabida.

O segundo princípio elencado por Barroso trata da necessidade da medida adotada como discriminação positiva, ou seja, deve ser aferido se é possível obter os mesmos resultados por um meio menos gravoso a outros bens jurídicos relevantes.

O princípio da proporcionalidade estrita obriga que sejam sopesados os demais princípios que porventura estejam em jogo para se obter as melhores vantagens possíveis com menor sacrifício daqueles que irão suportar a medida. As políticas públicas de discriminação positiva devem se submeter ao crivo da proporcionalidade

estrita seja quando elaboradas no âmbito do legislativo, seja quando de sua aplicação pela Administração Pública ou quando for submetida ao controle do judiciário.

### 6.3 Constitucionalidade das Ações Afirmativas

As ações afirmativas foram largamente albergadas pela Constituição da República Federativa do Brasil e hoje contam com um largo espectro de normas infraconstitucionais para lhes dar concretude.

Na Constituição de 1998, as ações afirmativas estão contempladas no art. 3, incisos I, III e IV, segundo o qual a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, são objetivos fundamentais da República. Por sua vez o art. 4, inciso VIII, declara o repúdio ao terrorismo e ao racismo.

Conclui Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>22</sup>:

Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

- I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.
- II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo” – que não descansa no objeto – como critério diferencial.
- III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrimen* adotados que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.
- IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrimen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.
- V – A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrimens*, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.

### 6.4 Ações Afirmativas no Brasil: sistema de cotas

Em um país em que os afrodescendentes são 64% dos pobres e 69% dos indigentes (dados do IPEA), em que no índice de desenvolvimento humano geral (IDH, 2006) o país figura em 74º lugar, mas que, se referenciado apenas o elemento étnico-racial, o IDH relativo à população afrodescendente cai para 108ª posição.

No que tange ao trabalho, estudos realizados pelo Instituto Sindical Interamericano pela Igualdade Racial (INSPIR), em convênio com o DIEESE

(Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócio-Econômicos), indicam que o trabalhador afrodescendente convive mais intensamente com o desemprego, ocupa os postos de trabalho mais precários ou vulneráveis em relação aos não afrodescendentes, tem maior instabilidade no emprego e ocupa com mais frequência os cargos chamados “chão da fábrica” ou na base da produção. Também, apresentam, ainda, níveis inferiores de instrução comparativamente aos não afrodescendentes e têm uma jornada de trabalho maior do que a do trabalhador não afrodescendente.

Em julho de 2008, o Senado aprovou projeto que institui que 50% das vagas das escolas técnicas e de universidades federais sejam destinadas a alunos que fizeram todo o ensino médio em escola pública. Essas vagas deverão ser divididas seguindo a proporção de negros e indígenas, autodeclarados, do Estado em que a instituição estiver localizada.

Quanto à distribuição das vagas destinadas aos alunos da rede pública será estabelecida de acordo com o mais recente censo do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística).

Se não houver o preenchimento das vagas reservadas por negros ou indígenas, as vagas dentro da proporção de 50% poderão ser preenchidas por outros alunos que tenham feito o ensino médio em escola pública.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 declara que constituímos 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. O constituinte da nova ordem constitucional instalada em 1988 persegue, portanto, a igualdade material, como nota fundante da democracia, que tem como princípio maior a dignidade da pessoa humana.

O sistema de cotas para negros é um critério eleito pelo legislador ordinário para concretizar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, manifestado no aspecto que mais o revela que é a igualdade material, o qual encontra justificção em três aspectos: reparação por discriminação histórica, justiça distributiva e diversidade.

Sendo uma ação afirmativa é, portanto, de aplicação provisória, devendo ser paulatinamente excluída a partir do momento que o motivo ensejador de sua aplicação não mais exista, gerando uma evolução estrutural progressiva ou, ainda, possa ser substituída por outra medida menos drástica, desde que seja eficaz.

É uma medida de discriminação positiva proporcional que tem como discrimen o elemento raça negra, adequado e necessário ao fim que se deseja alcançar, ou seja, dar eficácia ao valor isonomia, amparado constitucionalmente.

O discrimen da cor negra, outrora usado para subjugar e excluir os afrodescendentes, com as ações afirmativas, particularmente o sistema de cotas nas universidades públicas, servirá para incluir o afrodescendente na condição de brasileiro detentor das mesmas oportunidades que seus irmãos de cor branca, amarela ou parda, condição esta que lhe é própria por direito. É o resgate de uma dívida histórica com uma raça trazida à força ao Brasil Colônia como mão-de-obra escrava.

Para se combater definitivamente o racismo são necessárias políticas públicas

que atinjam as duas faces da discriminação: a) o problema da distribuição e b) o problema do reconhecimento.

De fato, o sistema de cotas nas universidades públicas permite uma melhor distribuição do poder e da renda, uma vez que o grau superior de ensino permite o acesso a melhores postos de trabalho. Encontramos, particularmente, neste aspecto o elemento diversidade justificador do sistema de cotas, aliado aos elementos reparação histórica e justiça distributiva.

Alfim, concluímos que a discriminação racial do negro tem raízes históricas e que os afrodescendentes, hoje, constituem a grande parcela da população pobre e com menor grau de escolaridade, o que gera dois grandes problemas sociais que atrasam o crescimento do País de maneira uniforme e sustentável: 1) problema de distribuição de renda e 2) problema de reconhecimento. Acreditamos que o sistema de cotas para negros nas universidades públicas é uma das medidas de políticas públicas que se propõem a resgatar uma dívida histórica e promover o desenvolvimento progressivo do País, tem por escopo o supremo direito fundamental à dignidade da pessoa humana, sob o aspecto que lhe é mais relevante a igualdade substantiva ou material.

### Notas de fim

<sup>1</sup>2,4% DE VAGAS em universidades são de cotas. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 21 mai. 2008. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 31 out. 2008.

<sup>2</sup>FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada da Justiça. In: SARMENTO, Daniel et al (Org.) **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

<sup>3</sup>BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 163/173.

<sup>4</sup>Paulo Bonavides, op. cit., 1998, p. 163 a 165.

<sup>5</sup>MAZZUOLI. Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Internacional Público**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>6</sup>BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>7</sup>BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>8</sup>CAMARGO, Marcelo Novelino. O Conteúdo Jurídico da Dignidade da Pessoa Humana. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.) **Leituras Complementares de Constitucional**. Direitos Fundamentais. Salvador: JusPODIVM, 2006.

<sup>9</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

<sup>10</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

<sup>11</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

<sup>12</sup>SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>13</sup>MELLO. Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. Ed. 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>14</sup>MELLO. Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. Ed. 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>15</sup>PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. In: **CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE AÇÃO AFIRMATIVA E DIREITOS HUMANOS**, 2004. Rio de Janeiro.

<sup>16</sup>PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. In: **CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE AÇÃO AFIRMATIVA E DIREITOS HUMANOS**, 2004. Rio de Janeiro

<sup>17</sup>IHERING, Rudolf Von. **A LUTA PELO DIREITO**. Tradução de João Vasconcelos. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

<sup>18</sup>SARMENTO, Daniel. A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação “de facto”, Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.) **Leituras Complementares de Constitucional**. Direitos Fundamentais. Salvador: JusPODIVM, 2006.

<sup>19</sup>ARISTÓTELES. **Política**. Traduzido por Antônio Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes.

<sup>20</sup>SARMENTO, Daniel. A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação “de facto”, Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.) **Leituras Complementares de Constitucional**. Direitos Fundamentais. Salvador: JusPODIVM, 2006.

<sup>21</sup>BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>22</sup>MELLO. Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. Ed. 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

## REFERÊNCIAS

BARROSO. Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 1998.

SARMENTO, Daniel. A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação. In CAMARGO, Marcelo Novelino (Org). **Leituras Complementares de Constitucional**: direitos fundamentais. Salvador: Podivm. 2006.

GALLUPO, Marcelo. **Igualdade e diferença**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos

EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HERKENHOFF, João Batista. **Movimentos Sociais e Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

IHERING, Rudolf von. **A Luta pelo Direito**. Trad. João Vasconcelos. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

IPEA. **Radar social**. 2008. Disponível em: <[www.ipea.gov.br/Destaques/livroradar.htm](http://www.ipea.gov.br/Destaques/livroradar.htm)>

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. **3ª Edição. 13ª Tiragem** São Paulo.. Editora Malheiros, 2005.

IPEA. Negros passarão a ser maioria. **A Tribuna Online**. Criciúma, 14 mai. 2008. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 31 out. 2008.

PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. *In Conferência internacional sobre ação afirmativa e direitos humanos*. Rio de Janeiro: 2004.

PNUD; DEPLAR. **Atlas racial brasileiro**. Disponível em: <[http://www.pnud.org.br/publicações/atlas\\_racial/index.php](http://www.pnud.org.br/publicações/atlas_racial/index.php)>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

IPEA. 2,4% DE VAGAS em universidades são de cotas. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 21 mai. 2008. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 31 out. 2008.



## O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO EFETIVIDADE DA SEGURANÇA JURÍDICA

**Francisca Narjana de Almeida Brasil**

Aluna do Curso de Especialização em Direito Constitucional  
da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará

### RESUMO

O presente trabalho tem como fito traçar linhas acerca da interligação existente na ingerência do princípio da proibição do retrocesso social no ordenamento jurídico, como corolário de segurança jurídica na efetivação dos direitos fundamentais, inerentes à pessoa humana. Buscando compreender que, com o princípio implícito da proibição do retrocesso, haverá uma maior interferência na efetiva estabilidade constitucional em face dos direitos sociais. Evitando, outrossim, que a ordem jurídica sofra insegurança reformistas, por vezes necessárias, em âmbito constitucional e infraconstitucional. Este seria o papel do princípio do retrocesso social, como mola mestra na condução da estabilidade dos direitos fundamentais que asseguram a dignidade da pessoa humana como um todo e por consequência a efetividade da segurança jurídica no Estado de Direito.

### 1 A Segurança Jurídica

O princípio da proibição do retrocesso social se efetiva na dignidade da pessoa humana, fundamentando-se na garantia da eficácia da segurança jurídica.

O termo “segurança jurídica”, etimologicamente, tem origem no latim e significa: Segurança - se cura, ocupar-se de si mesmo; e Jurídico - juridicu, é o direito dito. Em termos gramaticais, poder-se-ia conceituá-lo como ter a autoconfiança no direito que está dito. Como aspiração social e humana encontra respaldo na certeza e garantia da efetividade e eficácia do direito fundamental, ou seja, a garantia da estabilidade jurídica.

A estabilidade diferencia-se da imutabilidade na medida em que esta representa algo imodificável e perpétuo, enquanto aquela significa uma segurança no que está posto, passível de modificação por uma via rigorosa, caso preenchidos os requisitos para tanto, ou seja, a estabilidade é uma segurança que por vias rigorosas poderá ser flexibilizada em casos específicos, pondo-lhe em segurança não só pela permanência, mas pela possibilidade de modificação quando necessário e plausível perante as condições sociais contemporâneas.

Assim, dentre os diversos focos, centra-se a segurança jurídica primordialmente na proteção da pessoa humana e contra medidas jurídicas, legislativas e administrativas que retrocedam as garantias sociais progressivas. Tais medidas, que pudessem representar um retrocesso naquilo já foi conquistado, tornariam as relações fragilizadas. Somente com a segurança jurídica demonstrada com a proibição do retrocesso, tais relações não se fragilizariam.

A segurança jurídica, como corolário de estabilidade e como princípio fundamental, abrange em suas várias manifestações, uma proteção à pessoa contra atos de violação de seus direitos fundamentais, esta é a confiança de que efetivamente estes direitos terão eficácia, apesar de flexibilizados pela ingerência reformista das

Constituições, assegurados pela essencialidade da dignidade da pessoa humana, conforme lições de Flávia Piovesan:

"A dignidade da pessoa humana, vê-se assim, está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora "as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro".

Como anteriormente exposto, a imutabilidade diferencia-se, *prima facie*, da estabilidade, pelo seu caráter material, concreto, de modificabilidade, em um, essa modificação é impossível, noutro, tal modificação, apesar de complexa, é possível, o que pressupõe uma flexível, paradoxalmente rígida, forma de segurança jurídica frente à evolução e modificação do Estado de Direito.

Esta modificação, como evolução, longe de trazer insegurança ao direito, corrobora com a sua real eficácia e efetividade, pois que é tratada como uma verdadeira evolução social do que está em pleno desenvolvimento, eis o destaque do princípio da segurança jurídica na reforma constitucional.

Noutro sentido, a disponibilidade plena dos direitos pelo Estado transformaria esta segurança em um instrumento do mesmo, pelo que a reforma constitucional há de obedecer à estabilidade, e não imutabilidade ou total flexibilidade, na garantia do Estado de Direito. Flávia Piovesan assevera o verdadeiro sentido de segurança jurídica como proteção aos direitos sociais:

O movimento de esfacelamento de direitos sociais simboliza uma flagrante violação à ordem constitucional, que inclui dentre suas cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais. Na qualidade de direitos constitucionais fundamentais, os direitos sociais são direitos intangíveis e irredutíveis, sendo providos da garantia da suprema rigidez, o que torna inconstitucional qualquer ato que tenda a restringi-los ou aboli-los.

Por fim, assegura-se que a estabilidade decorre da segurança jurídica como forma de garantia plena dos direitos fundamentais da pessoa humana e proibição do retrocesso social.

Ingo Wolfgang Sarlet define a dignidade da pessoa humana como sendo

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua

participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos [...].

Isso implica dizer que a segurança dos direitos fundamentais pelas Constituições é condição *sine qua non* para a promoção da dignidade da pessoa humana, pois não se trata de uma disponibilização de direitos pelo Estado, mas de fundamentos inerentes ao ser humano, que são garantidos pelo Estado através da segurança jurídica que as Constituições propõem, quando baseadas no princípio da proibição do retrocesso social.

## 2 A Efetivação da Proibição do Retrocesso Social

A vedação do retrocesso social consagrado pelo direito adquirido, coisa julgada, ato jurídico perfeito, cláusulas pétreas, limitações constitucionais aos direitos sociais progressivos, dentre outros, ainda encontra limitações em atos do Poder Público como um todo, atos estes carentes de proteção jurídica, pois de outra monta revela um caráter eminentemente arriscado, com bem elucidou Ingo Wolfgang Sarlet :

A garantia de intangibilidade desse núcleo ou conteúdo essencial de matérias (nominadas de cláusulas pétreas), além de assegurar a identidade do Estado brasileiro e a prevalência dos princípios que fundamentam o regime democrático, especialmente o referido princípio da dignidade da pessoa humana, resguarda também a Carta Constitucional dos 'casuísmos da política e do absolutismo das maiorias parlamentares.

Esta vedação seria uma forma de evitar, por meio de uma proibição, que normas de cunho eminentemente social, em especial de cunho fundamental, sofram reduções ou supressões dos níveis de efetividade e eficácia, por meio de reformas constitucionais, legislativas e até mesmo administrativas, cuja garantia se dá com a efetiva estabilidade disposta pela segurança jurídica.

Cumprе ressaltar que o princípio da proibição do retrocesso social sofre um paradoxo no que Ingo Wolfgang Sarlet fala em seu texto de “Estado pós-social impregnado de contrastes e de complexidade da pós-modernidade”, entre adaptação às transformações sociais e a necessidade da segurança efetiva dos direitos sociais. O que de certa forma abarca a ideia de estabilidade não como imutabilidade, mas como uma racional, positiva e controlável mudança progressiva quando os anseios sociais requererem transformações, levando Ingo Wolfgang Sarlet a questionar o quão segura é a segurança social.

Ora, se se concentrar a ideia de estabilidade como diferente de imutabilidade, pode-se propor uma elementar resposta a este questionamento, pois o retrocesso social não é imune à transformação social, mas está assegurado pela certeza jurídica, cuja estabilidade não evitará mudanças progressivas ansiadas pelo contexto social, só garantirá que esta se proceda de forma justa e quando necessária este é o maior valor da segurança jurídica, pois não evitará mudanças sociais necessárias, mas garantirá

que elas só se procedam de forma justa e por método que permeie a estabilidade, do contrário, embarcaríamos num caos social, sendo que a segurança jurídica tem o papel de evitar que isso aconteça.

### **3 Aplicação Prática do Princípio da Proibição do Retrocesso Social**

No plano internacional, o princípio do retrocesso baseia todo o sistema jurídico brasileiro, tanto o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais como o Protocolo de San Salvador, consagra a progressividade como evolução na implantação dos direitos sociais, o que na prática significa que parâmetros mínimos seriam estipulados pelos tratados, cujas medidas são mantidas ou aprimoradas, nunca restritas, senão vejamos:

Tanto o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, quanto o Protocolo de San Salvador reconhecem que a progressividade implica a proibição ao retrocesso. Na prática, as medidas tomadas em prol dos direitos sociais devem ser mantidas e aprimoradas, nunca restringidas. O progresso se dará a partir de parâmetros mínimos estipulados por tratados internacionais. Esses parâmetros seriam elevados na medida em que os Estados-membros dessestratados publicassem leis e estabelecem políticas públicas que defendessem níveis cada vez mais altos de proteção na educação, na saúde, na moradia etc.

A progressividade da implantação dos direitos sociais deve ser observada como uma constante evolução e nunca um retrocesso, em outras linhas, evita até mesmo que normas ditas programáticas possam, implicitamente, violar tal princípio, isso porque elas abrem um espaço para implementação dos direitos sociais por meio de imposição de programas a serem implantados posteriormente.

A proibição do retrocesso pelos programas implementados no âmbito dos direitos sociais programáticos vincula tais quais os próprios direitos sociais, cuja maculação implicaria a própria violação dos direitos sociais protegidos pela segurança jurídica, ou seja, devem os programas impositivos a mesma obediência ao princípio do retrocesso quanto o direito efetivado pela norma programática. Neste sentido, defende Luís Roberto Barroso uma máxima aplicabilidade deste princípio, mesmo diante de uma norma programática:

O fato de uma regra constitucional contemplar determinado direito cujo exercício dependa de legislação integradora não a torna, só por isto, programática. Não há identidade possível entre a norma que confere ao trabalhador direito ao 'seguro desemprego' em caso de desemprego involuntário (CF, art. 7º, II) e a que estatui que a família tem especial proteção do Estado (CF, art. 226). No primeiro caso, existe um verdadeiro direito. Há uma prestação positiva a exigir-se, eventualmente, frustrada pelo legislador ordinário. No

segundo caso, faltando o Poder Público a um comportamento comissivo, nada lhe será exigível, senão que se abstenha de atos que impliquem na desproteção da família.

Assim como encontra respaldo nos pactos em direitos humanos, no plano internacional, o princípio norteador da segurança jurídica é chancelado pela doutrina e jurisprudência portuguesa e alemã, apesar da proteção expressa, como direito adquirido e até mesmo expectativa de direito.

Neste diapasão, no ordenamento jurídico pátrio, o infiltramento do princípio ora em debate encontra ingerências até mesmo em nossa Jurisprudência pátria:

**EMENTA: CIVIL E CONSTITUCIONAL. ENSINO PARTICULAR. DESCONTO DA MENSALIDADE. SEGUNDO FILHO. APLICAÇÃO AO ENSINO UNIVERSITÁRIO.** 1. O art. 24 do DL 3.200/41 foi concebido para beneficiar famílias de prole numerosa, garantindo o acesso de todos ao ensino. Repasse do custo às mensalidades (art. 205 da CF). Aplicação do texto ao ensino universitário (arts. 208, V, e 209, I, da CF). 2. O dispositivo em questão nada mais é do que uma conquista social da época e que não foi revogado ou derogado pela legislação ou Constituições supervenientes, pois nenhuma destas normas mostra-se incompatível ou regula inteiramente a matéria que tratava a lei anterior (art. 2º da LICC). Manteve-se íntegro no tempo, obediente ao princípio da proibição de retrocesso social defendido por J. J. Canotilho. (A.C. n.º 598193845). Apelo improvido". (Apelação Cível Nº 70004480182, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio dos Santos Caminha, Julgado em 15/05/2003).

"Ementa: **TRIBUTÁRIO. ENTIDADE DE ENSINO SEM FINS LUCRATIVOS. IMUNIDADE DO ART. 195, § 70, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ILEGITIMIDADE DA LEI 9732/98.** - Trata-se de apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social em face de sentença que concedeu a segurança, determinando que a autoridade indigitada coatora se abstenha de impor à Impetrante, entidade de assistência social, a cobrança da contribuição previdenciária com base nas alterações perpetradas pela Lei 9732/98. - O art. 195, §7º, da Constituição Federal, traz uma vedação à tributação que tem natureza jurídica de imunidade, sendo ainda norma de eficácia contida, que tem a normatividade necessária a sua imediata aplicação, podendo, contudo, ser condicionada por lei. - Ocorre que as limitações constitucionais ao poder de tributar, por força do art. 146, II, da Constituição Federal, devem ser

regulamentadas por lei complementar, e não por lei ordinária. - Ainda que a Lei 9732/98 tivesse natureza jurídica de lei complementar, padeceria de vício de inconstitucionalidade material, já que está restringindo imunidade conferida pelo constituinte originário. - Em razão do princípio da proibição do retrocesso, somente é lícito ao legislador a regulamentação do art. 195, § 7º, da Constituição Federal, para estabelecer condições para o gozo da imunidade, jamais no sentido de esvaziá-la. - A absoluta gratuidade das atividades das entidades filantrópicas não é e nem poderia ser requisito essencial à fruição do benefício em tela, a uma porque não está contido na Constituição, e a duas porque a lei complementar (art. 14, do Código Tributário Nacional) a ele não alude. - Sendo assim, afiguram-se ilegítimas as restrições previstas na Lei 9732/98, tendo a Impetrante direito líquido e certo a continuar imune ao pagamento da contribuição para a seguridade social, enquanto ostentar a qualidade de entidade beneficente de assistência social, nos termos da redação anterior do art. 55, da Lei 8212/91, que limita-se a repetir o previsto no art. 14, do Código Tributário Nacional, norma com eficácia passiva de lei complementar. - Recurso do Instituto Nacional do Seguro Social improvido e remessa necessária não conhecida". Origem: TRIBUNAL - SEGUNDA REGIÃO, Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 44015, Processo: 2002.02.01.028160-9 UF: RJ Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data Decisão: 30/09/2002 Documento: TRF200101955.

Estas divagações constatarem e proclamam o valor fundamental à proibição do retrocesso social, bem além do já consagrados conforme citado no texto (ato jurídico perfeito, coisa julgada, cláusulas pétreas, dentre outros).

Assim sendo, a inserção concreta do princípio do retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro admite a problemática da limitação legislativa em sua função primordial. Tal problemática revela-se superficial se entendermos o limite do legislador na eficácia jurídica, ou seja, estaria o legislador limitado por ele mesmo quando instaurada a ordem jurídica estável contra a redução de garantias fundamentais. Por ora, José Afonso da Silva entende como um direito subjetivo negativo em que o Estado tem o direito de se abster de atentar contra ele. Já para Canotilho, o principal expoente difusor de tal proibição:

A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de contra-revolução social ou da evolução reaccionária. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou

conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. Desta forma, e independentemente do problema fáctico da irreversibilidade das conquistas sociais (existem crises, situações econômicas difíceis, recessões econômicas), o princípio em análise justifica, pelo menos, a subtracção à livre e oportunística disposição do legislador, da diminuição de direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestação de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural.

Isto remonta à ideia da amplitude da proibição do retrocesso social, visto que a protecção não pode assumir carácter absoluto. Algumas posições defendem a relatividade de tal princípio. Para Vieira Andrade, não é regra geral para não ferir a autonomia legiferante, pois se fosse absoluto, os direitos sociais poderiam ferir o direito de defesa que podem ser restritos pelo legislador. Para Canotilho, a proibição só encontra limitação no núcleo já realizado, em direitos sociais impostos.

### Considerações Finais

Desta monta, a relativização do princípio limitar-se-ia à dignidade da pessoa humana, por ser este pressuposto básico das elementares regras de direito fundamental, ou seja, a supressão dos direitos fundamentais, quando invadem a essência primordial da pessoa humana, como núcleo essencial dos direitos sociais (violação do mínimo existente social) encontrará óbice na proibição do retrocesso e neste contexto não se pode falar em relativização do princípio.

O reconhecimento do princípio da proibição do retrocesso social não importa a violação da função legislativa em sua real atuação, do contrário, evita que sejam negadas as próprias limitações impostas pelo legislador, como forma de garantir a própria segurança jurídica.

Segurança calcada na estabilidade de suas normas, mutáveis e flexíveis quando inseridas na evolução e transformação social, mas nunca passível de respaldo como violador do essencial à pessoa humana. Sendo assim, a dignidade da pessoa humana deve ser vista como nata em cada sociedade e garantida por normas fundamentais, cujas amplitudes poderão sofrer flexibilizações apesar de estáveis, mas nunca a essência da própria dignidade humana.

### Referências

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo, Francisco Gérson Marques e Fayga Silveira Bedê (coordenadores). **Constituição e Democracia**, estudos em homenagem ao professor J.J. Gomes Canotilho, Proibição do Retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível, Ingo Wolfgang Sarlet: Malheiros Editores.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 493.

**Diário de Natal online**. Pactos Internacionais Sobre os Direitos Humanos. Disponível em <<http://diario.de.natal.dn.online.com.br/site/materia.>> Acesso em: 26 de fevereiro de 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.



## A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS REFERENTES AOS DIREITOS SOCIAIS

**Lorena Aragão Correia**

Aluna do curso de Especialização em Direito Constitucional da ESMEC

### RESUMO

A temática dos direitos fundamentais sempre foi analisada e difundida no direito pátrio, mas, recentemente, uma categoria desses direitos vem ganhando destaque, constando, rotineiramente, nas disputas judiciais em que figura o Estado. Tratam-se dos direitos sociais, caracterizados por direitos positivos, os quais, para sua plena efetivação, carecem de prestações estatais. E, nesse contexto, referente à aplicabilidade prática, surgem as questões mais tormentosas, como a existência de um direito subjetivo à prestação social e a possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas desempenhadas para efetivar esses direitos. Objetiva-se, com este estudo, deslindar as questões apresentadas, além de analisar a participação dos Poderes Legislativo e Executivo na consecução das políticas públicas, a vinculação desses às determinações constitucionais e a efetivação das normas programáticas que elencam direitos sociais. Pretende-se, ainda, analisar as teses do mínimo existencial e da reserva do possível aplicadas ao controle jurisdicional das políticas públicas.

**Palavras-chave:** Direitos sociais. Efetivação da Constituição. Políticas públicas. Controle jurisdicional.

### 1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é realizar um estudo acerca da efetivação das normas constitucionais, mais especificamente, daquelas que elencam os direitos sociais. Trata-se de um tema relativamente novo, estando ainda em estágio de maturação nos tribunais superiores, mas de conteúdo amplamente significativo, ao passo que apto ao deslinde de questões práticas de notável relevância na vida dos administrados.

Os direitos sociais são direitos fundamentais voltados para as questões sociais, normalmente previstos em normas programáticas, cuja principal finalidade é alcançar a hipossuficiência, promovendo àqueles que carecem da atuação estatal prestações capazes de lhes conferir o indispensável a uma vida digna. Referidos direitos, como se percebe da própria definição, guardam íntima relação com os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, tendo como sujeitos passivos prioritários a parcela carente da população.

Entre os direitos sociais, elencados nos artigos 6º ao 11º da Constituição Federal, ressalte-se o direito à saúde, à educação, à previdência e à moradia, que são mais comumente citados. Mas, o que se discute neste trabalho é, exatamente, a efetivação desses direitos. Não basta aos anseios sociais a mera previsão constitucional, mas a prestação real do serviço, a atuação fática do Estado, sendo necessário, para tanto, uma ação conjunta dos Poderes Legislativo e Executivo, aquele responsável por uma atividade intermediadora, que especificará as normas constitucionais, e a esse cabendo a efetivação prática desses direitos, o que, via de regra, é feito por meio de políticas públicas.

## 2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ciência do Direito reserva especial atenção aos direitos fundamentais, seja porque refletem na esfera intangível do particular, resultando obrigação negativa, seja porque implicam obrigações positivas, com fim de dar-lhes eficácia. Todavia, é fato que a análise dos direitos fundamentais sempre está presente quando se trata de questões constitucionais, razão pela qual não se prescinde de um rápido enfoque sobre o tema, abrangendo evolução histórica, conceito, classificação e eficácia dos direitos fundamentais.

### 2.1 Evolução histórica, conceito e classificação dos direitos fundamentais

A evolução histórica dos direitos fundamentais foi um difícil processo de conscientização humana, no qual se fez necessário inculcar na cultura social a noção de igualdade entre os homens, ideia de que, simplesmente, por terem a mesma natureza, os seres humanos mereciam tratamentos isonômicos, sendo a princípio, todos considerados iguais.

Imagine-se, então, quantos empecilhos foram postos a essa evolução, principalmente, nas épocas em que perduraram os poderes tiranos e os regimes escravocratas, nos quais seres humanos, em razão de pertencerem a classe determinada ou em razão da raça, não eram entendidos como tais, mas simples mercadorias de compra e venda ou troca.

Remontam ao mundo antigo os pilares básicos nos quais se ergueria a teoria dos direitos fundamentais. Dessa época histórica, compreendida desde a invenção da escrita até a queda do Império Romano do Ocidente, herdamos os valores religiosos e filosóficos cultivados naquelas sociedades, que, mais tarde, viriam dar fundamentação ao jusnaturalismo, momento em que se concebe a existência de princípios metafísicos, derivando da própria natureza humana o direito à igualdade.

Dentre as contribuições oriundas do pensamento antigo, é inegável que o aspecto religioso assume grande relevância. No período axial da história, datado do século VII ao século II a.C., sob influência da racionalização religiosa e do culto monoteísta, bem como das primeiras escolas de filosofia criadas na Grécia, surgem valores como a liberdade e a igualdade humana, atrelados ao ensinamento do Antigo Testamento de que o homem é o ponto culminante da criação divina, sendo todo ser humano igual perante às leis de Deus (COMPARATO, 2004, p.11).

Superada a época antiga, faz-se necessário mencionar uma fase intermediária, anterior ao momento de constitucionalização desses direitos, quando merecem destaque a concepção jusnaturalista, que teve seu ápice na Idade Média (jusnaturalismo teológico) e nos séculos XVII e XVIII (jusnaturalismo racionalista), através de alguns pensadores, como Tomás de Aquino, Edward Coke e John Locke.

As ideias desenvolvidas por esses pensadores, sem desconsiderar que houve outras contribuições igualmente relevantes, foram significativas para a inclusão desses direitos no bojo constitucional, positivando-os, o que ocorreu no final do século XVIII.

Do cristianismo, difundido por São Tomás de Aquino, a título de síntese, extrai-se a pregação da igualdade dos homens perante a Deus, tomando por base sua orientação cristã, além de dispor sobre o valor da dignidade da pessoa humana, por esse adjetivado como imprescindível. Demais disso, São Tomás de Aquino preconizou a existência de duas ordens, o direito natural e o direito positivo, sendo aquele uma

expressão própria do homem, enquanto esse teria cabimento quando da inobservância do direito natural por parte dos governantes, fundamentando até mesmo o direito de resistência.

Edward Coke, que desempenhou as funções de juiz e de parlamentar, foi o inspirador da tríade vida, liberdade e propriedade, essência do pensamento individualista burguês, além de ter defendido a existência do *fundamental rights* dos cidadãos ingleses que abrangia, primordialmente, o direito de propriedade e a defesa da liberdade pessoal, coibindo as prisões arbitrárias.

John Locke, baseado na teoria do contrato social, a qual pondera que aos homens cabe a organização do Estado e da sociedade conforme a razão que lhes determina, aduziu que os direitos fundamentais eram oponíveis ao Estado, desde que aqueles que o fizessem fossem proprietários, vocábulo com igual significação a cidadão, conforme citado doutrinador.

Essas concepções acerca da liberdade individual, da igualdade humana e do contratualismo acabaram por influenciar a sociedade europeia que, sob o primado da razão e do conhecimento, passou a rejeitar grande parte das ideias e crenças de seus antepassados, o que resultou numa sociedade mais esclarecida, que optou pela expansão do conhecimento.

Neste contexto evolucionista do saber, não mais havia lugar para as ideias de desigualdade, de supremacia de uma classe sobre outra. Com o iluminismo, houve uma revolução de cultura e racionalismo. Nessa época fértil do conhecimento, teve lugar o constitucionalismo, onde foi construído o reconhecimento de direitos de liberdade aos indivíduos, que ensejaria obrigações negativas por parte do Estado, que os teria que observar.

Para melhor compreender o período constitucionalista, faz-se necessário ter em mente os documentos mais relevantes elaborados à época, sendo indispensável conhecer um pouco sobre a *Magna Charta Libertatum*, as Declarações de Direitos nos Estados Unidos e as Declarações de Direitos Francesas.

Quanto à primeira, também conhecida como Magna Carta de João Sem-Terra, datada de 1215, há que se reconhecer seu caráter pactual, tendo sido, na verdade, um documento através do qual o rei inglês concedeu aos nobres e ao clero determinados direitos ali avançados, obstando que essas garantias alcançassem a população. Todavia, embora tenha esse cunho estratificado, o referido documento foi de fundamental importância ao constitucionalismo, ao passo que referenciou alguns direitos clássicos, como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade.

Convém firmar, ainda, que contemporâneos à *Magna Charta* temos as cartas de franquias e os forais outorgados pelas coroas espanholas e portuguesas. Adverte, porém, Ingo Sarlet (2006, p.49) que:

Desde já há que descartar o caráter de autênticos direitos fundamentais desses 'direitos' e privilégios reconhecidos na época medieval, uma vez que outorgados pela autoridade real num contexto social e econômico marcado pela desigualdade, cuidando-se mais, propriamente, de direitos de cunho estamental, atribuídos a certas castas nas quais se estratificava a sociedade medieval, alijando grande parcela da população do seu gozo.

Já no século XVII, o povo inglês, que havia sido tolhido das concessões feitas na *Magna Charta*, presenciou várias declarações de direitos, agora não mais na condição de expectadores, mas na de efetivos participantes, já que citadas declarações, além da ampliação de conteúdo, também foram extensivas quanto à titularidade dos direitos que declaravam, estendendo-os aos cidadãos ingleses na sua totalidade.

Porém, as declarações de direitos inglesas, como a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689, não podem ser considerados como o nascedouro dos direitos fundamentais, ao passo que lhes faltava a vinculação ao Parlamento, embora fossem limitativos quanto ao poder monárquico.

O marco do nascimento dos direitos fundamentais só viria a acontecer no século XVIII, no qual a humanidade conheceu a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, que marca a independência das 13 colônias americanas, e a Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão, que data de 1789, apogeu da revolução francesa.

A Declaração de Direitos da Virgínia, sob forte influência das declarações inglesas, conforme preconiza Ingo Sarlet (2006), foi qualificada pela universalidade e supremacia dos direitos naturais, vinculando todos os poderes públicos, tendo os direitos naturais sido positivados como direitos fundamentais constitucionais.

Quanto à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aduz-se que sua origem foi a Revolução Francesa, donde resultou a ruptura com o Antigo Regime e o nascimento da ordem burguesa, além de considerável influência por parte do Iluminismo e da Declaração de Direitos da Virgínia. Assim como essa, a Declaração Francesa não mais se pautou em critérios estamentários, mas sim pelo generalismo, sendo o seu conteúdo extensivo a todo o povo francês, em obediência ao lema revolucionário igualdade, liberdade e fraternidade.

Embora com peculiaridades próprias, as Declarações de Direitos dos Estados Unidos, onde a independência das treze colônias fez surgir a necessidade de uma nova ordem constitucional, e da França, onde houve todo um processo revolucionário que culminou na respectiva declaração, que era uma aspiração universal e abstrata, com maior conteúdo democrático e social, constituem o marco do surgimento dos direitos fundamentais.

Como antecedente mais próximo, convém citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, trazendo em seu bojo toda essa carga evolutiva, aqui, brevemente, citada. Assim, após séculos de evolução no que tange aos direitos fundamentais, consagrou-se que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, comprovando-se a superação de todos os obstáculos postos à positivação dessa igualdade, que é inerente à própria natureza humana.

No período atual, considerando a inserção do século XX, pode-se dizer que se trata de uma era de constitucionalismo e positivação desses direitos, tendo havido uma proliferação de documentos relativos à consagração de direitos diversos, tal como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, acima elencada. Nesse aspecto, faz-se importante observar que dessa proliferação podem advir consequências malévolas, tal como preceitua André Ramos Tavares (2006, p.397):

Nesse contexto é que se fala de uma inflação, ou selva, como observa KLAUS STERN, de textos internacionais tutelares dos direitos humanos, podendo chegar a provocar a

'desvalorização' desses importantes (ou verdadeiros) direitos fundamentais, como procura advertir MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. (grifos originais)

A título conceitual, tem-se que são direitos fundamentais aqueles considerados essenciais, intrínsecos a uma vida humana, sem os quais o fim da sociedade é o perecimento. Assim, para melhor definir os direitos fundamentais, é ainda necessário saber o que dá a característica de fundamentais a esses direitos. Para tanto, há os que propõem critérios formais e os que propõem critérios materiais.

Nesse sentido, para uns, os direitos fundamentais seriam os que se encontram positivados no texto constitucional, e para outros, é possível a existência de direitos fundamentais extraídos de normas constitucionais, mas que não se encontram, expressamente, inseridos naquele.

Porém, como bem observa Nagib de Melo Jorge (2009, p. 32):

Esses critérios, nada obstante, são meramente formais. Não há um critério material suficiente e definitivo para se estabelecer o que sejam e quais sejam os direitos fundamentais. O mais perto que se chegou disso foi por meio da dignidade da pessoa humana. De acordo com esse critério de distinção, os direitos fundamentais são todos aqueles constitucionalmente assegurados que visam a proteger, assegurar, implementar ou promover a dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana, portanto, apresenta-se como o fundamento de onde decorrem todos os outros direitos fundamentais. No entanto, trata-se de um conceito aberto, impossível de ser delimitado. O mesmo ocorre com os direitos fundamentais, de maneira que se torna praticamente impossível precisar os direitos fundamentais e as normas de direitos fundamentais existentes em dado ordenamento jurídico. Dessa forma, esses direitos decorrem de processo interpretativo, bem como da construção doutrinária e jurisprudencial.

Da mesma forma, Nagib de Melo Jorge (2009, p.34), citando Bobbio, dispõe que “[...] a definição de direitos fundamentais é sempre vaga e que os estudiosos do assunto só conseguem chegar a um razoável consenso acerca da matéria mediante o recurso a fórmulas bastante amplas ou até tautológicas.”

No que tange à classificação dos direitos fundamentais, valer-nos-emos do estudo proposto por Paulo Bonavides (1996), o qual aduz que esses direitos dividem-se em quatro gerações, ou dimensões, como tem apontado parte da doutrina, que serão, brevemente, explicitadas abaixo.

Os direitos fundamentais de primeira geração guardam íntima relação com a noção de liberdade, postulado primeiro do lema da Revolução Francesa. Esses direitos foram os primeiros a constarem em bojos constitucionais, remontando as declarações do século XVIII, correspondendo a direitos civis e políticos. Por fim, conste-se que referidos direitos são de defesa, cujos titulares são os próprios indivíduos, oponíveis ao Estado, fruto do pensamento liberal que adveio com o processo revolucionário, momento em que se fazia necessária a separação entre a sociedade e o Estado, quando aquela sempre buscava meios de se defender das arbitrariedades desse.

Os direitos fundamentais de segunda geração nascem no período da falência do Estado Liberal, quando o homem percebe que à sua sobrevivência não bastam a liberdade e a abstenção do Estado, sendo necessário algo a mais, que é a intervenção estatal em certos campos da vida humana. Nesse contexto do século XX, desfez-se o mito da liberdade plena, onde a atuação estatal cingia-se apenas à esfera da segurança, passando a abranger a saúde, a educação, a previdência, dentre outros, momento no qual nasceram os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos. Aduz Paulo Bonavides (1996, p.519), nesse sentido, que:

Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta a participação criativa e à valorização da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude.

Percebe-se, então, que esses direitos de segunda geração, em sua maioria, diferiam dos direitos de liberdade, ao passo que exigiam uma conduta estatal positiva, sendo por tal classificados como direitos prestacionais e não de defesa, como os primeiros. Essa distinção revela-se essencial ao deslinde das questões de aplicabilidade desses direitos, tema a ser discutido em item próprio.

Quanto aos direitos fundamentais de terceira geração, tem-se que esses estão assentados na noção de fraternidade e solidariedade e tem como destinatário o próprio gênero humano, alcançando nível superior de humanismo e de universalidade, razão pela qual recebem a nomenclatura de direitos difusos, marcando o final do século XX. Dentre esses direitos, pode-se elencar o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

Por fim, tem-se os direitos fundamentais de quarta geração, embora haja quem defenda a existência de uma quinta dimensão, que corresponde à última fase de institucionalização do Estado Social, que é a globalização dos direitos fundamentais. Aqui, deve-se entender globalização como maior difusão dos direitos fundamentais, como medida tendente a universalizá-los no campo institucional. Como exemplo, pode-se citar o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.

## **1.2 Da eficácia dos direitos fundamentais**

Discorrer acerca da eficácia dos direitos fundamentais significa tratar da aplicabilidade das normas que os preveem, se essas serão aplicadas de forma imediata, sem exigência de condição para tal, ou se serão aplicadas de forma mediata, onde se faz necessário o adimplemento de uma condição para a aplicabilidade.

Percebe-se, desde já, que a questão da eficácia é o coração de toda a teoria dos direitos fundamentais, posto que a essa cabe a implementação do especificado no texto constitucional, sendo somente através dessa que se passa do plano da positivação

teórica para o plano da aplicação prática. Ao revés, quando não é possível essa passagem descrita, temos que os direitos fundamentais passam a ser o que se convencionou chamar de letra morta, de mero direito posto numa folha de papel.

A fim de saber da eficácia de certo direito fundamental, é necessário que se atente para dois aspectos: a forma de posituação desse direito no texto constitucional e a função desse direito, ou seja, é indispensável que se saiba se referido direito é positivado por meio de uma norma constitucional de eficácia plena, contida ou limitada, conforme célebre classificação de José Afonso da Silva (2004), e que se saiba, ainda, se citado direito é de oposição ao Estado, de defesa, ou se tem cunho prestacional.

Para os fins deste estudo, que é saber da possibilidade do Poder Judiciário exercer controle sobre as políticas públicas, focar-se-á o estudo dos dois aspectos mencionados acima quanto aos direitos sociais os quais, previstos nos artigos sexto ao décimo primeiro do nosso atual texto constitucional, são implementados, via de regra, por meio dessas políticas.

No que tange à forma de posituação no texto constitucional, analisemos, primeiramente, as normas de eficácia plena. Essas normas, também denominadas de bastantes em si mesmas, são aquelas aptas a produzir seus efeitos, quando da entrada em vigor do texto constitucional, não havendo qualquer condicionante para tal, razão pela qual se caracteriza por ter aplicabilidade direta, imediata e integral. Quanto a essas normas, seu enunciado já está, suficientemente, claro e explicitado, sendo desnecessária a prática de um ato intermediário.

Quanto às normas de eficácia contida, pode-se dizer que essas têm aplicabilidade direta e imediata, distinguindo-se das de eficácia plena, unicamente, pela possibilidade de não ter aplicabilidade integral, ou seja, referidas normas também estão aptas a gerar efeitos, quando da entrada em vigor da Constituição, mas poderão sofrer algumas restrições por parte do poder público, seja porque o próprio texto constitucional assim previu, seja porque no enunciado da referida norma haja conceitos gerais de direito público que dão margem à prática de um ato intermediário. Percebe-se, então, que quando não haja esse ato intermediário, as normas de eficácia contida igualam-se às de eficácia plena no que tange aos seus efeitos, não podendo ser confundidas.

As normas constitucionais de eficácia limitada são caracterizadas quanto à eficácia como indiretas, mediatas e reduzidas, significando que, para que surtam os efeitos que delas se esperam faz-se necessário uma normatividade ulterior, ou seja, faz-se necessária a atividade mediadora do legislador.

Como exemplo deste tipo de norma constitucional, pode-se citar o tradicional direito à greve, previsto no artigo 37, inciso VII da Magna Carta, cujo texto constitucional condiciona o exercício desse direito às diretrizes de lei específica. Referida previsão constitucional, porém, foi alvo de inúmeros debates, tendo em vista que a inércia do Poder Legislativo não pode inviabilizar um direito constitucionalmente garantido.

Neste sentido, foram impetrados os Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará no intuito de assegurar o direito de greve de seus afiliados mesmo em face da omissão do Congresso Nacional em regulamentar a matéria.

Por fim, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em outubro de 2007,

declarou a omissão legislativa no tocante seu dever de editar lei regulamentando o exercício do direito de greve no setor público e, por maioria, decidiu que fosse aplicada, no que coubesse, a lei de greve vigente no setor privado (Lei nº 7.783/89), possibilitando, assim, o exercício por parte destes servidores de um direito constitucionalmente assegurado.

Referida decisão veio corroborar o entendimento de que a omissão legislativa não pode ser vista como um impeditivo à implementação de direitos constitucionalmente assegurados. E que cabe sim, em certos casos, ao Poder Judiciário assegurar tais direitos.

Há, ainda, as normas constitucionais programáticas, que, conforme José Afonso da Silva (2004) são espécies de norma de eficácia limitada, juntamente com as normas de princípios institutivos e organizatórios. O conteúdo de referidas normas não tem aplicabilidade imediata, ao passo que é constituído de planos e programas governamentais que devem ser implementados na busca da efetivação de determinado direito social, que é prestacional por excelência. Porém, conforme afirmado, essa implementação não ocorre de forma automática, com a simples entrada em vigor do texto constitucional, carecendo da coalizão de duas condições: a atividade mediadora do legislador e à norma a atividade política, que é a medida administrativa que, depois de satisfeita a condição técnica, dará norma a efetividade social.

Nesse diapasão, cumpre observar, com fim de maior compreensão acerca da eficácia, a função a ser exercida pelo direito fundamental. Conforme mencionado no início deste subtítulo, os direitos fundamentais, quanto à função, podem ser de defesa ou prestacionais.

No que concerne aos primeiros, tem-se efetivos direitos oponíveis ao Estado, que exigem desse uma atuação negativa, uma abstenção. Esses direitos constituem a esfera intangível do particular, na qual não se admite a intervenção estatal a fim de os reduzir, que configura real herança do Estado Liberal instaurado na época que seguiu a Revolução Francesa. Quanto a esse tipo de direito fundamental, que não exige qualquer atuação positiva do Estado para a sua implementação, vislumbra-se com facilidade a incidência da aplicabilidade imediata, ao passo que a simples vigência da Constituição que os traz em seu bojo é suficiente à plena eficácia.

Já quando se trata de direitos prestacionais, há que se observar que esses não se restringem a uma abstenção estatal, mas, ao revés dos direitos de defesa, exigem uma atuação positiva do Estado, com fim de concretizar disposições normativas postas na Constituição. Normalmente, esses direitos prestacionais são direitos fundamentais de segunda geração, ou direitos sociais, que, via de regra, são positivados no bojo constitucional por meio de normas programáticas. Logo, objetivando a posterior análise do controle jurisdicional das políticas públicas, que é o fim desse trabalho, ao falarmos de direitos prestacionais deve haver uma associação direta aos direitos sociais que, por sua vez, exigem associação com as normas programáticas, que são os meios pelos quais esses direitos prestacionais sociais são previstos na Constituição.

Assim, quanto à efetividade dos direitos sociais, tem-se que esses não têm aplicabilidade imediata, haja vista que é exigida uma atividade mediadora do legislador, que disciplinará como deverá ser desempenhado aquele plano programático posto na Constituição, além de uma atividade política, que significará a verdadeira concretização desses direitos.

Dessa forma, para a implementação desses direitos é necessário que o legislador atue, discriminando de que forma deve o Poder Executivo proporcionar a



fruição a esse direito por parte dos administrados, fazendo-o por meio de normas infraconstitucionais. Somente a partir da superação dessa atividade intermediária, é que poderá o Poder Executivo desenvolver as políticas públicas atinentes ao direito social pretendido, vindo dar efetividade à norma consagrada na Constituição.

Percebe-se, então, que o simples fato de um direito social prestacional constar na Constituição vigente não significa que este terá, sempre, aplicabilidade imediata. Entretanto, deve-se aqui frisar que a Constituição brasileira, em seu artigo 5º, § 1º, dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Ressalte-se, desde já, que o texto constitucional refere-se aos direitos fundamentais em geral, e não apenas aos individuais.

Na lição de Gilmar Mendes (2009, p. 286):

Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada. O art. 5º, §1º, da CF autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles.

Por outro lado, porém, isto não significa que todos os direitos fundamentais gerem, automaticamente, direitos concretos e definitivos. Há normas constitucionais que dispõem sobre direitos fundamentais que não são auto-aplicáveis. Normas que dispõem sobre direitos fundamentais sociais, como adverte citado autor, “[...] usualmente têm a sua plena eficácia condicionada a uma complementação pelo legislador”.

Complementando, dispõe Celso Bastos (*apud* MENDES, 2009, p. 287) que o princípio do §1º do art.5º da CF não terá aplicação quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos mínimos indispensáveis que lhe assegurem aplicabilidade, bem como nos casos em que a aplicação do direito pelo juiz infrinja competência reservada ao legislador, ou ainda, quando haja na Constituição previsão expressa de que a concretização do direito cabe ao legislador.

Nesse contexto, cabe uma indagação: quando não proceda o legislador à prática dessa atividade mediadora, quando se omita da função de criar normas infraconstitucionais que venham a complementar as disposições constitucionais acerca de direitos sociais, esses direitos padecerão de aplicabilidade, constando no texto constitucional como mero adendo ilustrativo? Em outras palavras, seria possível dar efetividade aos direitos fundamentais sociais previstos em normas programáticas quando o legislador se abstivesse de praticar a atividade mediadora?

Consubstanciando referida indagação num caso concreto, tem-se: um indivíduo que precise, com notória urgência, de uma internação em leito de unidade de terapia intensiva (UTI), não havendo lei específica a respeito desse tipo de internamento, também não constando qualquer especificação na Lei Orgânica de Saúde, padecerá esse direito social ante a inércia do legislador? Ficará esse indivíduo sem receber o tratamento que lhe é essencial em razão de não ter o legislador implementado

a condição necessária para efetividade da norma programática?

Caso seja afirmativa a resposta, pergunta-se: e a fundamentalidade do direito à saúde? A norma protetiva elencada no bojo constitucional não poderá alcançar essa situação, deixando perecer também outro valioso direito fundamental, que é o direito à vida?

Tem-se por desarrazoada a tese que aduz que frente à omissão do legislador nada pode ser feito, restando o indivíduo desprotegido e a Constituição sem qualquer eficácia. De pronto, não se poderia negar efetividade a preceito constitucional se a Constituição é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico inferior. Se assim fosse possível, restaria retirado todo o caráter de fundamentação da Carta Magna, padecendo o restante do ordenamento, que ficaria vazio de fundamento.

Assim, o ponto de vista de que, quando o legislador revele-se ausente na sua missão mediadora, prevalência tem o direito fundamental em liça, exatamente pelo caráter de fundamentalidade que o acompanha, de essencialidade frente à subsistência humana. Assim, por tratarem de direitos sociais é que não se pode admitir que as normas programáticas sejam qualificadas como promessas políticas, como planos governamentais que dependem, no seu todo, da discricionariedade administrativa para sua concretização. Logo, conclui-se que sendo o conteúdo da norma programática um direito social, pugna-se pela sua estrita observação, independente da edição de normas infraconstitucionais por parte do legislador, ao passo que se o contrário fosse admitido, estar-se-ia submetendo a vontade do Poder Constituinte Originário ao Poder Constituinte Derivado. Referida submissão careceria de fundamentação, haja vista que o Poder Constituinte Originário é inicial, autônomo, incondicionado, ilimitado e soberano, o que significa, em síntese, que não há nenhum outro poder a ele antecedente ou superior e que somente a ele cabe a escolha do que irá prevalecer no texto constitucional, não se submetendo a qualquer limitação jurídica ou condição formal ou material.

Dessa forma, tem-se que, em tese, as normas constitucionais que estabelecem direitos sociais necessitam, para sua implementação de norma constitucional regulamentadora. Porém, o cidadão não pode ficar à mercê do Poder Legislativo, esperando que este cumpra sua função de regulamentar direitos sociais previstos na Constituição Federal, tampouco do Poder Executivo, que muitas vezes não os implementa através de políticas públicas.

Portanto, nestes casos, não resta outra saída a não ser buscar guarida no Poder Judiciário no intuito deste assegurar e fazer cumprir as determinações constitucionais.

A título de ilustração, cabe a análise de um caso concreto. O Ministério Público Federal, juntamente com o Ministério Público do Estado do Ceará, ingressaram com uma Ação Civil Pública com pedido de liminar, contra a União, o Estado do Ceará e o Município de Sobral no sentido de que fosse garantida a transferência de todos os pacientes necessitados de tratamento em Unidade de Tratamento Intensivo (UTI) a hospitais públicos ou particulares com disponibilidade de leitos, bem como a instalação de novos leitos de UTI.

Neste caso, a União, o Estado do Ceará e o Município de Sobral foram condenados a garantir referidas transferências e promover a instalação de 30 (trinta) novos leitos de UTI, sendo 10 (dez) leitos de UTI adulto, 10 (dez) leitos de UTI infantil e 10 (dez) leitos de UTI neonatal, no prazo máximo de 90 (noventa) dias.

O juízo da 18ª Vara Federal de Sobral concedeu liminar nos termos acima

expostos e ainda fixou multa diária para cada réu no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em caso de descumprimento.

Contra esta decisão, a União interpôs recurso perante o Tribunal Regional Federal, que manteve a decisão nos exatos termos. Posteriormente, ingressou com Pedido de Suspensão de Liminar junto ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, que por sua vez entendeu cabível o pleito apenas no tocante à fixação da pena de multa no caso de atraso.

Assim, mesmo em face da omissão do administrador público, o Poder Judiciário garantiu o acesso às unidades de tratamento intensivo à população daquela região, tendo em vista que referida omissão estava a ferir gravemente um direito social previsto na Carta Maior.

## **2 POLÍTICAS PÚBLICAS E A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS**

Os direitos fundamentais sociais, conforme explicitado no capítulo antecedente, são previstos na Constituição Federal por meio de normas programáticas, que contêm planos e programas a serem observados pelo governo atuante, revelando o caráter dirigente empregado ao texto constitucional. No que tange à forma de imprimir aplicabilidade prática a esses direitos, surge o conceito de políticas públicas, tema que será delineado nesta seção, abrangendo conceito e formação, além da íntima relação que detêm com a eficácia dos direitos sociais.

### **2.1 Conceito e formação das políticas públicas**

É inegável a relação que há entre o direito e a política. O direito impõe a regulação a ser observada no âmbito político, as diretrizes jurídicas imprescindíveis para que se atue, politicamente, dentro dos parâmetros de licitude, enquanto a política influencia o direito por meio de suas decisões, provocando, por vezes, reações dos seus órgãos institucionais competentes.

Nesse contexto, no qual se verificam o encontro e a comunicação entre direito e política, ganha relevo a noção de políticas públicas, seja porque implementadas por meio de agentes políticos, consistindo na concreção da atividade governamental, seja porque submetidas a controle jurídico no que tange a sua eficácia, pontos que revelam a situação meridional que ocupa tal instituto.

As políticas públicas devem ser entendidas como instrumentos, como meios válidos à efetivação dos direitos fundamentais, notadamente os sociais, aos quais se cinge a análise deste artigo. Em outras palavras, pode-se dizer que as políticas públicas são os meios pelos quais age o governo, são os programas desenvolvidos sob a regência governamental, cujo fim maior é alcançar a concretização social das disposições constitucionais. Essa é a lição de Américo Bedê Júnior (2005, p. 47), ao dispor que “não é tarefa simples a de precisar um conceito de políticas públicas, mas, de um modo geral, a expressão pretende significar um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito”.

A formulação das referidas políticas impescinde de uma conjunção de atuações, fazendo-se necessária a participação do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Conforme verificado em capítulo antecedente, os direitos sociais estão, muitas vezes, salvaguardados no manto da Constituição Federal sob a forma de normas

programáticas, que endereçam aos poderes da federação o elenco dos direitos que devem ser observados, sem, contudo, dizer-lhes como. E é nesse momento, quando se busca dar efetividade às disposições constitucionais, que surgem as políticas públicas. Percebe-se, então, que essas não consistem numa atuação isolada do Poder Executivo, com conteúdo simplista de ação, tampouco se cingem a atuação mínima do Poder Legislativo, figurando apenas como comando, sendo, de fato, indispensável a atuação conjunta desses poderes.

Ao Poder Legislativo cabe a atividade mediadora, que virá explicitar como deve ser efetivado o direito posto, minudenciando os meandros que devem ser seguidos pelo administrador, por meio de uma normatização infraconstitucional. E ao Poder Executivo caberá a implementação prática dessas disposições, sempre em consonância com o que prega a lei e a Constituição Federal.

Nesse sentido, onde se verifica o crescente interesse pela temática política pública, percebe-se que houve uma transição dos “governos por leis” para os “governos por políticas”, significando uma evolução exigida pelo Estado Social, mas não uma exclusão daquelas frente a essas.

Convém ressaltar que o “*governo por políticas*”, plenamente viável no Estado Social, conforme explicitado acima, não está autorizado a descartar o “*governo por leis*”, havendo entre esses relação de mutualismo, de convivência dependente. É bem verdade que um governo realizado por políticas empresta ao Poder Executivo uma considerável dose de discricionariedade, cabendo ao administrador a escolha dos rumos a serem perseguidos pelas políticas públicas. Mas também, se faz clara a distinção que há entre discricionariedade e arbitrariedade, devendo aquela, sob pena de pairar na ilicitude, observar os ditames legais, circunstância em que surge o “*governo por leis*” e a conseqüente participação do Poder Legislativo.

É nesse contexto de relação interdependente, de harmonia entre os poderes Legislativo e Executivo, que desponta a noção de constituição dirigente, ideário fortemente sustentado por J. J. Canotilho (1994). Em apertada síntese, é qualificada por dirigente aquela constituição que enuncia programas a serem cumpridos, atribuindo funções aos Poderes Públicos, explicitando as diretrizes que devem ser seguidas pelo Estado, sem, contudo, especificar a forma, os meios que devem ser utilizados para alcançar essas metas postas. Logo, para a consecução das disposições constitucionais, faz-se indispensável a implementação pelos Poderes Públicos, que restam vinculados àquelas, onde caberá ao Poder Legislativo a atuação intermediadora, concretizada em norma infraconstitucional, e ao Poder Executivo a efetiva implementação dos preceitos constitucionais ora minudenciados pela atuação legislativa.

Atente-se, porém, para o ponto culminante dessa relação regida por uma constituição dirigente: a vinculação. Isso significa que, após a atuação do legislador, em ato contínuo, tem-se a atuação do administrador público que consiste, basicamente, em fazer escolhas. Todavia, pautando-se no qualificativo dirigente, não está autorizado o administrador a escolher conforme lhe aprouver, devendo ater-se àquilo que a Carta Magna predispôs como programa, como meta a ser atingida. Assim, ao contrário do que pensa o senso comum, a escolha do administrador não é absolutamente discricionária, mas relativamente, ao passo que deve se conformar com os fins postos ao Estado. Se o contrário fosse, estar-se-ia diante de um arbítrio, flagrantemente permeado pela ilegalidade.

Incumbe ratificar que, não só a participação do Poder Executivo é atrelada às predisposições constitucionais, sendo essa vinculação também extensível ao Poder

Legislativo, ao qual não basta, unicamente, especificar os regramentos constitucionais, mas fazê-los seguindo o ideário da Lei Maior. Essa observância condicionada deriva, exatamente, da supremacia da Constituição Federal, abrangendo tanto o aspecto material quanto o formal.

A formação das políticas públicas, no âmbito do que fora destinado à competência do Executivo, dá-se por meio de um processo composto por três fases: formação, execução e avaliação. Na primeira fase, o administrador irá se deparar com vários interesses não coincidentes, os seus postulantes defenderão a viabilidade técnica e material do implemento por políticas públicas desses interesses, momento em que se percebe conteúdo bastante valorativo desse processo.

Já na segunda fase, está superada a escolha, cabendo ao administrador a execução da política definida, que carecerá, conforme o caso concreto, de medidas nas áreas administrativa e orçamentária, como disponibilidade financeira, obrigatoriedade de licitar e proceder à contratação nos ditames do direito administrativo, necessidade de contratação de servidor e de desapropriação de bem particular, dentre outras.

Por fim, haverá a apreciação das políticas públicas realizadas, verificando-se se essas foram aptas a, de fato, concretizar os direitos sociais arrolados na Constituição Federal, surtindo os efeitos sociais que delas se esperavam.

Assim sendo, pode-se fechar um ciclo de raciocínio ao se transpor a noção de constituição dirigente para o processo de formação integral das políticas públicas, abrangendo desde a participação do Legislativo. O exercício da atividade mediadora do legislador, observando os preceitos constitucionais, ocorre num primeiro momento, vindo, tão somente, especificar as determinações constitucionais, evidenciar de que maneira executá-las, não sendo, todavia, óbice intransponível à atividade do Executivo, já que pode ser suprida face a fundamentalidade do direito em liça.

Num segundo momento, tem-se a participação do Executivo, que, por meio do administrador público, irá desencadear as etapas de formação das políticas públicas, sem não descuidar do posto na Lei Maior, notadamente no que concerne às fases de formação e execução, onde se percebe facilmente essa vinculação, de onde decorre, logicamente, a etapa de avaliação.

Assim, essa última corresponde ao controle incidente sobre as políticas públicas, que, ao contrário do pregado por muitos, não fere a discricionariedade confiada ao administrador público, haja vista que essa não é absoluta, não autorizando o administrador público a escolher o que consta na esfera do não proibido, mas tão somente no âmbito do permitido. Se assim não agir o administrador, com uma discricionariedade limitada pelas designações de uma constituição dirigente, esse incidirá, não num vício meritório, mas de pura ilegalidade.

Quanto às especificidades que norteiam o controle jurisdicional, bem como a aferição da sua viabilidade prática, serão temas abordados, em razão de constituírem o objeto maior desse estudo, em capítulo oportuno, logo após breve explanação acerca da eficácia dos direitos sociais, condição *sine qua non* a boa compreensão do tema.

## **2.2 Da eficácia dos direitos sociais**

Abordar a questão da eficácia dos direitos fundamentais sociais, em apertada síntese, consiste em responder uma única pergunta central: da assegução no texto constitucional de um direito fundamental de caráter social decorre direito subjetivo à

sua prestação? Em outras palavras, a previsão constitucional de um direito social concede ao indivíduo pretensão, exigibilidade frente ao Estado, que deveria ser prestador? Enfim, pode ou não o administrado dirigir-se ao Poder Judiciário e reclamar a atuação estatal quando a política pública não tenha atingido seu desiderato maior, a concretização do direito social?

A atualidade desse questionamento é inegável e decorre, em linhas proporcionais, do maior esclarecimento político que tem chegado às massas, propiciando entendimento acerca daquilo que é devido pelo Estado, não mais como assistencialismo de favor, mas como decorrência do exercício do *múnus publico*. Convém ainda aduzir que essa problemática constitucional advém também do triste cenário político vivenciado por todos, momento em que o Congresso Nacional parece ter virado palco de escândalos espetaculosos, insurgindo-se o povo contra o descaso parlamentar e executivo para com as suas necessidades mais prementes, tendo restado apenas socorrer-se à porta do Poder Judiciário.

Responder essa importante indagação exige que se parta de pressupostos básicos, de conhecimentos assentados, o que se leva a uma digressão breve acerca de direitos sociais, abrangendo a sua aplicabilidade e previsão formal no bojo constitucional.

Antes de tecer qualquer consideração, é fundamental consolidar que se considera os direitos sociais inseridos no âmbito dos direitos fundamentais, sendo estabelecida uma relação de espécie e gênero, embora se reconheça que exista posição diversa defendida.

José Afonso da Silva (2006, p.289-290) minudencia esse entendimento, explicando que os direitos sociais são:

Prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Assim, extrai-se do conceito acima exposto que os direitos sociais enquadram-se no rol dos direitos fundamentais prestacionais, ao qual se opõem os direitos fundamentais de defesa. Esses últimos não exigem atividade positiva do administrador, ao revés, constituem um círculo de intangibilidade, no qual não se permite o ingresso das ingerências do poder público, salvo quando ampliativas, quando tragam benesses. Esses direitos de oposição, como se convencionou chamar, correspondem aos direitos fundamentais de primeira geração, de conteúdo individualista, que protege o indivíduo frente aos arbítrios estatais. Em sentido contrário, atuam os direitos sociais. Esses são prestacionais por excelência, exigindo a participação ativa do Estado nas suas consecuições, também sendo chamados de direitos fundamentais de segunda geração.

Ainda a título de digressão, é válido citar que os direitos sociais são

comumente previstos na Constituição Federal por meio das normas programáticas, que, em suma, consistem em planos governamentais postos pelo Poder Constituinte Originário àqueles que irão compor a gestão estatal.

No que tange à eficácia desses direitos, há forte tendência de negar-lhes a consubstanciação num direito subjetivo à prestação estatal. Via de regra, o fundamento mais utilizado nesse sentido negatório é a reserva do possível, que significa limitação material à concretização de prestações sociais, ou seja, infinidade de necessidades, de direitos subjetivos, e escassez de recursos públicos.

Seria uma ingenuidade inaceitável defender que a efetivação dos direitos sociais em nada ter a ver com a questão orçamentária. Garantir a um particular um direito subjetivo significa dar-lhe meio de exigir a prestação daquele direito frente ao Estado, o que resultará, de forma inconteste, em dispêndios ao erário público, por mais diminuta que possa parecer essa garantia. Assim, admite-se aqui, de plano, que tratar de políticas públicas tem repercussão financeira, atingindo as matrizes orçamentárias do Estado, haja vista que os direitos prestacionais têm um custo. Porém, não se aceita que essa interferência em assuntos financeiros venha a inviabilizar, prontamente, a eficácia dos direitos sociais, sem que, sequer, se proponham meios conformadores.

Na realidade, embora muito se fale acerca de reserva do possível, a eficácia dos direitos sociais tem conexão direta com a dignidade da pessoa humana e com os valores relacionados à vida. É certo que existe dificuldade em conceituar dignidade da pessoa humana, até mesmo por se tratar de um princípio, e, como tal, bastante carregado de abstração, mas o senso comum é capaz de informar o que está contido dentro do referido conceito.

Percebe-se então, que os direitos sociais têm como fim proporcionar uma vida pautada no que se entende por dignidade da pessoa humana, não consistindo, de forma alguma, em capricho e utopia constitucionalistas, conforme insistem em pregar alguns. Dessa forma, não é possível reputar digna a vida de um particular se ele sequer tem acesso às prestações sociais garantidas pela Constituição Federal, sendo necessário, para tal, gozar de um padrão mínimo na esfera dos direitos sociais, como bem ensina Ingo Sarlet (2006).

Resta claro, assim, que as normas constitucionais exigem uma análise mais acurada, não sendo possível interpretá-las de forma isolada, como se não integrassem um todo, pugnando-se, aqui, pela interpretação sistemática da Constituição Federal, sob pena de se pairar frente a despropósitos que negam toda a ideia constitucionalista, como no caso em discussão, o que, infelizmente, alcança sérios prejuízos práticos.

Diante desse contexto, por ser reconhecido ao administrado um direito social, pautado na dignidade da pessoa humana, socorre-lhe a existência de um direito subjetivo a prestação, que poderá ser exercido, via ação judicial, no Poder Judiciário, conforme se demonstrará no capítulo subsequente.

### **3 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS REFERENTES AOS DIREITOS SOCIAIS**

Serão abordadas, neste capítulo, as questões que circundam o controle judicial das políticas públicas, umas atinentes à real impossibilidade e inconstitucionalidade de se impor controle às omissões do Poder Público, outras atestadoras da plena configuração do referido controle, que funcionaria, sim, como

meio efetivador da Constituição Federal. É nesse contexto dicotômico que serão expostas e avaliadas as teses do mínimo existencial e da reserva do possível, sem olvidar do princípio da separação dos poderes.

### 3.1 Mínimo existencial e direitos sociais

O mínimo existencial, tese desenvolvida amplamente pela doutrina alemã, significa elenco de necessidades básicas de que precisa o indivíduo para que desfrute de uma vida digna, de onde resulta que sem esse mínimo de prerrogativas a existência humana resta prejudicada, abalada no cerne da dignidade.

Entendendo mínimo existencial como padrão mínimo necessário à vida com dignidade, o que estaria albergado nesse entendimento de padrão mínimo? Ou seja, o que é, de fato, necessário para ter o indivíduo uma vida digna? A doutrina muito tem discutido acerca da abrangência do que se entende por mínimo existencial, buscando uma delimitação do seu conteúdo.

Alguns doutrinadores fixam que o mínimo existencial está atrelado à noção de mínimo vital, consistindo, na verdade, como o indispensável à sobrevivência, à existência, sem qualquer menção ao qualificativo da dignidade. Desde já, refuta-se esse posicionamento, por ser considerado conflitante às determinações constitucionais, haja vista que apregoa uma vida calcada na miséria, no simples existir, onde o Estado somente estaria comprometido com os direitos fundamentais de liberdade, que desse exigem apenas a abstenção, a não interferência na esfera intangível do indivíduo. Nesse contexto, seriam retiradas do Estado as obrigações referentes aos direitos sociais, eximindo-se dos deveres quanto à saúde, moradia, educação e previdência, por exemplo, o que viria a comprometer o próprio exercício da liberdade.

Outros doutrinadores, em posição contrária, com a qual se assente, entendem que a noção de mínimo existencial não pode ser desvinculada da noção de dignidade da pessoa humana, preservando-se não só o viver, mas viver dignamente. Esse é o entendimento de Ingo Sarlet (2006, p. 566) explicitado nos estudos feitos acerca dos direitos fundamentais em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres, onde preceitua que:

De qualquer modo, tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, neste sentido, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência. Registre-se, neste contexto, a lição de Heinrich Scholler, para quem a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada 'quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade'.

Com base nessa posição, ao Estado não cabe tão somente a abstenção, a garantia dos direitos de liberdade, devendo ir mais além, obrigando-se às prestações mínimas capazes de tornar a vida do indivíduo digna. Assim, no que tange à vida, por



exemplo, além do Estado obrigar-se a não cerceá-la, aspecto negativo, esse se obriga a dar condições de favorecimento à vida, implementando políticas que a garantam nos padrões de dignidade, aspecto positivo.

Caso contrário fosse, em se defendendo a equiparação do mínimo existencial ao mínimo vital, estar-se-ia regredindo, ao passo que o mundo retrocederia à época do Estado Liberal, antagônico do Estado Social Democrático de Direito, que surgiu logo após as grandes Revoluções Burguesas, onde o Estado não intervinha nas relações humanas, cuidando apenas das liberdades, o que o caracterizava como *absenteísta*. Convém lembrar, todavia, que a *miséria* foi o algoz do Estado Liberal, que não se preocupava com saúde, educação, previdência, dentre outros, tendo desembocado na ruína do ideário não intervencionista.

Ante a impossibilidade de se alongar nesse estudo acerca da abrangência da dignidade da pessoa humana, que, de fato, não consiste no objeto deste trabalho, adota-se a solução apresentada por Ana Carolina Lopes Olsen (2006, p. 344) em sua dissertação de mestrado, segundo a qual:

[...] basta ter em mente que, ainda que a definição de um mínimo existencial possa variar, é possível reconhecer que determinadas prestações materiais incumbidas ao Estado pelo constituinte são essenciais para a manutenção da vida humana com dignidade. Sempre que a vida humana, e a personificação do homem (em contraposição à idéia de *coisificação* do homem) estiverem em risco, poderá o intérprete aquilatar a presença do mínimo existencial.

Conforme já explicitado no capítulo antecedente, os direitos sociais pautam-se na dignidade da pessoa humana, ao passo que objetivam prestações que proporcionem uma vida digna, com fim de implementar igualdade entre os *hipossuficientes*. Percebe-se, então, certa identidade de substrato quando se fala do mínimo existencial, que, por ser o conjunto de necessidades básicas inerentes a uma vida digna, também tem seu conteúdo pautado na dignidade da pessoa humana.

Embora haja semelhança no que concerne ao fim almejado, há que se considerar que entre esses conceitos pesam distinções, havendo, nessa seara, teses que se *digladiam*, ao passo que alguns consideram o mínimo existencial como o núcleo essencial dos direitos sociais, o que pode acarretar dificuldades práticas quanto à efetividade, e outros que os entendem como elementos de uma relação direta interdependente, corrente a qual se filiam.

Ao Estado não cabe unicamente a prestação que corresponde ao mínimo existencial, podendo ir mais além, desde que disponha de recursos para a implementação de outras obrigações, que deverão ser menos essenciais que as primeiras. Formula-se, então, frase diversa: o Estado está obrigado, ao menos, ao mínimo existencial, e não somente a ele.

Voltemos aqui ao caso, anteriormente citado, em que a União, o Estado do Ceará e o Município de Sobral foram condenados a garantir a transferência de todos os pacientes necessitados de tratamento em Unidade de Tratamento Intensivo (UTI) a hospitais públicos ou particulares com disponibilidade de leitos, bem como a instalação de novos leitos de UTI em referido município.

O Município de Sobral, até então contava com apenas 9 (nove) leitos de

Unidade de Tratamento Intensivo (UTI) no Hospital Santa Casa de Misericórdia, que atende 1,6 milhão de habitantes, sendo que nenhum deles destinado à crianças.

Neste caso, estar-se-ia negando força normativa à Constituição dizer que o direito coletivo à saúde, previsto no art. 196 da Carta Magna, por ser um direito social consubstanciado em norma programática, necessita da atividade intermediadora do Poder Público, pelo fato de apenas indicar diretrizes a ser seguidas por este. Assim, em situações como esta, em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional, resta legitimada a atuação do Poder Judiciário. Nem mesmo a tese da reserva do possível, que será adiante examinada, pode ser invocada neste caso, tendo em vista que não garantir o acesso a leitos de UTI à população necessitada representa um atentado contra a dignidade da pessoa humana.

Para garantir o mínimo existencial, o Estado deverá atuar de forma positiva, pondo à disposição dos administrados prestações capazes de lhes dignificar a vida. Há várias formas de atingir esse desiderato, como a facilitação da comunicação, por meio de propagandas educativas, mas nesse espectro as políticas públicas assumem relevo. Normalmente, essas políticas servem de meio para a consecução dos direitos sociais, que proporciona a dignidade da pessoa humana, elemento reclamado pelo mínimo existencial. Porém, a prática das políticas públicas e, conseqüentemente, dos direitos sociais é obstaculizada pela tese da reserva do possível, objeto de análise da seção que segue.

### 3.2 Reserva do possível e controle jurisdicional

Tratar de efetivação de direitos sociais, de reconhecimento de direitos subjetivos aos particulares frente ao Estado, remete à noção de custos. É inegável que conferir a alguém um direito prestacional judicialmente oponível ao Estado implica dispêndio financeiro, inserindo-se nesse contexto a tese da reserva do possível.

Referida tese presta-se a ressaltar que há desproporcionalidade entre as necessidades e os recursos disponíveis para as atender, caracterizando, assim, a escassez de meios frente a volumosa gama de anseios. A partir dessa breve noção, percebe-se quão íntima é a relação entre os direitos sociais e a reserva do possível, ao passo que, em sendo esses direitos prestacionais por excelência, exigem, para sua efetivação, grande aporte financeiro.

Outro passo importante para compreender o vínculo entre os direitos sociais e a reserva do possível é ter assente que, face à escassez dos meios frente às inegáveis necessidades, caberá ao administrador público a escolha da prestação que será realizada, ou seja, a ele caberá escolher onde alocar o recurso público e em qual dimensão fazê-lo, momento em que se percebe quão real é o jargão que dispõe que governar é escolher. Assim, dispondo o Poder Público de receita, impõe-se ao chefe do Executivo determinar em que setor serão aplicadas aquelas divisas, podendo escolher, *a priori*, se as destinará à área da saúde, à área de pesquisa, à área de educação ou à área da publicidade governamental, por exemplo.

Ocorre que essas escolhas não são tão livres quanto se imagina, não sendo conferida ao administrador um amplo espectro de liberdade, ao passo que ao escolher deve restringir-se aos comandos normativos da Constituição, a implementar as disposições constitucionais. Nesse sentido, deve-se observar se a escolha do administrador conforma-se com o percentual mínimo de investimento em cada área determinada pela Carta Magna, além de verificar se essa escolha está de acordo com

o sistema constitucional, com os fins que colima a Constituição.

Assim, quando se alega a reserva do possível como obstáculo à consecução de direitos sociais, defendendo a exaustão de recursos, o primeiro ponto a se observar é se a atividade orçamentária do Poder Executivo está em conformidade com o que pregoa a Constituição, tendo em vista que essa traz alguns artigos que direcionam a aplicação dos recursos, fixando percentuais mínimos a serem destinados a áreas específicas, tal como se extrai dos artigos elencados abaixo, que determinam que:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, **mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**, e das seguintes contribuições sociais: I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; III – sobre a receita de concursos de prognósticos. Art. 212. A União aplicará, anualmente, **nunca menos de dezoito**, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios **vinte e cinco por cento**, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.(grifos nossos).

Também no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias verifica-se a preocupação do legislador em determinar uma remessa certa de recursos para áreas por ele qualificadas como prioritárias. Isso se apreende dos artigos a seguir transcritos, que dispõem que:

Art. 55. Até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, **trinta por cento**, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão **destinados ao setor de saúde**.

Art. 60. Nos 10 (dez) primeiros anos da promulgação desta Emenda, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão **não menos de 60% (sessenta por cento) dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal, à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental**, com o objetivo de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério.(grifos nossos).

Além de verificar a observância dos limites formais, acima aquilatados, há que se ponderar, também, a respeito dos limites materiais, que remetem a uma análise geral das disposições constitucionais, de onde se apreenderá que essas formam um sistema integrado e lógico de normas que objetiva fins diversos, dentre os quais a consecução dos direitos sociais, espécie elevada à categoria de direito fundamental, razão pela qual lhe assiste maior observância. Em outras palavras, significa dizer que a Constituição Federal determina a necessidade de se destinar recursos públicos para os objetivos e prioridades nela estipulados, figurando entre esses a efetivação dos direitos sociais.

Não pode abster-se, então, o Chefe do Executivo de observar esses limites, tanto os formais quanto os materiais, devendo encaixar a sua escolha dentro do que determina a Lei Maior, ao passo que não lhe foi conferida discricionariedade absoluta, capaz de exorbitar os limites constitucionais, o que resultaria, sem dúvida, em arbítrio e desvio de finalidade.

É nessa seara das escolhas que surge um ponto relevante que merece comentário: a tipologia da escassez. Para o objeto de estudo deste trabalho, escassez vem significar falta de meios financeiros para realizar tantas prestações essenciais à vida humana digna, sendo classificada em natural ou artificial.

A primeira espécie decorre do mundo fático, da realidade, da pura falta de recursos, não deixando escolhas para o administrador público, que haverá que se resignar com a premente falta de meios para efetivar os comandos constitucionais. Já quanto à segunda espécie, tem-se que essa deriva da atuação do administrador público, que ao fazer a alocação dos recursos direcionou-se para certas áreas de atuação e olvidou-se de investir em áreas de necessidade básica, como os direitos sociais, por exemplo. Enquanto na primeira espécie não há o que ser feito, ao passo que, de fato, não há recursos; na segunda espécie, essa exaustão orçamentária alegada é plenamente reversível, vista que oriunda da escolha do administrador e não da contingência dos fatos.

Como já firmado, a escolha do administrador deve cingir-se aquilo que determina a Carta Magna, não lhe cabendo escolhas trágicas que fundamentem uma reserva do possível pautada na escassez artificial. Depreende-se disso que o Poder Público não está autorizado a criar exaustão orçamentária, não podendo alegá-la ante qualquer tentativa de efetivar um direito social. Ao revés, se a escassez é natural, se deriva dos fatos, não se pode ir além da realidade e exigir do administrador a implementação das parcelas necessárias a se alcançar o mínimo existencial, o que significaria total negação da relação que há entre operacionalizar direitos e os custos resultantes.

Convém ainda mencionar que, nessa seara de escolha do administrador público a ponderação assume papel fundamental. É por meio dessa que o gestor decidirá em qual esfera de atuação alocará os recursos públicos de que dispõe. Em outras palavras, a técnica da ponderação vai responder as seguintes perguntas: qual atividade estatal é prioritária?, qual direito deverá preponderar frente ao outro, face a inexistência de recursos para satisfazer ambos? Dispõe, desta forma, Ana Carolina Lopes Olsen (2006, p. 207) aduzindo que:

Com relação à ponderação, haverá que se diferenciar entre a real impossibilidade de realização do direito [...] da impossibilidade contingencial, ou seja, aquela que se mostra

como resultado de uma alocação de recursos para fins diversos daqueles instituídos pela norma de direito fundamental. [...] Esta escassez de recursos, em outras palavras, deverá ser necessária e proporcional. Em verdade, os próprios poderes públicos (leia-se Executivo e Legislativo) deverão se valer do método da ponderação a fim de pautar suas escolhas alocativas de recursos, de forma racional: por quais razões um determinado bem jurídico tem um peso maior que justifique a alocação de recursos para a sua satisfação em detrimento de outros?

Aqui, mais uma vez cabe a participação do Poder Constituinte Originário, que no texto constitucional preconizou o que assume feição prioritária num Estado Social Democrático de Direito, merecendo destaque os direitos fundamentais, como, por exemplo, a discussão em torno do que dispõe o art. 227 da Constituição Federal, corroborando, assim, com o que fora dito acima: a escolha do administrador não é livre, devendo pautar-se nos preceitos constitucionais. Nesse sentido, transcreve-se passagem da tese de mestrado de Ana Carolina Lopes Olsen (2006, p.207):

E neste âmbito, a escolha de alocação de recursos feita pelos poderes constituídos para um determinado fim, e não para outro, necessitará de justificação. A partir do momento que se toma a escassez de recursos econômicos para a realização dos direitos fundamentais como uma escassez artificial, e não natural, quando se está consciente de que o Estado escolhe dedicar recursos a um determinado fim, no lugar de outros, torna-se possível, e desejável, que esta alocação de recursos seja justificada sob o ponto de vista constitucional. É certo que existe uma margem de discricionariedade que deve ser respeitada, todavia, também existe margem de controle.

Após breve análise sobre o mínimo existencial e a reserva do possível, ambos relacionados com a efetivação dos direitos sociais, chega-se ao cerne do problema: a possibilidade do Poder Judiciário exercer controle sobre as políticas públicas. Ou seja, pode o particular dirigir-se ao Judiciário com fim de exigir prestação por parte do Poder Público quando a política pública por esse executada não se revele capaz de efetivar os direitos sociais? Em outras palavras, o Poder Judiciário, quando provocado, poderá ingressar na esfera de atuação do chefe do Executivo de modo a determinar uma prestação estatal social, seja porque a política pública foi ineficaz, seja porque o Poder Público omitiu-se?

É inegável que essa temática é bastante controvertida, havendo defensores áduos nos extremos opostos, uns defendendo a impossibilidade e outros defendendo a possibilidade. Os primeiros alegam não ser o Judiciário competente, tendo em vista a decisão alocativa de recursos do chefe do executivo ser plenamente meritória, não cabendo sobre essa, análise judicial quanto ao seu conteúdo, sob pena de flagrante desrespeito à separação dos poderes. Já a segunda corrente, traz em sua defesa que os direitos sociais são absolutos, não lhes sendo oponível qualquer tentativa de lhes

negar eficácia. Mas o que se faz importante frisar é que o caráter absolutista dessas teses deve ser repellido, adotando-se posição de bom senso, sendo indispensável sempre a análise do caso concreto.

Inicia-se esse debate trazendo a baila uma constatação já firmada em capítulos precedentes: os direitos sociais são direitos fundamentais, estabelecendo-se entre eles a relação de espécie e gênero, respectivamente. Assim, os direitos sociais são normas, bem marcados pelo dogma da fundamentalidade, aos quais o Poder Constituinte Originário quis atribuir um *plus*, que é exatamente a positivação no texto constitucional. No que concerne a esses direitos, admite-se que o Poder Judiciário controle as ações governamentais no sentido de prestar-lhes eficácia, estando tão somente pondo em prática as normas constitucionais, não sendo coerente abster-se da seara de efetivação desses direitos, já que são fundamentais, sem os quais o fim do homem é o perecimento. Entende-se, ainda, que esse controle poderá ocorrer nos dois momentos que compõem a formação das políticas públicas, seja na atuação do Poder Legislativo, seja na do Executivo.

No que tange à competência do Poder Legislativo, sabe-se que a esse cabe a atividade intermediadora, responsável por minudenciar as determinações constitucionais, emprestando-lhes a clareza indispensável à aplicação. Mas quando não exercida essa competência, os direitos sociais não perecerão a sua espera, podendo o Poder Judiciário, quando provocado, manifestar-se no sentido de determinar a prestação social, atendo-se a fundamentalidade do direito. Caso contrário fosse, as determinações veiculadas por meio das normas programáticas dificilmente seriam efetivadas, ao passo que sempre estariam a mercê da prática legislativa, o que não se admite, consoante entendimento do ministro Celso de Melo, que em trecho da ADPF 45 dispõe que:

Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Quanto ao Executivo, caberá ao Judiciário ponderar se aquele alocou recursos conforme determina a Constituição Federal, respeitando os limites formais e materiais, ou se fabricou a exaustão orçamentária, de forma a impedir a consecução dos direitos sociais. Atente-se para o fato de que essa escolha do administrador público é dotada de discricionariedade, mas da qual só se poderá valer dentre as opções que lhe der a Carta Magna, o que significa dizer que não há plena discricionariedade, ao passo que resta uma parcela de vinculação constitucional, sendo essa permissiva quanto ao controle judicial, padecendo a escolha de vício de legalidade quando não se atenha aos parâmetros postos na Lei Maior.

Num segundo momento, traz-se a supremacia constitucional como autorizadora do controle judicial, tendo em vista que no bojo da Constituição está

assentada a preocupação com a efetivação dos direitos sociais, de onde decorre a obrigação do Poder Público atuar nesse sentido, fazendo-o comumente por meio de políticas públicas. São nesse sentido as disposições dos artigos 1º, III e 3º, III, que aduzem ser fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, que ainda terá como objetivo a redução das desigualdades sociais. Demais disso, a própria Constituição fixa que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, cuja marca maior é o intervencionismo e a atuação social.

Assim, permitir que o Poder Judiciário exerça controle sobre as políticas públicas referentes a direitos sociais significa atribuir a esse a função de dar efetividade às normas constitucionais, o que só pode ocorrer em caráter excepcional, quando não tenham agido nesse sentido os poderes Legislativo e Executivo. Fixar essa excepcionalidade também foi uma preocupação do ministro Celso de Melo, ao dispor no julgamento da ADPF 45 que:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, 'Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976', p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Num terceiro momento, tendo-se entendido, até aqui, que será possível o controle judicial das políticas públicas relativas aos direitos sociais em razão da fundamentalidade desses direitos e da supremacia constitucional, convém indagar se esse controle não permitiria que o Poder Judiciário ingressasse na esfera de mérito do Poder Executivo, ferindo, assim, flagrantemente a separação dos poderes?

Conforme se fixou, anteriormente, a decisão do chefe do Executivo quanto à escolha da área em que serão alocados recursos públicos não é puramente discricionária. Como bem já se ressaltou, nesse contexto até se verifica a discricionariedade, mas essa não é absoluta, já que a escolha tem parâmetros a observar, que são as determinações constitucionais, cingindo-se a discricionariedade do administrador aos limites impostos pela Lei Maior.

Dessa forma, se ao escolher onde aplicará os recursos, o gestor público abster-se de observar os regramentos constitucionais, estar-se-á diante não de um vício de mérito, abrangendo a conveniência e a oportunidade, mas sim de um vício de legalidade, visto que foi desrespeitado um comando legal, resultando na violação negativa do

texto constitucional. Assim, constatando-se o vício de legalidade, é plenamente legítimo o controle exercido pelo Poder Judiciário, não havendo interferência na seara executiva, estando o Judiciário exercendo aquilo que lhe foi determinado pela Carta Política.

Depreende-se essa preponderância dos papéis importantes que têm sido conferidos ao Judiciário, como a possibilidade do Supremo Tribunal Federal editar súmulas com efeitos vinculantes e proceder à interpretação conforme a Constituição, com ou sem redução de texto. Ainda quanto à relevância dada ao Poder Judiciário, acrescente-se o rumo que toma a decisão do mandado de injunção número 712, no qual tem ganhado força a corrente concretista no que diz respeito aos tipos de provimento em sede de mandado de injunção, que entende caber ao Judiciário fazer a norma para o caso concreto frente a omissão do legislador, o que só corrobora com a preponderância desse poder.

Consoante se preconizou no início desse debate, repele-se, aqui, a ideia de que esse controle é absoluto, podendo operar em todos os casos e níveis, razão pela qual se entende que a atuação do Judiciário deve pautar-se na proporcionalidade, sem deixar de observar as condicionantes que foram expostas, como a fundamentalidade do direito e a supremacia constitucional.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A previsão no texto constitucional não é suficiente para impingir eficácia a esses direitos, notadamente os sociais, já que prestacionais por excelência, exigindo, portanto, uma atuação positiva do Estado, tendo sido esse o foco deste trabalho.

Os direitos sociais encontram guarida nas normas programáticas, que por serem espécie das normas de eficácia contida, não têm aplicabilidade imediata, mas sim mediata, precisando da atividade mediadora do legislador, responsável por explicitar a forma como seriam executados tais direitos. Nesse sentido, admite-se que os direitos sociais não padeceriam ante a omissão do Poder Legislativo porque, se assim fosse, estar-se-ia negando efetividade a um direito posto na Constituição Federal, restando essa última comprometida no que tange ser fundamento de validade de todo o ordenamento inferior. Além disso, compactuar com essa teoria, significaria submeter a determinação do Poder Constituinte Originário a vontade do Poder Constituinte Derivado, o que não figura plausível.

Cabe ao Poder Executivo dar aplicabilidade prática às disposições constitucionais minudenciadas pelo legislador, conferindo, de fato, efetividade aos direitos sociais, fazendo-o, via de regra, por meio de políticas públicas. Quanto à atuação do Executivo, entendeu-se não ser essa plenamente discricionária, não cabendo ao chefe deste Poder escolha acerca da implementação ou não dessas políticas sociais, ao passo que estaria vinculado às determinações constitucionais, entendimento que deriva da noção de constituição dirigente, que também alcança a atuação do Poder Legislativo. Tem-se, assim, que a participação do Executivo deve se pautar numa discricionariedade limitada pelas designações de uma constituição dirigente. Caso dessa forma não proceda, verificar-se-á vício de legalidade, não de mérito, o que autoriza o controle judicial.

Conclui-se, como favorável à efetivação dos direitos sociais, a tese do mínimo existencial, que pugna que o Estado deve garantir, ao menos, uma quantidade mínima de prestações indispensáveis para o alcance de uma vida digna, o que também pode



ser executado por meio de políticas públicas. Compreendeu-se haver uma relação direta entre o mínimo existencial e os direitos sociais, já que ambos apresentavam o mesmo substrato: a dignidade da pessoa humana.

A eficácia dos direitos sociais deparava-se com um grande óbice: a reserva do possível, tese que traz a baila o ponto de conexão entre direito e economia. Em conclusão, firmou-se não ter caráter absoluto essa tese, exigindo maiores ponderações. Em suma, fixou-se que há de se observar se a reserva é natural ou artificial, se deriva da real falta de recursos ou se de escolhas aleatórias do chefe do Executivo, residindo nesta última as maiores questões. Assim, deparando-se com uma escassez artificial de recursos, uma exaustão orçamentária provocada, o Poder Judiciário analisará se as escolhas do administrador guardaram conformação com as determinações constitucionais, obedecendo tanto os limites formais quanto materiais. Em caso negativo, caberá ao Judiciário reverter a situação, determinando, se for necessário, até mesmo desvinculação de receitas para que se alcance o atendimento ao direito social reclamado pelo particular.

Admite-se ainda pela possibilidade do controle judicial das políticas públicas, tendo em vista que através desse estar-se-á dando eficácia aos direitos sociais, pondo em prática as normas constitucionais, conduta essa plenamente relevante, ao passo que se trata de direitos fundamentais. Pugnando pela possibilidade desse controle, trouxe-se ainda a supremacia constitucional, já que no bojo da Constituição está assentada a preocupação com a efetivação dos direitos sociais, decorrendo a obrigatoriedade do Poder Público atuar nesse sentido, com fim a aplicar os comandos constitucionais, tal como se depreendeu dos artigos 1º, III e 3º, III da Carta Magna.

Não há, quando da realização do controle pelo Poder Judiciário, ingerência desse na seara de atuação do Executivo, exatamente porque as decisões que toma o administrador quando da consecução das políticas públicas não são plenamente discricionárias, devendo observar o comando maior que deriva da Constituição Federal. Assim, ante a essa não observância, concluiu-se haver um vício de legalidade, não de mérito, o que autoriza a incidência de controle.

Por fim, tem-se atuação do Poder Judiciário, quando do exercício desse controle, deve ter como parâmetro a proporcionalidade, sempre se atentando as condicionantes da fundamentação do direito e da supremacia constitucional.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal – STF. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp?s1=ADPF%2045&d=DESP> >. Acesso em: 02 nov. 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal – STF. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355> >. Acesso em: 20 mar. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal – STF. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/SL228.pdf> >. Acesso em: 20 mar. 2010.

\_\_\_\_\_. Procuradoria Geral da República – PGR. Disponível em: < <http://>

[noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_geral/justica-federal-concede-liminar-determinando-criacao-de-novos-leitos-de-uti-em-sobral](http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_geral/justica-federal-concede-liminar-determinando-criacao-de-novos-leitos-de-uti-em-sobral) >. Acesso em: 19 mar. 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador; contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra. Coimbra editora, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org) **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FREIRE JR, Américo Bedê. **O controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Curitiba, UFPR, 2006. 390p. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: GALDINO, Flávio ; SARMENTO, Daniel (Org.) **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

## A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

**Mirian Porto Mota Randal Pompeu**

*Juíza de Direito. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1992).  
Aluna do curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Escola Superior  
da Magistratura do  
Estado do Ceará.*

### Resumo

Análise do histórico da origem dos direitos humanos e fundamentais, sua fundamentação desde a filosofia Cristã, sua importância para os dias atuais. Trata da importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos, também dos Pactos Internacional e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, além da Convenção Americana dos Direitos do Homem e da importância do Protocolo sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que muito contribuíram para tal fim. Conclui-se que a evolução dos Direitos Humanos vem de longe e representa o reconhecimento de ser possível a igualdade dos indivíduos, de forma que a sociedade seja plena de liberdade, igualdade e solidariedade.

### 1 Introdução

São vários os conceitos de Direitos Humanos trazidos pela Doutrina, sendo possível detectar, dentre tais conceitos, os elementos básicos dos Direitos Humanos, quais sejam: - inerência: são direitos inerentes da pessoa humana, que têm como única condição o ser humano existir; - universalidade: significa que esses direitos pertencem a todos os membros da espécie humana, sem qualquer distinção; - fruto do jusnaturalismo: não são direitos impostos pelo Estado e sim, são tidos como um limite contra o arbítrio do poder estatal; - têm em vista a proteção de valores e bens essenciais para que cada ser humano tenha a possibilidade de desenvolver suas capacidades potenciais, uma busca pela dignidade humana.

Dentre os principais aspectos a ser considerados ao se tratar de Direitos Humanos como Valor Universal, pode-se citar a ampliação do seu significado e a trajetória de luta e evolução para chegar ao nível de universalidade dos dias atuais. É bom ressaltar que apesar de ser um tema em ebulição, ainda pode-se encontrar um considerável grau de desconhecimento e desrespeito sobre o assunto.

O objetivo deste estudo é apresentar uma análise sobre os precedentes históricos que viabilizaram a deflagração do processo de internacionalização e universalização dos direitos humanos ocorrido no período pós-guerra, que, como consequência, permitiu que tais preceitos fossem inseridos nos tratados internacionais e, posteriormente, normatizados pelos países.

Após entender-se toda a trajetória da evolução dos Direitos Humanos será possível afastar aquela errônea ideia que paira, nos dias atuais, de que “direitos humanos é coisa de bandido”, sendo tal tema tratado de forma pejorativa, em face da sociedade, comumente, estar identificando tais direitos àqueles que defendem os marginais. No

entanto, será possível compreender que, na verdade, esses direitos são inerentes a toda a sociedade, independentemente de sua condição social, origem, raça, etnia, gênero, idade, condição econômica social, orientação ou identidade sexual, credo religioso ou convicção política.<sup>1</sup>

## 2 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

Não se pode discorrer sobre Direitos Humanos, sem, antes, entender-se do que se trata, passando, obrigatoriamente, pela distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, dois conceitos por demais confundidos, e, sem dúvida, intrínsecos.

Analisando-se a obra de J.J. Gomes Canotilho, é possível detectar que o ilustre autor reconhece ser comum a utilização desses dois conceitos como sinônimos, e no intuito de diferenciá-los, definiu-os assim:

[...] **direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.<sup>2</sup>

Então, pode-se entender que Direitos Humanos como um direito subjetivo público, ou seja, como cláusulas superiores que todos os indivíduos têm para com a sociedade da qual faz parte. Cláusulas essas que buscam concretizar as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas.

Assim, a partir do momento em que esses direitos públicos subjetivos, configurados nas chamadas cláusulas superiores, são reconhecidos pelo Estado e inseridos em seu ordenamento jurídico, passam a ser chamados de direitos fundamentais, uma vez que, normalmente, passam a integrar à norma fundamental do Estado, a Constituição.

É bom que se destaque que o objetivo da inserção dos chamados direitos públicos subjetivos, ou direitos humanos, no texto constitucional, é proteger o ser humano contra o arbítrio do poder estatal. Proteção essa voltada à dignidade, liberdade e igualdade humanas, conforme acima já mencionado.

Pode-se, nesse momento, invocar os ensinamentos de Fábio Konder Comparato ao fazer a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais:

[...] é aí que se põe a distinção, elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais (*Grundrechte*). Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades, às quais

se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. Segundo outra terminologia, fala-se em direitos fundamentais típicos e atípicos, sendo estes os direitos humanos ainda não declarados em textos normativos”.<sup>3</sup>

Continuando a busca da distinção entre os dois institutos procedida pela doutrina, cabível citar Norberto Bobbio, que entende que os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direitos) para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais.<sup>4</sup>

Já sendo possível detectar a distinção entre direitos humanos e fundamentais, passa-se agora a analisar o objeto principal deste estudo, qual seja, a evolução histórica dos direitos humanos.

### **3 Evolução Histórica**

#### **3.1 Precedentes antigos**

Sabe-se que para o nascimento da ideia de direitos humanos, primeiramente, foi necessário a conscientização histórica da necessidade de limitação do poder político-estatal. Portanto, tomando como base tal preceito, pode-se, nesse momento, invocar a contribuição do reino davídico para a difusão do tema de direitos humanos, pois foi nesse período histórico que se estabeleceu pela primeira vez a figura do rei-sacerdote, o monarca que não se proclama deus nem se declara legislador, mas se apresenta como delegado do Deus único e o responsável pela execução da lei divina.<sup>5</sup>

A ideia da limitação do poder político também pode ser vista na república romana, na qual essa limitação foi alcançada por meio de um sistema de controle recíproco entre os diferentes órgãos políticos. Controle esse que fazia com que seus agentes não exercessem suas funções isoladamente.

Desta feita, a partir da conscientização da necessidade da presença dessa figura de um “rei” com poderes limitados, deu-se o nascedouro do que hoje é chamado Estado de Direito.

#### **3.2 Filosofia Cristã**

Conforme já exposto, os direitos humanos são fruto do jusnaturalismo, portanto, não são impostos pelo Estado, e sim decorrentes do simples fato do ser humano existir.

Assim sendo, desde que o homem é homem, já é detentor de direitos humanos.

Desse modo, é possível dizer que os direitos humanos têm seu berço na filosofia cristã. Podendo aqui se trazer um famoso texto de São Paulo, no qual se observa o pensamento cristão primitivo em relação ao Direito Natural:

“Porque quando os gentios, que não têm lei, fazem naturalmente as coisas que são da lei, não tendo eles lei, para si mesmos são lei. Os quais mostram a obra da lei escrita em seus corações, testificando juntamente a sua consciência, e os seus pensamentos, quer acusando-os, quer defendendo-os” - Rom. 2, 14-15. <sup>6</sup>

O maior postulado sobre os Direitos Humanos da filosofia cristã pode ser encontrado nos Dez Mandamentos ou Decálogo, que, segundo a Bíblia, é o conjunto de leis que teria sido, originalmente, escrito por Deus.

No texto dos Dez Mandamentos é possível encontrar a base de alguns preceitos que até hoje são encarados como direitos humanos. Podendo-se tomar como exemplos os mandamentos “não furtarás” e “não matarás”, nos quais se detecta a intenção da proteção de direitos como a propriedade e a vida.

Foi na doutrina cristã que surgiu a ideia de universalidade de direitos, ou seja, que os direitos são de todos, indistintamente. Ideia essa fundamental e caracterizadora dos direitos humanos.

### 3.2.1 Primeiras Cartas de Direitos Humanos

#### 3.2.2 Estado Liberal

Dando continuidade à evolução dos teólogos medievais do Cristianismo, vieram o Protestantismo e o Renascimento, para depois surgirem as ideias iluministas de Locke e Montesquieu, que tinham como preocupação fundamental garantir os indivíduos contra as violações por parte do Estado.

Em seguida, pode-se destacar o importante papel de Rousseau, em um período marcado por uma forte crença na Democracia, confiando assim o Direito Natural à vontade do povo.

Naquela época se consagrava a ótica liberal, pela qual os direitos humanos se reduzem aos direitos à liberdade, segurança e propriedade, complementados pela resistência à opressão. Assim, emergia o modelo de Estado Liberal, em face da forte influência de pensadores como Locke, Montesquieu e Rousseau.

Também nesse momento histórico, a luta da sociedade surgia como uma resposta à opressão do regime absolutista, visando impor controle e limites à atuação do Estado. Assim, a não-atuação do Estado significava liberdade.

Esses movimentos ocorriam principalmente na Europa, tendo assim na Inglaterra sido elaborados alguns estatutos que visavam assegurar direitos fundamentais, tais como: a *Magna Carta* (1215-1225), a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Amendment Act* (1769) e o *Bill of Rights* (1688). Sendo este último, a carta inglesa que mais trouxe limitações ao poder estatal (monárquico), portanto, o de maior conteúdo de Direitos Humanos, essencialmente, de direitos individuais, ligados à liberdade.

Pode-se dizer que a partir do *Bill of Rights*, a ideia de um governo representativo começa a surgir como uma forma de garantia das liberdades civis.

Apesar de esses movimentos citados terem como berço a Europa, os Estados Unidos foram o primeiro país a formular, expressamente, uma declaração de direitos do homem, a de Virgínia, em 1776, reconhecendo, solenemente, a igualdade de todos os seres humanos. Tendo tais princípios sido repetidos pouco depois na Declaração de Independência dos Estados Unidos.

No entanto, foi mesmo na Europa que se deu o principal marco histórico da normatização dos direitos humanos, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que obteve maior expressão devido às repercussões da Revolução Francesa.

É possível afirmar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 significou a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, sendo, pois, um documento marcante do Estado Liberal.

Em face da grande repercussão da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, bem como pelo fato de ter sido elaborado no fervor da Revolução Francesa, a Constituição Francesa de 1791 incorporou seus preceitos, e a partir daí os direitos do homem ingressam no constitucionalismo moderno.

Nessa fase do constitucionalismo liberal do século XIX é possível detectar uma maior efetivação dos direitos humanos fundamentais, em especial dos direitos individuais, ligados à liberdade. Podem ser citados, como exemplos, a Constituição Espanhola de 1812, a Constituição Portuguesa de 1822, a Constituição Belga de 1831 e a Declaração Francesa de 1848.

### **3.2.3 Estado Social**

As liberdades individuais vinham sendo observadas pelo então constitucionalismo, porém sentiu-se a necessidade de resguardo de direitos em favor de grupos sociais, o que não se via naquelas primeiras declarações.

Com o passar do tempo, e conseqüentemente, a evolução da sociedade, ao lado do discurso liberal que primava pela liberdade, começa a surgir o discurso social da cidadania, como consequência da indispensável organização da classe trabalhadora.

Assim, foi dado outro passo, e os direitos humanos também passaram a ser observados nos direitos sociais. E, sob as influências da concepção marxista-leninista, é elaborada a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da, então, República Soviética Russa, em 1918.

A partir desse momento, passou-se a entender que o direito à abstenção do Estado deveria ser convertido em direito à atuação estatal para com a emergência dos direitos à prestação social.

Surgindo diante desse novo contexto, além da Declaração acima citada, constituições nas quais se detecta maior preocupação com direitos sociais, como: a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição de Weimar de 1919, a Constituição Soviética de 1918 e a Carta do Trabalho de 1927.

Pode-se dizer que uma das maiores contribuições dos movimentos socialistas para a humanidade foi, exatamente, o reconhecimento dos direitos humanos de caráter social.

A partir de então, foram surgindo vários outros documentos com o objetivo

de garantir os direitos humanos sociais, podendo-se atribuir certo destaque àqueles direcionados à proteção do trabalhador assalariado, após a criação da Organização Internacional do Trabalho em 1919.

Diante do que foi exposto, é possível detectar a visão dicotômica em que se achava inserido o tema de direitos humanos, pois, de um lado, aqueles que primavam pela liberdade, encontravam-se os direitos civis e políticos; e de outro, aqueles que priorizavam a igualdade, estavam os direitos sociais, econômicos e culturais.

E foi nesse contexto, numa espécie de combinação do discurso liberal da cidadania (liberdade) com o discurso social (igualdade), que nasceu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, procurando conjugar esses valores, introduzindo assim, a concepção contemporânea de direitos humanos, e trazendo, pela primeira vez, os três valores humanos fundamentais, quais sejam: liberdade, igualdade e fraternidade.

### **3.3 Declaração Universal dos Direitos Humanos**

No período pós Segunda Guerra Mundial, o mundo sentiu a necessidade de criar mecanismos eficazes de proteção dos Direitos Fundamentais, principalmente, em face das atrocidades perpetradas contra os cidadãos pelos regimes de Hitler e Stálin.

Com a descoberta dessas atrocidades, o mundo passou a encarar tal violência como uma verdadeira ameaça à paz e à estabilidade internacional.

Nesse contexto, a Organização das Nações Unidas, preocupada em evitar a guerra e manter a paz e a segurança internacional, por meio do Conselho de Direitos Humanos, edita a Carta das Nações Unidas de 1945, consolidando o movimento de internacionalização dos direitos humanos, mediante um consenso nos Estados. A partir daí, a relação dos Estados com seus nacionais passa a ser encarada como uma problemática internacional.

A Carta das Nações Unidas de 1945, apesar de enfática em defender, promover e respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, deixou de definir, claramente, tais expressões.

Nesse cenário de proteção da dignidade humana, e com a missão de definir com precisão os direitos humanos e as liberdades fundamentais, surge em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como dito por Paulo Bonavides, uma espécie de carta de alforria para os povos que a subscreveram, após a guerra de extermínio dos anos 30 e 40, sem dúvida o mais grave duelo da liberdade com a servidão em todos os tempos.<sup>7</sup>

A Declaração Universal dos Direitos Humanos pode ser tida como o ápice de um processo histórico, marcado por avanços e retrocessos políticos e sociais, e ainda uma convergência de anseios e esperanças do povo. Sendo cabível destacar que esse processo histórico iniciado pela Declaração de 1948 até hoje se encontra em pleno desenvolvimento, e em processo de evolução, juntamente, com a sociedade.

Indubitavelmente, a Declaração de 1948 é uma carta programática, contendo valores e princípios que devem ser observados pela comunidade internacional. Atentando-se que todos esses preceitos e valores se inter-relacionam entre si, e são



indivisíveis e interdependentes.

Para Flávia Piovesan, um novo código internacional foi desenvolvido, enumerando e definindo direitos humanos e liberdades fundamentais para todos os seres humanos, em qualquer parte do mundo. Arrematando a aludida autora que, com esse novo código internacional, os direitos ali consagrados deixaram de ser generosidade dos Estados soberanos, passando a ser inerentes e inalienáveis.<sup>8</sup>

Analisando o âmago dos artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, é possível detectar seus principais fundamentos. Podendo-se nesse momento, invocar a revelação de tais fundamentos procedida por Dalmo de Abreu Dallari:

O exame dos artigos da Declaração revela que ela consagra três objetivos fundamentais: a *certeza* dos direitos, exigindo que haja uma fixação *prévia e clara* dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a *segurança* dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, *em qualquer circunstância*, os direitos fundamentais serão respeitados; a *possibilidade* dos direitos, exigindo que se procure assegurar a *todos* os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições subumanas.<sup>9</sup>

Com a Declaração de 1948, vieram à tona os elementos caracterizadores da atual concepção de direitos humanos, quais sejam: universalidade, indivisibilidade e a interdependência.

Destarte, é possível concluir que a Declaração de 1948 há de ser tida como a verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo um fenômeno do pós-guerra proveniente das violações de direitos humanos da era Hitler e da crença de que tais atrocidades poderiam ser prevenidas com a existência de um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos.

Assim, o mundo pensava que se a Segunda Guerra representou uma ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria ser a reconstrução. Reconstrução essa que teve como pedra angular a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A Declaração de 1948 não é um tratado, possui a natureza jurídica de “recomendação”, tendo sido editada pela Assembleia Geral das Nações Unidas sob a forma de resolução, que não apresenta força de lei.

Há, ainda, aqueles que definem a natureza jurídica da Declaração de 1948 como sendo de direito costumeiro internacional e princípio geral do Direito Internacional.

Apesar de tais discussões sobre a natureza jurídica da Declaração de 1948, faz-se necessário destacar que acerca destas de forma alguma retiram sua importância, uma vez que é possível detectar seu conteúdo em várias cartas constitucionais.

Assim sendo, como diz Paulo Bonavides, comete equívoco aquele que entende a Declaração de 1948 apenas como algo abstrato, metafísico, puramente ideal,

produto da ilusão ou do otimismo ideológico.<sup>10</sup> Já que, na verdade, a Declaração pode ser vista em diversas cartas constitucionais pelo mundo todo. Além de servir também como substrato para vários tratados internacionais e adoção de resoluções no âmbito das Nações Unidas.

Portanto, pode-se afirmar que, mesmo com sua questionável natureza jurídica, a Declaração Universal dos Direitos Humanos se concretiza nesses tratados e cartas constitucionais. Sendo, pois, um código de atuação e conduta para os Estados integrantes da comunidade internacional, consagrando o reconhecimento universal dos direitos humanos pelos Estados e consolidando um parâmetro internacional de proteção desses direitos.<sup>11</sup>

Destaca-se ainda, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos é tida como o ápice do processo histórico da evolução dos direitos humanos, e não como um documento final que encerra toda a questão de reconhecimento e proteção dos direitos humanos.

Desta feita, com a natural evolução da sociedade, vão surgindo novas situações que precisam ser observadas pela comunidade internacional, carecendo assim da elaboração de novos documentos, sempre visando preservar a dignidade humana em todos os seus aspectos.

São vários os documentos de âmbito internacional já editados após a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Dentre esses, destaca-se, no momento, aqueles que Paulo Bonavides<sup>12</sup> entende que merecem especial atenção, são eles: Pacto Internacional Sobre Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 19/12/1966; Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 04/11/1950; Carta Social Europeia, de 18/11/1961; Convenção Americana dos Direitos do Homem (Pacto de San José da Costa Rica), de 26/11/1969 e a Carta Africana de Banjul dos Direitos do Homem e dos Direitos dos Povos, de 27/06/1981.

### **3.4 Pactos Internacionais**

#### **3.4.1 Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**

No ano de 1966, com a edição de dois pactos distintos, Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Assembleia Geral das Nações Unidas tinha como objetivo detalhar o conteúdo da Declaração de 1948. Tal atitude, pode ser tida como uma complementação da etapa de institucionalização dos direitos do homem, em âmbito universal.

Com essa complementação, dá-se início a outra etapa, qual seja, a de criação de mecanismos de sanção a violações de direitos humanos, uma vez que passou a atribuir ao Comitê de Direitos Humanos, ali instituído, competência para receber e processar denúncias de violação de direitos humanos, formuladas por indivíduos contra qualquer dos Estados-membros. Contudo, sem ter poderes para formular um juízo de condenação do Estado responsável pela violação desses direitos.

Segundo Flávia Piovesan, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos proclama o dever dos Estados-partes garantirem aos seus cidadãos os direitos nele

elencados, devendo adotar medidas para alcançarem tal fim. E, por sua vez, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tem como maior objetivo incorporar os dispositivos da Declaração de 1948, sob a forma de preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes.<sup>13</sup>

Assim, o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos fixa direitos dirigidos aos indivíduos, enquanto o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece deveres aos Estados. Assim sendo, os direitos estabelecidos no primeiro Pacto são autoaplicáveis, já os estabelecidos no segundo possuem caráter programático, e, por esse motivo, sua implementação é de forma progressiva, dependendo, obviamente, dos recursos econômicos disponíveis.

Dessa forma, é possível concluir que a implementação progressiva dos direitos sociais, econômicos e culturais requer um determinado período de tempo, já que depende da disponibilidade financeira dos Estados, e, por outro lado, as obrigações assumidas por meio do Pacto de direitos cíveis são passíveis de aplicação imediata.

### **3.4.2 Convenção Americana dos Direitos do Homem (Pacto de San José da Costa Rica) e Protocolo sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**

A Convenção traz em seu bojo a maior parte dos direitos reconhecidos por ocasião do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Político. Sendo conveniente destacar, nesse momento, que os direitos constantes do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não foram incluídos no Pacto de São José, visando à imediata adesão dos Estados Unidos à Convenção Americana. Porém, posteriormente, aqueles direitos também foram incluídos por meio de um Protocolo, aprovado na Conferência Interamericana de São Salvador, documento este chamado Protocolo sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Com a adesão a essa Convenção, o Estado-parte tem a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício dos direitos lá constantes, sem que haja qualquer tipo de discriminação.

Ao tratar do papel do Estado ante tal documento, assim ensina Thomas Buergenthal:

Os Estados têm, conseqüentemente, deveres positivos e negativos, ou seja, eles têm a obrigação de não violar os direitos garantidos pela Convenção e têm o dever de adotar as medidas necessários e razoáveis para assegurar o pleno exercício destes direitos.<sup>14</sup>

A Convenção Americana, ao ser editada, instituiu um aparato necessário para a efetivação dos direitos nela constantes. Aparato esse composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Corte Americana.

À Comissão Interamericana de Direitos Humanos compete promover a observância e proteção dos direitos humanos nos estados americanos mediante algumas medidas, tais como: realização de estudos e relatórios; solicitação aos governos sobre a implementação de medidas por eles adotadas para a efetiva aplicação dos preceitos

da Convenção; submissão de relatórios anuais à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

Já a Corte Interamericana, esta tem caráter jurisdicional, sendo detentora de competência consultiva e contenciosa.

É bom que se esclareça que, apesar de várias críticas, no plano contencioso, à competência da Corte no julgamento de casos, é limitada aos Estados-partes da Convenção que reconhecem, expressamente, tal jurisdição. Ou seja, o reconhecimento dessa competência jurisdicional é uma faculdade dos Estados-partes que, uma vez reconhecida, passa a ser obrigatória e vinculante, tendo, inclusive, as decisões da Corte força de título executivo. Registre-se, que o estado brasileiro reconheceu a competência jurisdicional da Corte, em dezembro de 1998.

Ainda, quanto à Corte, é importante ressaltar que o indivíduo e ONGs não têm legitimidade para levar um caso, diretamente, à Corte, deve, primeiramente, levar ao conhecimento da Comissão Interamericana, e esta, quando entender necessário, leva a julgamento pela Corte, onde se faz possível a apresentação de provas pelas vítimas ou seus representantes.

#### 4 Conclusão

Assim, como visto, a trajetória de luta pelo reconhecimento e efetivação dos Direitos Humanos vem de longe, e sempre encontrando novos casos e obstáculos a serem enfrentados.

Conforme o dizer de Fábio Konder Comparato<sup>15</sup>, a evolução dos Direitos Humanos representa o reconhecimento universal de que, em razão da radical igualdade dos indivíduos, nenhum ser humano pode afirmar ser superior aos demais.

É possível afirmar que, atualmente, a comunidade internacional dispõe de diversos documentos nos quais já se encontram reconhecidos direitos indispensáveis à preservação e garantia da dignidade humana. Porém, o fato de dispor de tais documentos, por si só, não significa que tais direitos estão sendo preservados e/ou garantidos.

Assim sendo, o que se vê nos dias de hoje é a necessidade da sociedade despertar para com a responsabilidade de lutar e preservar por seus direitos. Incumbindo àqueles que se encontram numa posição privilegiada da pirâmide social olhar, lutar e buscar o reconhecimento dos direitos humanos a todos, ou seja, com sua característica de universalidade.

A obrigação de reconhecimento e efetivação dos direitos humanos não está limitada aos cidadãos, uma vez que o Estado igualmente deve exercer papel ativo quanto à garantia dos direitos indispensáveis à dignidade humana.

Estado e Sociedade devem seguir juntos nessa busca pela efetivação dos direitos humanos de forma universal, não podendo desprezar toda a trajetória de luta para que tais direitos viessem a ser inseridos nas cartas constitucionais dos Estados. Luta essa que levou vidas de cidadãos inocentes, que, somente por pertencerem a determinadas raças e etnias, se entendiam que não tinham o direito à vida.

Portanto, é hora de acordar, despertar para a necessidade de se batalhar pela efetivação dos direitos humanos de forma universal. Não se pode desanimar, e sim ter

a esperança de que um dia, todas essas vidas perdidas, essas lutas travadas, esses conflitos pela igualdade, valeram a pena. E quando este dia chegar, estar-se-á diante de uma sociedade plena de liberdade, igualdade e solidariedade.

### Notas de Fim

<sup>1</sup> SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton e OLIVEIRA Miguel Augusto, **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p 41.

<sup>2</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed.: Almedina. p.393

<sup>3</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2007 p 58

<sup>4</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8. ed. Ed. Saraiva, 2007, p.110 *apud* BOBBIO, Norberto Bobbio.

<sup>5</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2007 p 41

<sup>6</sup> <http://bibliaonline.org.br/acf/rm/2> acesso em 06/03/2008 às 15 hs

<sup>7</sup> BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Malheiros, 2007, p. 574

<sup>8</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8. ed.: Saraiva, 2007, p.7.

<sup>9</sup> WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 1ª ed. Malheiros Editores. 1999, p.69. *apud* DALLARI, Dalmo de Abreu. **Teoria Geral do Estado**.

<sup>10</sup> BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. Malheiros, 2007, p.574.

<sup>11</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8.ed. Saraiva, 2007, p.147.

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. Malheiros, 2007, p.573

<sup>13</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8. ed. Saraiva, 2007, p.161 e 174.

<sup>14</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8. ed. Saraiva, 2007, p.238 *apud* Thomas Buergenthal.

<sup>15</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2007 p 01

### Referências

BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. Malheiros, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Ed. Almedina.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed.

São Paulo: Saraiva. 2007

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8. ed. Saraiva, 2007

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton e OLIVEIRA Miguel Augusto, **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 1. ed.: Malheiro, 1999.

## O CONTROLE SOCIAL E O EMPODERAMENTO DO SUS: O Direito à Saúde promovendo cidadania.

**Antonio Abelardo de Sousa**

*Graduado Pedagogia pela Universidade Estadual Vale do Acaraú - UVA, especialista em Educação Comunitária em Saúde, pela Escola de Saúde Pública do Ceará. Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza. Aluno do Curso de Especialização em Direito Constitucional pela Escola de Magistratura do Estado do Ceará - ESMEC.*

**Palavras-chave:** Direito. Democracia. Participação Popular. Controle Social. Empoderamento.

**RESUMO:** O artigo contribui para uma reflexão a respeito da participação popular nos regimes democráticos na busca de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Neste sentido, o estudo acerca da importância do empoderamento dos indivíduos na questão de cidadania, através da participação popular no SUS, poderá fortalecer o controle social, invertendo o paradigma do controle do cidadão pelo Estado, possibilitando aos indivíduos a compreensão de seus verdadeiros papéis na sociedade contemporânea. A metodologia empregada é resultante de pesquisa bibliográfica, principalmente, consulta à legislação pertinente. Conclui-se que os doutrinadores têm defendido a participação popular como forma de minimizar as frequentes crises nos regimes democráticos.

### 1 INTRODUÇÃO

O regime de governo que mais tem chamado a atenção dos estudiosos é a Democracia. O tema em discussão é diuturnamente focado nas publicações jurídicas, geralmente em razão da sua etimologia designar o poder do povo.

Sendo a Constituição o estatuto que disciplina a organização fundamental do Estado e distribui o exercício do poder, é natural que ela preveja, nos seus termos, meios de participação popular, como, aliás, é o caso da Constituição Federal brasileira de 1988 que ao constituir um Estado Democrático de Direito prevê, na parte final do parágrafo único do art. 1º, a participação popular como fonte originária do poder.

Das previsões constitucionais, destacamos o art. 196, que trata da obrigação estatal da recuperação e promoção à Saúde. Considerando tratar-se de uma norma programática depende da participação popular para sua efetividade, como bem destaca o art. 198, III, sobre a participação da comunidade como diretriz do Sistema Único de Saúde – SUS.

Neste contexto, a participação da comunidade para a efetivação do SUS, garantida como diretriz de sustentação, vem estimular a práxis da cidadania que é o cerne para a formação de um novo conceito de controle social, no qual o indivíduo é estimulado a ser agente de sua própria saúde e da saúde da comunidade a qual integra.

Isso possibilitará o surgimento do fenômeno do empoderamento do indivíduo com uma visão voltada para os problemas sociais, estimulando a participação do cidadão no planejamento das ações de políticas públicas e gestão do setor da saúde,

nas respectivas comunidades.

Portanto, o conceito de controle social, entendido como o poder do Estado sobre a sociedade e o indivíduo, passará, com a efetiva participação popular e o surgimento do empoderamento coletivo, para o entendimento de um controle social no qual a sociedade e o indivíduo fiscalizam o Estado, contribuindo para o exercício da cidadania e o fortalecimento do SUS.

No entanto, encontramos dificuldade para alcançar o empoderamento dos indivíduos, principalmente no que diz respeito a possibilitar formas palpáveis de estímulo da participação destes nas políticas públicas de saúde.

Esta não participação da comunidade tem como resultado o surgimento da Judicialização da Saúde, como forma de garantia de acesso aos tratamentos não referenciados pelo SUS, como a Fisioterapia domiciliar, medicamentos de média e alta complexidade, por exemplo, demonstrando a necessidade de uma maior participação popular no setor saúde.

## **2 METODOLOGIA**

A metodologia utilizada neste trabalho terá por base um estudo descritivo-analítico, desenvolvido através de pesquisa bibliográfica, uma vez que buscamos explicações embasadas em trabalhos especializados e publicados sob forma de livros, revistas, artigos, enfim, publicações que abordem direta ou indiretamente o tema em análise.

## **3 RESULTADO E DISCUSSÃO**

### **3.1 DEMOCRACIA E PARTICIPAÇÃO POPULAR**

Analisando as diversas teorias políticas, podemos perceber que nos estados onde se adota a democracia, especificamente onde o objetivo maior é alcançar um verdadeiro Estado Democrático de Direito, a participação direta ou indireta de seus cidadãos nas decisões políticas é fundamental para a legitimidade de suas Constituições.

Neste sentido HESSE (1991, p. 8), sobre a força normativa da Constituição, assim aduz:

A Constituição [...], transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida se fizerem se presentes, na consciência geral – particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional - não só a vontade de poder, mas também a vontade de constituição.

O sistema democrático é caracterizado, basicamente, pela liberdade de expressão - Princípio da Participação - e a escolha periódica de seus representantes - Princípio da Soberania Popular - sendo o voto o meio legítimo de participação popular no processo de construção de normas que irão reger a sociedade.

BONAVIDES (2006, p.121), contribui:

A legalidade de um regime democrático, por exemplo, é seu enquadramento nos moldes de uma Constituição observada e praticada; sua legalidade será sempre o poder contido naquela Constituição, exercendo-se de conformidade com as crenças, os valores e os princípios da ideologia dominante, no caso a ideologia democrática.



Diante do exposto, analisamos que estas ideologias têm como principal base de sustentação a participação popular, esta como instrumento de controle social que indica a soberania popular em ação, representando o efetivo exercício do poder político pelo seu verdadeiro titular de direito.

A democracia depende da participação popular como meio para alcançar seus objetivos, como por exemplo, o convívio humano em sua constante complexidade diante das tensões existentes entre a realidade constitucional e a própria Constituição. E esta é uma busca eterna, pois o pensamento político-democrático tem que questionar seus pressupostos, visando à incolumidade dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, onde, cada qual a sua maneira, proponha a melhor forma de organização da sociedade a fim de alcançar a justiça.

GOYARD-FABRE (2003, p.342) neste sentido alude que:

Por causa da diversidade das individualidades que, ao se exprimirem, tentaram e continuam tentando dar uma unidade à vontade geral do povo. A democracia secretou ilusões de que hoje, se tem consciência e pelas quais ela é severamente censurada. [...] é por isso que, no mundo contemporâneo que vive globalmente na era democrática, denuncia-se a crise que mina esse sistema pelo qual tantas gerações lutaram dando o melhor de si.

A participação popular direta e indireta materializa a legitimidade do exercício do poder, na medida em que contribui para submeter o Estado às reais necessidades e aos interesses do povo e se apresenta como alternativa ao mero exercício formal da democracia.

HÄBERLE (1997, p. 23) leciona que:

Todo aquele que vive no contexto regulado por norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico.

Observamos o rompimento do monopólio estatal da interpretação constitucional, admitindo a participação, não só dos juízes ou políticos, mas também dos grupos e indivíduos que influenciam tanto no momento da criação quanto no da concretização da norma.

Urge, para que o Estado não se desvirtue de sua finalidade precípua, qual seja, atender da melhor maneira possível às necessidades da sociedade, ser cada vez mais necessário que o povo reserve para si, individual ou coletivamente, meios de exercício direto do poder do qual é o titular originário.

#### **4 DIREITO À SAÚDE NO BRASIL**

Considerando que o Direito Constitucional Brasileiro vive um momento importante quanto às práticas jurisprudenciais, com a mudança de paradigma em razão do compromisso com a efetividade de suas normas e elaboração científica no desenvolvimento de uma dogmática de interpretação constitucional, encontraram no Capítulo II – Da seguridade Social – Seção II - da Saúde, a necessidade da participação popular na organização da gestão da saúde pública coletiva, especificamente nos artigos

196 e 198 da CF/88, in verbis:

Artigo 196: - Saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Artigo 198 – As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade;

Atendendo aos pressupostos do artigo 196, surgiu a Lei nº 8.080/1990 que criou o Sistema Único de Saúde - SUS, onde podemos perceber sua organização, baseada na descentralização das ações e políticas de saúde, e tratando das condições para sua promoção, proteção e recuperação, buscando proporcionar o atendimento integral à população.

No mesmo sentido, para atender ao artigo 198, temos a lei nº 8.142/1990, que vem tratando, especificamente, da participação da comunidade no acompanhamento das políticas e ações respectivas, criando os conselhos e as conferências de saúde.

Observamos que os princípios ético-doutrinários do SUS, como a integralidade ao desenvolver prioritariamente às atividades de promoção e prevenção a saúde, sem prejuízo dos serviços especializados, a equidade em busca de tratar de forma diferenciada os desiguais, oferecendo mais a quem mais precisa, procurando reduzir as desigualdades nos atendimentos, e a universalidade ao favorecer a igualdade de acesso a todos os brasileiros, sem importar onde sejam atendidos, são mecanismos que visam possibilitar que as determinações da Constituição Federal sejam respeitadas.

Neste sentido, percebemos a preocupação quanto à diretriz constitucional que traduz o anseio dos atores sociais brasileiros por uma democracia participativa na qual os cidadãos influenciam de maneira decisiva a definição e a execução das políticas de saúde locais.

Nesta perspectiva, observamos o surgimento, na década de 1990, das normas operacionais básicas do SUS – NOB - que foram ferramentas que permitiram uma organização no sentido de democratizar o serviço de saúde pública no Brasil. Com a NOB-91 observamos a transformação dos Estados e Municípios em prestadores de serviço, definindo assim uma prestação de serviço mais próxima da população.

A NOB-92, sem alterações importantes, provocou o início do movimento municipalista precursor do documento que promoveu a discussão da ousadia de cumprir e fazer cumprir a lei, tendo a NOB-93 definindo os tipos de gestões, a criação dos Fundos Municipais de Saúde e a criação das Comissões Intergestores Tripartite e Bipartite.

As Comissões Intergestores Bipartites têm como função adaptar as normas operacionais básicas do SUS às condições específicas de cada Estado, fiscalizando a movimentação de recursos repassados para os fundos Municipais de Saúde, elaborando o plano de Saúde e o relatório de gestão dos Estados, definindo os orçamentos municipais para área de Saúde; de modo que os recursos do governo federal sejam transferidos para o fundo municipal de saúde, com a observância do número de habitantes, da existência do Plano Municipal de Saúde, do número de doentes graves e de óbitos do município, e da existência do Conselho Municipal de Saúde, órgão colegiado formado paritariamente por gestores, prestadores de serviços, e usuários, que tem como função planejar e fiscalizar a atuação dos gestores na aplicação dos recursos na área de saúde.

## 5 O SUS, O CONTROLE SOCIAL E O EMPODERAMENTO

O Sistema Único de Saúde do Brasil – SUS é o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público.

O SUS é um produto da Reforma Sanitária Brasileira, originada do movimento sanitário, processo político que mobilizou a sociedade brasileira para propor novas políticas e modelos de organização de sistema, serviços e práticas de saúde, estimulando assim o exercício da participação social no Sistema.

VASCONCELOS et PASCHE (2007, p. 557) contribuem:

A mobilização social e a qualificação da participação social, no contexto do pacto em defesa do SUS, se constitui em requisito indispensável para fortalecer as outras dimensões do pacto pela saúde, pois sem o acompanhamento e a cobrança de responsabilidade junto aos gestores do SUS, corre-se o risco de se postergar indefinidamente a efetivação dos compromissos acordados.

Encontramos o conceito de Controle Social como controle do Estado sobre a sociedade e os indivíduos. No entanto, com a participação efetiva da comunidade na organização e execução das políticas de saúde, estimula-se o surgimento do fenômeno do empoderamento coletivo.

MARTINS JUNIOR (2003, p. 56) colabora:

Trata-se de um processo de reconhecimento do poder existente, ainda não exercido, mas disseminado na estrutura social que não escapa a nada e a ninguém. Se o poder é um elemento da sociedade, apoderamento, ‘ad-poremanto’ significa ‘trazer o poder mais próximo de si’ [...].

Assim, ao trazer o poder para mais próximo de si, o indivíduo ganha a capacidade de melhor interpretar os direitos e interesses das comunidades a que esteja prestando um serviço cidadão, contrapondo-se aos poderes de quem ordena, decreta, pune, dá prêmios, faz chantagem e manipula.

Na sociedade contemporânea, o conceito de empoderamento surge a partir

dos movimentos de direitos civis nos Estados Unidos nos anos setenta, através da bandeira do poder negro, como uma forma de autoavaliação da raça e conquista de uma cidadania plena.

Embora, originalmente, encontremos na língua inglesa o termo empowerment no sentido de “dar poder, autorizar ou permitir a alguém para realizar uma tarefa sem precisar da permissão de outras pessoas”, percebemos que se trata de uma simples doação ou transferência por benevolência que transforma o sujeito em objeto passivo, ou ainda na construção de habilidades e competências para um determinado objetivo.

Neste sentido, verificamos, conforme contribuição de FREIRE (1992), na língua portuguesa a interpretação da palavra empoderamento com “conquista, avanço e superação por parte daquele que se empodera, tornando-se sujeito ativo do processo” como termo renovador.

Portanto, o educador brasileiro criou um significado especial para o empoderamento no contexto da filosofia e da educação. Deixando de ser compreendido como um processo que ocorre de fora para dentro do indivíduo como é no Empowerment inglês, passando a processar-se internamente pela conquista, compreendido na língua portuguesa como o fenômeno do empoderamento.

HÄBERLE (1997, p. 31/32), contribui:

Todavia, trata-se aqui de algo fundamentalmente diferente: participação no processo não significa aptidão para aceitação de decisões e preparação para se recuperar de eventuais decepções. Legitimação, que não há de ser entendida apenas em sentido formal, resulta da participação, isto é, da influência qualitativa e de conteúdo dos participantes sobre a própria decisão.

Enquanto a teoria da interpretação constitucional em uma sociedade pluralista de HÄBERLE busca atender aos anseios sociais de participação popular no processo de legitimação da norma, necessitamos através do empoderamento coletivo, de realizar um controle social para formar uma base social estável, com pressupostos institucionais firmes e uma cultura política bastante desenvolvida.

Percebemos que a participação deve ser interpretada numa visão ampla que vai além do compartilhar informações e da oferta de contribuições, pois envolve além da corresponsabilidade na elaboração conjunta de planos e propostas de ação, a criação de relacionamentos de confiança mútua e cumplicidade, bem como o comprometimento e o reconhecimento de interdependência na sociedade.

O termo empoderamento empregado neste trabalho deverá ser visto com a noção freireana de conquista da liberdade pelas pessoas que têm estado subordinadas a uma posição de dependência econômica ou física ou de qualquer outra natureza.

## 6 JUDICIALIZAÇÃO

Nas democracias contemporâneas, o Poder Judiciário tem sido chamado a tomar decisões com alto teor político com o intuito de garantir direitos fundamentais.

Neste sentido, LUIZ BARROSO (2005, p. 240) contribui:

Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos

foi à virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e garantias de magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar o papel político dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo.

Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes. (Revista de direito Administrativo, 240)

Em relação à judicialização do direito à saúde no Brasil, o entendimento da jurisprudência é no sentido de confirmar a importância teórica e prática do tema em razão do envolvimento não apenas dos operadores do direito, mas também dos gestores públicos, profissionais de saúde e da sociedade civil como um todo.

Neste sentido, vejamos a ementa do Ag. Reg. na suspensão de tutela antecipada 175 do Ceará pelo pleno do STF em 17/03/2010:

EMENTA: Suspensão de segurança. Agravo Regimental. Saúde Pública. Direitos Fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave ameaça lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

A atuação do poder judiciário tem sido fundamental para o exercício da cidadania, haja vista que as decisões judiciais levam à garantia de prestações dos direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastando com as políticas estabelecidas pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias.

Infelizmente, percebemos a intervenção do poder judiciário na esfera executiva e legislativa no momento de omissão quanto à aplicação dos recursos na área da saúde como única ferramenta de acesso do usuário ao sistema único de Saúde, por faltas de políticas públicas que não tem organização, planejamento, gestão e fiscalização por parte dos órgãos colegiados para este fim.

Esta intervenção não é salutar ao processo democrático de direito, uma vez que deixa fora das discussões os maiores interessados na saúde pública do Brasil, os usuários.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Temos observado que a democracia enquanto regime de governo tem ocupado lugar principal na teoria política contemporânea e, apesar de sua hegemonia, é o conceito mais disputado e controverso entre as correntes e o pensamento político da atualidade, tornando-se vítima de seu próprio sucesso, haja vista as características apresentadas nos tipos de democracia procedimental, deliberativa e participativa. Entretanto, a democracia participativa ressalta a importância da participação da educação cívica do cidadão, e adverte que a democracia contemporânea vem perdendo legitimidade e eficácia exatamente porque não consegue mais reproduzir seus ideais democráticos para as novas gerações.

O Brasil, ao instituir na sua CF/88 a saúde como direito e dever do Estado, conclama o exercício da cidadania através da participação da sociedade na área da saúde, tanto na gestão de sistemas de saúde quanto na gestão clínica esta ainda muito incipiente, em razão da não capacitação cívica do usuário do sistema de saúde.

Muito embora na legislação brasileira conste diretriz constitucional da participação popular, através das conferências e dos conselhos de saúde, estes acabam sendo manipulados politicamente na sua composição e funcionamento, comprometendo a representatividade da população e dificultando o controle social para a efetivação do SUS.

Podemos afirmar que, a manipulação destas instâncias pelo Poder Executivo contribui para a existência de um vácuo enorme da participação popular nas políticas públicas de ação e gestão da saúde pelos seus usuários, impedindo desta forma que estes espaços públicos sejam utilizados como meio necessário para o exercício da cidadania.

Logo, só conseguiremos um SUS como foi pensado pelo constituinte de 1988 quando as pessoas envolvidas no processo de saúde local conseguirem se apoderar da filosofia e prática do Sistema através da participação da Comunidade ao concretizar o controle social, alcançando o empoderamento coletivo.

Na área da saúde, empoderar significa capacitar as pessoas ou comunidades a partir de processos educativos, em qualquer espaço individual ou coletivo, com a intenção de programar estratégias que visem à tomada de decisão, com fim de garantir fortalecimento das ações positivas para a saúde.

Assim, o empoderamento, é um processo que ajuda as pessoas a firmar seu controle sobre os fatores que afetam a sua saúde. É também usado como sinônimo para habilidades de enfrentamento, suporte mútuo, organização comunitária, sistema de suporte, participação da vizinhança, eficiência pessoal, competência, autoestima e autossuficiência.

A literatura da Educação em Saúde e Promoção da Saúde reconhece a importância dos valores do autodesenvolvimento ou autorrealização, pela relevância que dão à aquisição das habilidades pessoais para cuidar de si e ser responsável pela própria saúde.

Vale ressaltar que o fenômeno do empoderamento coletivo não poderá ser ensinado de maneira convencional, por tratar-se de um processo gradativo e subjetivo, pois depende do envolvimento individual no processo de crescimento e amadurecimento pessoal através da participação popular no planejamento, realização e fiscalização das ações e políticas de saúde locais.

Como a justiça política está intimamente ligada às possibilidades do debate democrático, entendemos que a criação de espaços públicos que possibilitem a participação nas decisões acerca do setor saúde a serem desenvolvidas pelos cidadãos é uma maneira de fortalecer o exercício da cidadania e a educação cívica.

Acompanhando a mídia nacional, percebemos que, constantemente, o Poder judiciário tem sido acionado para garantir o direito fundamental à vida de algumas pessoas que necessitam de tratamento e medicamento não elencados na relação disponibilizada pelo SUS, através da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, emitindo mandados para cumprimento pelo executivo dando ensejo ao fortalecimento do fenômeno da judicialização do direito à saúde.

Assim, é necessária uma mudança de paradigma do conceito de controle social como um instrumento de controle do Estado sobre o indivíduo e a sociedade, passando a ser este, através do fenômeno do empoderamento, um instrumento conquistado pelo indivíduo para propor e fiscalizar as ações e políticas públicas de saúde a serem implementadas nas suas comunidades.

Portanto, esta mudança de paradigma depende de uma educação cívica dos cidadãos, levando-os a participar das discussões políticas na área da saúde, despertando-os para o exercício da cidadania e demais formas de participação popular que o sistema democrático necessita.

O grande entrave está em encontrar meios palpáveis para estimular os cidadãos a participarem do processo de planejamento e gestão das ações de saúde em suas comunidades e desta forma não necessitem de intervenção do judiciário, por meio de liminares que, às vezes, chegam tarde demais.

## 8 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Ciência Política**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Doze anos da Constituição Brasileira de 1988, *in* **Temas do Direito Constitucional**, 2001.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – O triunfo do direito constitucional no Brasil. **Revista de direito administrativo**, n.240. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Esperança: um reencontro com a pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro-RJ: Paz e Terra, 1992.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é Democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** – Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre - RS: Sergio Antonio Fabris editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**: Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre - RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MARTINS JUNIOR, Tomaz. Apoderamento. *In* Sanare – **Revista Sobralense de**

**Políticas Públicas.** Ano IV, n.1, Jan./Fev./Mar. 2003.

VASCONCELOS, Cipriano Maia; PASCHE, Dário Frederico. O Sistema Único de Saúde. *In Tratado de Saúde Coletiva.* Ed. HUCITEC, Ed, FIOCRUZ. São Paulo e Rio de Janeiro, 2007.



## O PLURIPARENTALISMO DAS “FAMÍLIAS MOSAICO” À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO: PERSPECTIVAS PARA O PODER FAMILIAR

**Lúcia Karyne de L. Rodrigues**

*Estudante de Graduação em Direito da UNIFOR*

**Fernando Antônio Campos Viana**

*Mestre em Direito Constitucional e Professor da UNIFOR*

### **Resumo**

Trata-se de um estudo bibliográfico que objetivou investigar o tipo de formação familiar que vem ganhando espaço no meio social: as famílias plurais ou “famílias mosaico”, assim chamadas pela diversidade de membros de compõem o núcleo familiar. Almejou-se traçar um panorama da família ao longo dos tempos, conceituando as formas de uniões admitidas pelo nosso ordenamento jurídico até o alcance da família contemporânea que, diferente de tempos remotos, admite uma formação livre, englobando membros advindos de ancestrais diferentes e enfatizando o indivíduo e a preservação da dignidade que lhe é garantida no âmbito Constitucional. O afeto é o elemento principal que enseja a formação da “família mosaico”, que transforma um pai ou mãe não biológico em socioafetivo, desencadeando desta nova relação situações ainda não previstas em lei mas que já reclamam por soluções, pois são os fatos sociais os geradores de dispositivos legais. A discussão é em torno do poder familiar e da possibilidade de herdar do filho socioafetivo. Os resultados evidenciam que, apesar do tratamento igualitário concedido pela Carta Magna às famílias brasileiras, outros dispositivos legais necessitam acompanhar esta modernização da Constituição, para só então as famílias plurais ou “mosaico” serem igualmente tratadas em seus problemas como a família constituída pelo casamento, união estável ou a família monoparental.

**Palavras-chave:** afetividade, direito de família, sociedade, poder, herança.

### **1 A ESTRUTURA FAMILIAR E O DIREITO BRASILEIRO**

Direito é um conjunto de normas que, interligadas e coesas, organizam as relações sociais. Incorporar ao sistema positivo princípios constitucionais foi uma evolução diante da leitura restrita que se fazia das leis. A abrangência dos princípios proporcionou maior segurança nas questões de Direito e a possibilidade de, na falta de norma específica, o uso do princípio ter força igualmente legal.

Foi a partir dessa visão amplificada e sociabilizada do Direito Positivo, adquirida com a utilização dos princípios trazidos pela Constituição Federal, que a família, base da sociedade, evoluiu nas suas relações; estas que refletiram para que o ordenamento jurídico manifestasse reconhecimento e estudasse diligência em regulamentar situações de fato.

Ora, a família mudou. Qualquer resistência às mudanças pode soar retrógrada e preconceituosa. Sociologicamente, uma das justificativas para essa mudança é que a estrutura política de uma sociedade não é mais do que o modo pelo qual os diferentes segmentos que a compõem tomaram o hábito de viver uns com os outros (DURKHEIM, 1981, p.51).

A evolução do homem provoca mudanças constantes e estas, por conseguinte, não são acompanhadas pelas leis. Logo, as lacunas deixadas pelos legisladores dão margem a interpretações diversas. Contudo, a existência dos princípios constitucionais dá maior segurança na garantia dos direitos pessoais e coletivos.

Os princípios fundamentais são aqueles elencados no art. 1º da Constituição Federal de 1988 o qual trouxe para a família brasileira um benefício especial: a referência à dignidade da pessoa humana. Assim, pode-se falar em princípios inerentes ao Direito de Família, por alguns deles se adequarem perfeitamente às necessidades da família atual.

A família está tutelada pela Constituição, dispositivo mais importante do ordenamento jurídico brasileiro, e por isso pode utilizar-se de princípios constitucionais para respaldar-se diante de qualquer situação de iminente risco à sua dignidade.

Doutrina Madaleno (2009, p.65) que “o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana”, e ele está envolto de razão. Sem a presença da afetividade, as relações familiares seriam meras obrigações impostas pela filiação ou o acaso do parentesco. Em razão disso, a afetividade tornou-se um princípio.

Aquele que não recebeu o afeto de uma família, nem de ninguém, tem forte tendência a tornar-se um ser intolerante e alheio às aflições do mundo. É o amor que une as pessoas. Acreditando ou não neste ensinamento, é fato que o amor e o afeto são molas que sustentam as pilastras de uma família harmoniosa, e deste seio familiar apenas surgem bons frutos.

O artigo 1596, caput, do Código Civil e o artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal comungam do mesmo texto legislativo onde diz 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”. A evolução destes dispositivos é indiscutível. Enquanto o Código Civil de 1916 discriminava os filhos, classificando-os como legítimos ou ilegítimos, hoje termos considerados pejorativos, o ordenamento atual acaba com qualquer distinção a esse respeito.

Já o artigo 1593 do Código Civil não declara explicitamente o seu caráter socioafetivo, porém pode-se interpretá-lo de forma a caber neste estudo. Diz o referido artigo “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”. Quando fala-se em ‘outra origem’ pode-se entender como paternidade ou maternidade afetiva, e no princípio da igualdade de filiação a afetividade é suficiente para garantir o tratamento igualitário entre filhos biológicos, adotados ou afins.

Atualmente, a família possui várias formas e valores, características muito distintas das visualizadas na família antiga. É sabido que a família percorreu um longo caminho até os dias atuais, passando por diversas transformações consideradas não tão revolucionárias, que até podem não ter surgido dentro da sociedade familiar, porém, os resquícios dos fatos sociais refletem nela direta ou indiretamente, como mudanças políticas, econômicas e sociais.

### **1.1 Breves comentários sobre os Códigos Civis de 1916 e 2002 em relação à família**

O século XX foi marcado por fatos que ficarão na história da humanidade,

editados por livros de História e disseminados pelos cantos do mundo. Foram Guerras Mundiais, Revoluções, Regimes Totalitários, Crises de Superprodução, enfim, mudanças tão rápidas que brutais que destruíram e construíram países, modificaram regimes sociais, valorizaram moedas e, com isso, trouxeram benefícios e malefícios para a população mundial.

Apesar de ter a sociedade transformada rápida e brutalmente, o Brasil tentou avançar no âmbito social, político, cultural e econômico. Promulgou a primeira Constituição Federal do Brasil, no ano de 1824, ainda no século XIX e, no século seguinte, sancionou a Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, referente ao Código Civil, ou seja, quase um século depois. Processo moroso e enrustido com os preconceitos da época.

Sobre esse fato histórico, comenta Maria Helena Diniz:

A idéia de codificar o direito surgiu entre nós com a proclamação da independência política em 1822. Ante o fato de não termos leis próprias, a Assembléia Constituinte baixou a Lei de 20 de outubro de 1823, determinando que continuassem a vigorar, em nosso território, as Ordenações Filipinas, de Portugal, embora alterados por leis e decretos extravagantes, principalmente na seara cível, até que se elaborasse nosso Código. (DINIZ, 1997, p. 47)

A representação da família no Código Civil já estava prevista desde a sua primeira edição quando, por influência de Savigny, o Código foi dividido em duas partes (DINIZ, 1997). Detalhes importantes como, ainda nas disposições preliminares, a capacidade civil depende da concessão paterna, apontando o imperialismo da figura do pai e do homem na sociedade como um todo. Esses resquícios ainda deixados pela cultura greco-romana.

No atual Código Civil, promulgado em janeiro de 2002, várias mudanças ocorreram. Todo o Código anterior foi revogado e passou a vigor a Lei 10.406. Os efeitos do casamento eram baseados na subsistência da família pelo cônjuge varão, reforçando o modelo familiar que remete ao estilo romano, ainda com o pai liderando e tomando todas as decisões sobre os membros da família. Hoje, é desproporcional responsabilizar o homem pelo sustento da casa; atribuir esta função a somente uma pessoa, seja ao homem ou à mulher, é retroagir na sociedade e permitir que o preconceito se estabeleça novamente.

Outra consideração importante para este estudo é quanto ao pátrio poder, hoje, poder familiar. Falar em poder familiar é inserir a mulher como chefe de família. É permitir a existência de uma família sem a figura paterna, hoje comum e aceitável tal situação na sociedade. O atual Código resguarda um capítulo para disciplinar as disposições a respeito da matéria, relacionando sempre aos pais a responsabilidade de gerir e cuidar do patrimônio dos filhos menores.

O projeto do Codex de 1916 foi elaborado pelo magnífico jurista Clóvis Beviláqua, sob ordem do então Presidente da República Campos Sales. Ao entrar em vigor, era suficiente para a época, mas como as mudanças sociais são céleres, rapidamente, as disposições vigentes já não supriam a necessidade do povo. As relações jurídicas estavam a frente do que se podia fazer em favor das pessoas. Reafirma este

pensamento Diniz (1997, p. 48) “em verdade, depois de 1916 os acontecimentos alteraram, profundamente os fatos sociais, requerendo maior ingerência do juiz nos negócios jurídicos, derogando o princípio *pacta sunt servanda*”.

Foi então, que o Governo brasileiro, diante das mudanças inegáveis de uma sociedade individualista para uma social, resolveu pôr em execução o plano de reforma já vinha sendo planejado. Resultou no ordenamento que hoje se apresenta. Receptivo às mudanças quanto à propriedade, aos negócios jurídicos, aos deveres e obrigações, à família e a sucessão desta.

Precursora do Código Civil, a Constituição Federal de 1988 inovou reconhecendo a entidade familiar e designando princípios norteadores da sociedade, abrindo margem para doutrinadores criarem novas teorias e nomenclaturas para a família. Hoje, o Direito Civil dá destaque ao Direito de Família, que passou a ser Direito das Famílias, no plural (DIAS, 2009); e é diante desta realidade que devem ser baseadas as disposições relacionadas às famílias brasileiras.

## 1.2. A origem da família

A família surgiu a partir do momento em que os seres humanos viram a necessidade de proteger seus interesses de qualquer adversidade. Eram extensas, com grande número de parentes na linha reta e colateral e, comumente, dividiam a mesma propriedade, tendo como líder apenas a figura do pai.

As primeiras relações sociais foram registradas no seio familiar. Nela, seus componentes denominados parentes, defendiam os interesses individuais e coletivos evitando, por exemplo, a descentralização do poder da figura do pai, considerado dentro da família o chefe absoluto, ou que a propriedade fosse perdida para alguém que não pertencesse ao clã que se formara.

Diz Fultel de Coulanges que “da família provieram, pois, todas as instituições, assim como todo o direito privado dos antigos. Da família tirou a cidade seus princípios, suas regras, os seus usos, a sua magistratura”.

Apesar da família antiga ser regida pela figura do pai, o Estado era intervencionista, então criou a instituição casamento para regulamentar as relações que se formavam. O afeto ainda não era um princípio fundamental para estabilizar relações; ele existia mas não gerava direitos.

No modelo da família antiga, grega ou romana, vivia-se intensamente o estilo de vida “até que a morte nos separe”, pouco importando a satisfação pessoal dos cônjuges, pois o que prevalecia era sempre o interesse coletivo, a manutenção da instituição familiar. Neste modo de vida sucediam também os filhos, mantendo a tradição do casamento, coniventes com um Estado indiferente aos laços afetivos e priorizador dos vínculos patrimoniais.

Ao passo que a sociedade evoluiu, surgiram novos valores que tornaram-se prioridade na vida do homem, fazendo-o deixar de lado tradições dos primórdios, como a manutenção de uma sociedade familiar que visava apenas à formação e manutenção de patrimônio, propagação das crenças e poder inesgotável do pai. A mulher não era nada mais que uma procriadora, sem direitos ou garantias. A prioridade era manter a união dos parentes no seio familiar, evitando qualquer ruptura ou descentralização de poder.

As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois, a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade. (FARIAS, 2007, p. 4).

A busca pela felicidade agora é objeto de desejo entre as pessoas, como uma recompensa por séculos de opressão e convivência com uma família que mais assemelhava-se a um contrato de adesão.

Estudos modernos reforçam a afinidade e o afeto como requisitos essenciais para a boa formação do indivíduo e a família como ambiente apropriado para prepará-lo para conviver numa sociedade externa. Neste pensamento, ensina Farias (2007, p. 1), “O ser humano nasce inserto no meio familiar – estrutura básica social – de onde se inicia a moldagem de suas potencialidades com o propósito da convivência em sociedade e da busca de sua realização pessoal”.

### **1.3 Conceito de família e sua arquitetura no Direito brasileiro**

O conceito de família, por muito tempo, foi expresso pelo modelo existente na época do Renascimento, quando Michelângelo criou uma de suas obras-primas, o quadro da Sagrada Família, a retratação da família da época, revestida de religiosidade. Era a família formada pela figura paterna, materna e seus descendentes. A Sagrada Família de Michelângelo, hoje, não representa a maioria das famílias brasileiras. Diz Dias (2007, Online) que a “Sagrada Família, hoje em dia, é apenas um quadro na parede. Aquela composição clássica de papai, mamãe, filhinho e filhinha também é coisa do passado”.

Família é uma instituição social composta por pessoas de uma mesma linhagem, com parentesco natural ou civil. Esta sociedade ainda abrange agregados, e é balizada por múltiplos deveres e obrigações recíprocos, incluindo o respeito e afeto.

O elemento afeto sempre esteve presente nas relações familiares, porém o destaque e importância que tem hoje em dia é imensamente maior. Nas famílias romanas, por exemplo, apesar da existência do afetividade, as decisões de casamento eram tomadas em razão da vontade do pater familias visando o interesse econômico e procriação da espécie.

A família se refez ao longo dos séculos. Na sociedade globalizada é mais importante valorizar a pessoa como indivíduo único assim como suas potencialidades do que a família propriamente dita. Ensina Guilherme da Gama que o Direito tutelado no mundo atual recepciona um novo modelo de família, que é a célula essencial da civilização humana, enfatizando as pessoas dos familiares, mais do que a própria instituição familiar (GAMA, 2008).

Com a chegada da era contemporânea, diversas estruturas familiares podem ser identificadas na sociedade brasileira. A Carta Magna de 1988 reconhece algumas espécies de família, além de inovar no reconhecimento da entidade familiar, uma forma moderna de representação da família atual. A começar por uma das instituições mais antigas da humanidade, o casamento; em seguida serão destaque a união estável e a família monoparental.

Casamento, citando o Código Civil de 2002, artigo 1511 “é união plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”, ou seja, participação direta de um cônjuge na vida do outro porém respeitando o direito à privacidade necessária de cada um. Mas, na definição doutrinária de Washington de Barros Monteiro citado por Carlos Roberto Gonçalves (2004, p. 23) casamento é “a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem seus filhos”.

Não é à toa que o casamento inaugura os temas de Direito de Família, pois é a partir dele que é oficializada a união do homem e da mulher, os quais podem adquirir bens, ter filhos e continuar sua participação na sociedade, porém, em um contexto diferente: no papel de uma família que tem direitos e deveres a serem cumpridos em relação aos membros da comunidade que se formara e para o Estado no qual estão inseridos.

O casamento produz vários efeitos jurídicos, sendo difícil até enumerá-los. Sabe-se que tais efeitos fogem, alguns, da esfera jurídica e caem no âmbito da moral. A constituição de uma família, a assistência mútua, a criação e educação dos filhos, os efeitos econômicos como o regime de bens escolhido pelos consortes, o usufruto dos bens na questão do poder familiar, entre muitos outros.

Até pouco tempo desprezada pelos legisladores e vivendo à margem das relações sociais, a união estável resistiu ao tempo e cada vez mais ganhou adeptos. Com o advento da Constituição Federal de 1988, finalmente, ela foi reconhecida, com atraso, como entidade familiar. Após esse fato memorável, a relação passou a ser respeitada e tratada com naturalidade pelos juristas e operadores do Direito.

A união livre diferencia-se do casamento, contudo, a igualdade entre os dois institutos pode ser notada na seara dos requisitos para o reconhecimento e dos deveres entre os companheiros. Para haver união estável, diz o artigo 1724 do Código Civil que “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres da lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

Diferenciada do casamento apenas pela inexistência da celebração, a união estável também deve acontecer entre o homem e a mulher, como explica o doutrinador Gonçalves (2007, p. 552) “por se tratar de modo de constituição de família que se assemelha ao casamento, apenas com a diferença de não exigir a formalidade da celebração, a união estável só pode ocorrer de relacionamento de pessoas de sexo diferente”.

Neste modelo de formação familiar a afetividade também é requisito para a existência, já que são denominadas de uniões livres, passa o afeto a ser um item imprescindível para a permanência da união entre os companheiros. Sem este elemento, a relação estável não aconteceria, pois as partes envolvidas não teriam motivo algum de se unirem na intenção de formar família, ainda mesmo sem ter a formalização da celebração matrimonial, e arcar com os deveres e obrigações inerentes a instituição família.

Procura-se explicar tamanha aderência a esse estilo de união pela desburocratização do ato. Relacionamentos clandestinos, encontros esporádicos e escondidos da sociedade não constituem união estável e, portanto, não geram direitos nem obrigações.

As famílias surgiram na antiguidade por uma questão de ordem cultural. Era costume as pessoas se unirem no intuito de procriar, cultivar seus antepassados,

aumentar o patrimônio e protegê-lo de qualquer interferência externa maléfica. Também era objetivo da família fazer perpetuar o nome desta através dos filhos varões, pois apenas estes eram capazes de transmitir os genes e a cultura familiar, a mulher nada transmitia.

Falar de uma família constituída nesses moldes no mundo de hoje é, praticamente, renegar tudo o que o ordenamento jurídico levou anos para construir. O reconhecimento da entidade familiar, o direito e proteção à mulher, a igualdade entre os filhos, a questão hereditária, enfim, pouco do Direito antigo restou, e isto pode ser tido como benefício para o redesenho da família atual.

Bucher (apud FÉRES-CARNEIRO, 1999, p. 83) diz que “inicialmente convém observar que a família não é um fato natural, trata-se de uma conquista cultural, inserida em uma dimensão histórica de construção ao longo dos séculos e em consequência atravessando mudanças”. Mudanças estas necessárias ao próprio desenvolvimento do homem, pois este não é estático e as suas atitudes provocam mudanças na sociedade em diferentes proporções.

Questionadas sobre o conceito de família, algumas pessoas, há décadas, respondiam que família é a composição feita pelo pai, mãe e prole, vivendo em harmonia e unidos pelo afeto. A harmonia e o afeto permanecem, mas após as modificações feitas na Constituição Federal de 1988, essa composição bilateral de família caiu por terra com o texto do artigo 226, parágrafo 4º que diz “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, que ao reconhecer a entidade familiar elevou a nível Constitucional a família formada apenas por um dos pais e seu(s) filho(s). É a família monoparental.

Apesar de existirem inúmeros casos de monoparentalidade no Brasil e no mundo, a tendência do indivíduo é buscar, após o rompimento de um casamento ou união estável, a satisfação amorosa e vínculos afetivos junto de outro, geralmente do sexo oposto.

Diante desta realidade que assola a população global, qual seja, a busca por reconstruir a vida ao lado de alguém com quem o afeto seja a base deste, sendo este assunto tema de livros, filmes, artigos, congressos, visto clamor social, o ordenamento jurídico também não poderia ser omissivo quanto ao tema.

Atualmente, outro contexto de família está evidente na sociedade e são denominadas de famílias reconstituídas. São famílias recompostas por indivíduos diversos, não sendo necessário o quesito consanguinidade para identificar a parentalidade. No Brasil, foi dado um nome interessante à essas famílias: são as “famílias mosaico”; e é este tema que será explanado logo a seguir.

#### **1.4 “Famílias Mosaico”: o afeto como alicerce da família contemporânea**

“Famílias mosaico” é como são conhecidas as famílias reconstituídas através de casamento, união estável ou outro tipo arranjo familiar, no qual os componentes são pessoas advindas de relacionamentos anteriores e unem-se a outrem em situação idêntica ou não, levando para esta formação familiar também os filhos de cada um, caso existam; por isso, são conhecidas como pluriparentais por sua composição diversa e livre.

Diz Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Konstanze Röhrmann (Online):

As famílias pluriparentais resultam da pluralidade das relações parentais, especialmente fomentadas pelo divórcio, pela separação, pelo recasamento, seguidos das famílias não-matrimoniais e pelas desuniões. A estrutura das recomposições familiares vem caracterizada por matrimônios ou uniões sucessivas e a presença de filhos de outras relações.

Na Argentina, tais famílias foram nomeadas de família ensamblada, na Alemanha são chamadas de pachwork familie, nos Estados Unidos são conhecidas como step-families e no Brasil foi dada a nomenclatura interessante de “famílias mosaico”.

O mosaico é uma arte milenar feita com materiais diversos que podem ser vidros, pedras, cerâmica, entre outros, com o objetivo de formar desenhos que preenchem espaços vazios no chão ou em paredes.

Por analogia, vê-se que a família, como é desenhada atualmente, tem semelhanças com a arte do mosaico, pois é formada por pessoas que vieram de outras relações e juntas formam um novo contexto de família, multiplicando a parentalidade e inserindo pessoas de gênero, personalidade e grau de afinidade diversos, em um mesmo ambiente familiar. Uma família reconstituída é um mosaico que se forma.

Com este pensamento concorda Luiz Edson Fachin (1999, p. 306) “[...] mosaico da diversidade, ninho de comunhão no espaço plural da tolerância. Tripé de fundação, como se explica”.

A base da formação das famílias plurais ou “mosaico” é o afeto; sem a presença deste elemento não há como reconstruir uma família que foi dilacerada pelo divórcio, separação ou outro motivo extremo que fomentou o rompimento da relação. Por isso, a cada dia, surgem mais “famílias mosaico”, que representam o desejo de refazer a vida ao lado de outra pessoa, de criar os filhos num ambiente de amor, paz e integração, onde existam figuras típicas de uma família como pai, mãe e irmãos, que homens e mulheres optam por redesenhar a família, permitindo a inserção do legado de seu novo companheiro (os filhos), pois a partir de então, estes farão também parte de uma mesma família.

Extinta a obrigatoriedade do casamento perpétuo e liderado pelo cônjuge varão, como era percebido na sociedade greco-romana, as uniões passaram a ser livres. Homens e mulheres unem-se e separam-se de acordo com sua vontade e sem interferência do Estado ou do Judiciário, a não ser diante da necessidade de um divórcio litigioso e que envolva menores, quando então, é necessário ir à presença do juiz e do representante do Ministério Público para oficializar o divórcio e discutir o melhor interesse do menor.

A “família mosaico” traz consigo resquícios da família anterior e é preciso tempo e habilidade dos novos companheiros para superar as dificuldades e tornar o novo ambiente familiar a todos os integrantes, especialmente para a prole.

Os filhos, em geral, têm dificuldade em aceitar o novo companheiro de seu genitor, seja o pai ou a mãe, rejeitando, no primeiro momento, aquela figura que lhe parece ser intrusa e que surgiu para destruir o ninho em que antes viviam com os pais biológicos. Sendo o pai ou mãe falecido a estranheza não diminui. A memória do ente



querido estará sempre viva no coração dos filhos, porém, o cônjuge sobrevivente, apesar da dor da perda, após um período de luto, sente a necessidade natural de reconstruir sua vida ao lado de quem lhe transmite amor.

A família pluriparental percorre um longo caminho até que todos os seus componentes estejam integrados e conscientes da nova família que formaram juntos. São nuances que acontecem no núcleo familiar e, paulatinamente, modificam a percepção de cada integrante da família redesenhada de modo a acontecer a aceitação de uma nova realidade social. É o que Sabiamente comenta Rolf Madaleno:

É que um vínculo entre um cônjuge ou convivente com os filhos do outro nasce de uma aliança, construída aos poucos, com filhos já criados e amados em outras relações. Para estes é preciso tempo para a conquista da confiança e do afeto, e não como ocorre na vinculação biológica, quando já contam desde a concepção os vínculos de sangue. (MADALENO, 2009, p. 08)

A função social da família é imprescindível para a formação de cada ser humano. É no seio familiar que devem ser ensinadas as boas maneiras e princípios morais e éticos para que os filhos possam tornar-se cidadãos comprometidos e conscientes. Obviamente, não é possível cumprir a rigor estes ensinamentos porque a sociedade brasileira não é igualitária. Milhares de famílias vivem na linha abaixo da pobreza e não participam ativamente da sociedade, por sua pouca condição econômica e cultural. Ironicamente, são nessas famílias de pouca visibilidade social que acontecem com maior frequência a formação de “famílias mosaico”, em razão do descompromisso das pessoas em oficializar suas uniões, estas unem-se e separam-se com muita frequência.

O modelo de família fundada no casamento matrimonial agora, dá espaço às famílias plurais, porém, àquela é condição importante para o arranjo da “família mosaico”. Em razão de ser as primeiras núpcias do casal, pode ser chamada de família núcleo, ou seja, a primeira família, como explicam Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Konstanze Röhrmann (Online):

A família tradicional, neste contexto, vem sendo designada como família núcleo para indicar a família primeira, a família de primeiras núpcias, considerada, quase que, como família original. Com o desfazimento desta família, outros núcleos familiares são refeitos permitindo a continuação da família pela recomposição, especialmente orientada pelo amor e pelo afeto.

Sendo que o afeto é o alicerce da família contemporânea, se fosse incorporado aos princípios Constitucionais estaria em plena comunhão com a realidade. Mas, a afetividade ainda permanece como princípio, apenas no Direito de Família e, por esta razão, não é acatado como fundamento para muitos dilemas familiares.

O reconhecimento social e doutrinário das famílias pluriparentais ou “mosaico” acarretou algumas consequências para a rotina de tramitação dos processos

em matéria de família. Além de ser imprescindível o esforço pessoal dos membros das famílias plurais para que estas tornem-se relações sólidas, o Poder Judiciário também deve ser sensível no trato com os problemas advindos da nova célula familiar.

Nesta relação afetiva, os casais são egressos de outras relações e podem vir ou não com seus filhos, se este mantiver a guarda dos mesmos, ou ainda podem ter filhos em comum, aumentando a estrutura familiar e multiplicando os vínculos biológicos e afetivos.

Em decorrência de tantas transformações e tentativas de acompanhar os anseios sociais, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2.285/07, que dispõe sobre o Estatuto das Famílias e tem como autor o deputado federal Sérgio Barradas Carneiro, do Partido dos Trabalhadores da Bahia, e cujo objetivo é revogar os dispositivos que estão em desconformidade com a realidade social.

A formação de uma “família mosaico” exige, além do interesse e do afeto dos membros componentes, a desmistificação de nomenclaturas pejorativas, como a atribuída à figura da madrasta, retratada em personagens infantis como uma pessoa má que surge para destruir os lares harmoniosos. Também é preciso a aceitação em relação ao meio-irmão, ao padrasto, aos avós, tios e sobrinhos que, conseqüentemente, passam a compor a fotografia da família recomposta.

Além de novos personagens, as “famílias mosaico” trazem para o mundo jurídico novos conflitos a serem solucionados, os quais não podem ficar sem resposta efetiva. A Carta Magna já reconheceu a entidade familiar e garantiu proteção especial às famílias e a cada membro individualizado. Apesar de ter se resguardado em não falar expressamente sobre as “famílias mosaico” no texto Constitucional, o Estado Democrático de Direito assegura tratamento igualitário entre as famílias brasileiras.

## **2 O PODER FAMILIAR NAS “FAMÍLIAS MOSAICO”**

O Poder Familiar nas “famílias mosaico” é um ponto importante para se discutir. Trata-se da competência atribuída aos pais para cuidar de seus filhos enquanto menores, proporcionando-lhes segurança, guarda, educação, representação em atos da vida civil e exigindo comportamento próprios de sua idade, como garante o artigo 1634 do Novo Código Civil.

Os filhos precisam de proteção dos pais desde o nascimento até a vida adulta, sendo esse amparo reduzido ao passo que o filho adquire independência para gerir sozinho sua vida. Em caso de pais separados ou divorciados, a guarda compartilhada ou, estando a guarda apenas com um dos genitores cabendo ao outro apenas o direito de visitas, não interfere no poder familiar dos pais biológicos.

Nas “famílias mosaico” é comum este tipo de situação pois são pessoas que vieram de relacionamentos anteriores e trazem consigo o legado dessas relações para o convívio com o novo companheiro. O padrasto e a madrasta são figuras conhecidas no meio social, é comum encontrar famílias reconstituídas nas quais estes personagens dividem responsabilidades que vão além do sustento econômico.

A proteção dos filhos biológicos e dos filhos afetivos fica sob a responsabilidade de quem os cria, não desobrigando, obviamente, a paternidade responsável dos genitores. Pode ser entendido como uma divisão de tarefas na qual o companheiro ou companheira do cônjuge divorciado ganha a condição de guardião da integridade do filho deste; situação que ocorre quando há afetividade de forma

recíproca, agindo eles com mútuo respeito e consideração.

As “famílias mosaico” são entidades complexas pelas diversas formas de parentesco, merecendo atenção especial do Estado para que não sofram abandono em suas questões.

## 2.1 Definição de Poder Familiar

Precursor do poder familiar, o pátrio poder era o poder concedido ao pai, chefe da família romana, de administrar a vida e os bens dos componentes de sua família e seus subordinados, como empregados e escravos. Com o decorrer dos séculos, acompanhando as mudanças no comportamento humano diante da sociedade que se transformava, a família aboliu algumas tradições.

Ter em suas mãos o poder de vida e de morte permitia ao pater familias, como era chamado o chefe da família romana, tomar todas as decisões de interesse comum e individual da família. O termo pátrio poder, por muito tempo, persistiu em razão dos costumes que estavam impregnados na educação dada aos menores do sexo masculino, que ao crescer, colocavam em prática os hábitos déspotas que lhes eram ensinados pelos pais mais velhos.

Apesar do pátrio poder imperar por muitos séculos, com o surgimento do Cristianismo, o casamento passou a ser um ato sacramentado e a família um núcleo de proteção – especialmente para os filhos - sendo inconcebível qualquer ato depreciativo ou irremediável quanto à vida do ser humano. Neste pensamento, reflete Madaleno (2009, p. 497) “com o advento do cristianismo como religião oficial do Estado Romano, tornam-se inconciliáveis as antigas leis despóticas de poder de mando sobre a vida e a pessoa do filho, sendo proibida a venda, a morte ou entrega do filho a um credor”.

O poder familiar existe em razão da necessidade natural de cuidados com os filhos, antes exacerbado pela tirania do pai, hoje neutralizado pela divisão da chefia do lar com a mãe, que culturalmente é mais amorosa e protetora com seus filhos.

Entender a entidade familiar como um ambiente de amor e respeito é o primeiro passo para o bom convívio das famílias plurais, valorizando as potencialidades individuais e dignificando a pessoa humana.

Foi criada a expressão Lugar de Afeto e Respeito - LAR, pelos doutrinadores Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (FARIAS, 2007, p. 14) para mostrar que a casa não é apenas um amontoado de tijolos formando quartos e salas, mas um ambiente de tranquilidade, educação e onde sejam ensinados valores morais e éticos; além de significar também, o local livre de preconceitos e que recebe de bom grado os parentes biológicos e afetivos advindos dos vários modos de se relacionar.

Visto a importância do tema, estudiosos de Direito de Família debatem o tema constantemente, em seus livros e palestras, reafirmando o significado do poder familiar nas entidades familiares já reconhecidas pela Lei Maior, as causas de extinção e suspensivas, porém divergindo, algumas vezes, quanto à nomenclatura.

Rolf Madaleno cita Paulo Lôbo no que diz:

O poder familiar não é a denominação mais adequada, porque mantém a ênfase no poder, cujo termo se mostra

inadequado, por não expressar a verdadeira ligação surgida entre pais e filhos, assim como o termo familiar estaria deslocado no contexto, pois pode levar a acreditar que os avós e irmãos também estariam investidos da função. (MADALENO, 2009, p. 499)

O poder familiar desligou-se do caráter absoluto que tinha na família romana. Até cogitou-se mudar a nomenclatura para “pátrio dever”, sendo, hoje em dia, mais um dever do que direito dos pais cuidar dos bens e educação dos filhos (GONÇALVES, 2007). E foi graças ao advento do Cristianismo que foi possível essa descaracterização tirana do poder paterno sobre seus descendentes.

Como se vê, a presença do poder familiar está em todos os tipos de formação familiar, desde o casamento e união estável à família monoparental e a reconstituída, tendo os pais biológicos e afetivos participação direta na criação dos filhos e enteados. É o que se vê no próximo item, como é a relação entre o companheiro do genitor divorciado ou separado e os filhos deste.

## **2.2 O poder familiar adquirido pelo companheiro do genitor que detém a guarda dos filhos**

É sabido, que o poder familiar pertence aos pais biológicos em relação à criação e proteção dos seus filhos menores e não emancipados e à administração do patrimônio destes. Contudo, já é evidente, que a família moderna não é, necessariamente, constituída através do casamento e que, com a disseminação da livre união, as relações conjugais ficam mais delicadas e facilmente podem se romper; posto que, com a mesma rapidez, pode se refazer novamente, com novos indivíduos convivendo num mesmo ambiente familiar.

Um dos princípios do Direito de Família, segundo Rodrigo da Cunha Pereira citado por Alcynia Maria Cavalcante de Brito Pinheiro, é a afetividade como se expõe a seguir:

De fato, uma família não deve estar sustentada em razões de dependência econômica mútua, mas, exclusivamente, por se constituir um núcleo afetivo, que se justifica, principalmente, pela solidariedade mútua. [...] o que se conclui é ser o afeto um elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, inerente a todo e qualquer relacionamento conjugal ou parental. (PINHEIRO, 2009, p. 29)

A titularidade do poder familiar era conferido ao marido, como demonstrava o Código Civil de 1916, sendo transmitido à mulher apenas nos casos de impedimento ou falecimento do pai. Na família atual, com a divisão de tarefas dos cônjuges e companheiros, a responsabilidade familiar também foi dividida. Os companheiros, por passarem a conviver com os filhos do seu novo parceiro desenvolvem afetividade por estes, tratando-os como filhos biológicos.

Após a constitucionalização da família, outros dispositivos jurídicos acompanharam esta inovação trazida pela Carta Magna de 1988, como o Código Civil

de 2002, e acarretou o desencadeamento de projetos, como o Estatuto das Famílias (Projeto de Lei nº 2.285 de 2007) que, se aprovado, trará mudanças que atingirão não apenas o Direito de Família, mas outros segmentos do ordenamento jurídico.

O poder de cuidado e guarda investido aos pais sobre os filhos menores ainda é discutido pelos estudiosos. Analisando o artigo 1631, caput e parágrafo único do Código Civil, o qual se lê:

Art. 1631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

O jurista Carlos Roberto Gonçalves cita em sua obra a opinião contrária de Paulo Lôbo sobre a limitação do dispositivo. Para ele, o citado artigo faz menção apenas aos casais comprometidos pelo matrimônio, desmerecendo a participação, direta ou indireta, do companheiro dos pais que são separados ou divorciados. Vê-se a citação abaixo:

Embora o Código silencie quanto às demais entidades familiares tuteladas explícita ou implicitamente pela Constituição, a norma deve ser entendida como abrangente de todas elas. Assim o poder familiar compete também aos que se identifiquem como pai ou mãe do menor, na família monoparental. (GONÇALVES, 2007, p. 371)

Neste trecho, o autor expõe o que a Constituição omitiu sobre as famílias reconstituídas. E estas, na figura da madrasta ou padrasto, teriam direito de exercer o poder familiar sobre os enteados menores e não emancipados, na falta ou na impossibilidade de agir do pai ou mãe biológico. Evidente que este poder só seria concedido com fundada existência do princípio da afetividade na relação de padrasto/madrasta e enteado.

A doutrina expressa por artigos publicados de forma virtual são um berço de modernidade quanto às disposições sobre o chamado vínculo socioafetivo. Conforme Otoni (2010, Online) “o conceito de filiação se baseia na relação existente entre as pessoas em virtude dos laços afetivos e não da consanguinidade”.

Sendo assim, outra denominação surge para identificar melhor os “filhos” da “família mosaico”, é a posse do estado de filho, o qual cabe ser mencionada no subtítulo seguinte.

### **2.3 O parentesco nas “famílias mosaico”, paternidade socioafetiva e a posse do estado de filho**

Na família constitucionalizada, o parentesco vai além da consanguinidade. Os laços afetivos são tão fortes ao ponto de tornar pessoas que vieram de ancestrais diferentes pertencentes à mesma família.

Afirma Zabote (apud FREITAS, 2004, p. 128) que:

O parentesco se define como o vínculo existente entre as pessoas em decorrência da consanguinidade, da afinidade, da adoção, devendo ser ressaltado a igualdade na filiação alcançada pela atual Constituição Federal, o que traduz a nova visão de família constitucionalizada.

Um dos deveres da família é formar cidadãos, pessoas com princípios a seguir e valores a defender. Um cidadão consciente está apto a enfrentar as dificuldades e aproveitar os momentos de alegria que a vida proporciona.

Assim, este papel social da família está evidente também nas “famílias mosaico”, talvez, especialmente nestas, por ser uma relação independente, cujos membros componentes devem ser mais conscientes e maduros pela situação em que se encontram. A maturidade é necessária para entender que, aquele que divide o mesmo lar com o filho e seu genitor-guardião não quer substituir funções na vida daquele, e sim, acrescentar. Uma madrasta ou padrasto não está na família para ocupar o lugar de mãe ou pai, mas de um amigo(a) que pode dedicar ao filho do companheiro o amor, atenção e afeto que seu genitor, no momento, não pode ou não quer proporcioná-lo.

É tão forte esta ligação que, ao haver um rompimento na “família mosaico”, o pai ou mãe socioafetivo sente a necessidade de continuar presente na vida do seu “filho”. Diante disso, situações já foram julgadas a nível de Tribunal de Justiça, como se vê:

EMENTA: FAMÍLIA. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. FILHO MENOR. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA COMPROVADA. VISITAÇÃO ESTIPULADA EM FINAIS DE SEMANA ALTERNADOS, ENTRE O PAI BIOLÓGICO E O REGISTRAL. NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO PARA ASSEGURAR O DIREITO DE O INFANTE TAMBÉM PERMANECER COM A MÃE EM UM FINAL DE SEMANA, DE FORMA ALTERNADA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70037876554, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, Julgado em 30/09/2010)

A afeição é um sentimento sublime. O que faz da paternidade ou maternidade socioafetiva uma atitude ainda mais sublime, por aceitar, tratar e criar como seu o filho de outra pessoa. E o que se vê são decisões cada vez mais favoráveis aos pais socioafetivos, pois a Justiça brasileira, paulatinamente, reconhece que a filiação pode ser identificada de várias formas, inclusive nos casos de adoção à brasileira; este caso podendo ocorrer comumente nas famílias plurais.

APELAÇÃO CÍVEL - DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO - RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DA PATERNIDADE - CONSCIÊNCIA E

VONTADE NÃO INFIRMADAS. EXAME DE DNA QUE EXCLUI A PATERNIDADE - IRRELEVÂNCIA ANTE A MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA DE VONTADE - PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA. ERRO OU FALSIDADE DO REGISTRO DE NASCIMENTO - INEXISTÊNCIA DE PROVAS - MANUTENÇÃO DA DECISÃO. HOMENAGEM À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, COM A PRESERVAÇÃO DA IMAGEM DA CRIANÇA NO SEU MEIO FAMILIAR, ESCOLAR E SOCIAL. "Sendo a filiação um estado social, comprovada a posse de estado de filho, não se justifica a anulação de registro de nascimento por nele não constar o nome do pai biológico, e sim o do pai afetivo" (RJTJERGS 248/257). "O reconhecimento espontâneo da paternidade por quem suspeita não ser o pai biológico tipifica verdadeira adoção (adoção à brasileira), a qual é irrevogável. Salvo se demonstrada de forma convincente a existência de vício de consentimento, o que incoorreu, carece de ação o autor, descabendo pretender declaração negativa de paternidade. A ordem jurídica e o processo não tutelam abstrações e nem servem para dissipar rumores e boatos, mas se prestam para solver controvérsias jurídicas relevantes, eliminando a incerteza objetiva." (AC Nº 70010310233, 8ª CC, TJRS, Rel. Des. Rui Portanova, Julgado em 23/12/2004).

O tema afeto ganha cada vez mais espaço na doutrina e jurisprudência, sendo assunto relevante para a construção de um novo paradigma da família brasileira. Porém, tão presente na atualidade como sendo uma das bases que mantém uma família unida, o afeto já existia no contexto social desde a época dos escritos religiosos. Alcyvania Maria Cavalcante de Brito Pinheiro (2009, p. 42), em sua dissertação, citou um trecho bíblico muito importante para a compreensão da importância do afeto na relação familiar e a sensibilidade que o juiz deve ter ao deparar-se com uma situação desde tipo:

Então, vieram duas prostitutas ao rei e se puseram perante ele. Disse-lhe uma das mulheres: Ah! Senhor meu, eu e esta mulher moramos na mesma casa, onde dei à luz um filho. No terceiro dia, depois do meu parto, também esta mulher teve um filho. Estávamos juntas; nenhuma outra pessoa se achava conosco na casa; somente nós, ambas, estávamos ali. De noite, morreu o filho desta mulher, porquanto se deitara sobre ele. Levantou-se à meia-noite, e, enquanto dormia a tua serva, tirou-me a meu filho do meu lado, e o deitou nos seus braços; e a seu filho morto deitou-o nos meus. Levantando-me de madrugada para dar de mamar a meu filho, eis que estava morto; mas, reparando nele pela manhã, eis que não era o filho que eu dera à luz. Então,

disse a outra mulher: Não, mas o vivo é meu filho; o teu é o morto. Porém esta disse: Não, o morto é teu filho; o meu é o vivo. Assim falaram perante o rei. Então, disse o rei: Esta diz: Este que vive é meu filho, e teu filho é o morto; e esta outra diz: Não, o morto é teu filho, e o meu filho é o vivo. Disse mais o rei: Trazei-me uma espada. Trouxeram uma espada diante do rei. Disse o rei: Dividi em duas partes o menino vivo e dai metade a uma e metade a outra. Então, a mulher cujo filho era o vivo falou ao rei (porque o amor materno se aguçou por seu filho): Ah! Senhor meu, dai-lhe o menino vivo e por modo nenhum o mateis. Porém a outra dizia: Nem meu, nem teu; seja dividido. Então, respondeu o rei: Dai à primeira o menino vivo; não o mateis, porque esta é sua mãe. Todo o Israel ouviu a sentença que o rei havia proferido; e todos tiveram profundo respeito ao rei, porque viram que havia nele a sabedoria de Deus, para fazer justiça. I Reis 3, 16-28 – Julgamento de Salomão.

O texto acima mostra a sensibilidade do Rei Salomão em diagnosticar quem de fato era a mãe biológica do infante, posto que esta revelou-se ao abdicar da guarda em prol da manutenção da vida do menino, não permitindo que ele fosse partido ao meio. Nesta história, está presente uma carga afetiva imensa, demonstrando que, desde os primórdios, o afeto move as ações humanas.

Sabe-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, a parentalidade é caracterizada por ser civil ou natural. Reza o artigo 1593, do Código Civil que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Eis a questão: ao citar no texto legal “outra origem”, o Código mostra, mais uma vez, que as lacunas abrem precedentes para interpretações diversas.

Resultante de outra origem, pode-se entender, então, que a parentalidade socioafetiva merece patamar igual ao civil e natural. Entendendo-se parentesco natural como aquele proveniente dos laços de consanguinidade e civil o originado pela adoção; o parentesco de outra origem é uma terminologia muito abrangente o qual pode englobar a socioafetividade. Declara Zabote (apud FREITAS, 2004, p. 130) “a nova terminologia tem por objetivo abrigar as demais situações jurídicas já consagradas no ordenamento brasileiro, como é o caso da relação sócio-afetiva”.

As relações de afeto podem ser consideradas, em muitos casos, mais fortes do que as consanguíneas, porque são provenientes da vontade de cada um de aderir como seu o filho de outra pessoa, assim como o filho aceita de bom grado o afeto de um pai ou mãe que não o seu biológico. Iniciada assim, a relação afetiva tende a ser mais duradoura que a convivência obrigatória por ter nascido numa determinada família.

Atualmente, é comum ver crianças desenharem sua árvore genealógica acrescentando personagens antes não imaginados em sua família, como o meio-irmão, o marido da sua mãe, a ex-mulher do pai (que não é sua mãe), o tio-torto, enfim, pessoas que agora integram uma só família e, pelo fato de duas pessoas terem decidido unir suas vidas através de um matrimônio ou outro tipo de união, acarreta a mescla de parentes, ou seja, os “coadjuvantes”.



O papel de “coadjuvante” é tão importante na família quanto o dos “atores principais” (pai e mãe) pois, se a convivência não for oportuna a “família mosaico” será desconstruída e, naturalmente, reconstruída novamente, com outros personagens. Portanto, a afetividade entre os novos parentes é o elo que manterá uma família plural unida, posto que não haverá outro motivo tão forte quanto o interesse voluntário de estar próximo para manter esta entidade familiar sólida.

Não obstante o Código Civil e a Constituição Federal não reconheçam a filiação socioafetiva, a jurisprudência tem decidido reiteradas vezes a favor das famílias que o invocam a fim de ter sanados seus problemas. Tendo em vista sempre avaliar o melhor interesse do menor e do adolescente, os Tribunais, especialmente do sul do país, sempre em vanguarda na jurisprudência sobre Direito de Família, decidem, com inovação, a favor da “família mosaico” permitindo, muitas vezes, o direito de visitas e reconhecendo o poder familiar ao pai ou mãe afetivo que participa diretamente, da criação e educação do filho de seu cônjuge ou companheiro.

Da paternidade socioafetiva surgiu o termo “posse do estado de filho”, sendo a verdade biológica confrontada com a verdade real. Sentir-se filho de alguém tornou-se mais relevante do que ser filho biológico. Não é o DNA o responsável pelo vínculo afetivo, mas a vida que se tem ao lado de um pai ou mãe que dedicou ao filho afetivo todo o amor, carinho e respeito que este necessitou durante sua vida, ainda tendo declarado publicamente que assumiria, por amor, os encargos da paternidade.

A “posse do estado de filho” revela-se pela demonstração pública de afeto do pai para com o filho afetivo, sendo recíproco tal sentimento. A notoriedade da condição de pai e filho é suficiente para registrar a credibilidade da relação exposta.

José Bernado Ramos Boeira citando Eduardo de Oliveira Leite (FREITAS, 2004, p. 138) diz “[...] ter um filho e reconhecer sua paternidade deve ser, antes de uma obrigação legal, uma demonstração de afeto e dedicação, que decorre mais de amar e servir do que responder pela herança genética”.

Reconhecer um filho vai muito além de um registro público. O reconhecimento se dá a partir do registro de nascimento, passando pela aceitação da condição de ser pai ou mãe, o amor incondicional e a demonstração pública e reiterada de afetividade. É a presença da figura da mãe e pai nos momentos importantes na vida de um ser humano em desenvolvimento, como festas na escola, dia dos pais, dia das mães, aniversário, natal, páscoa e outras datas comemorativas nas quais a família se reúne para festejar, que fortificam os laços afetivos. É esse sentimento espontâneo, quer na esfera pública, quer na intimidade do lar, que importa na socioafetividade, prevalecendo a verdade de fato sobre a verdade biológica.

O afeto conquistou valor jurídico desde o momento em que a Lei Maior, respondendo aos anseios sociais, proclamou em seu texto a igualdade na filiação, excluindo qualquer discriminação, e elevando a família ao patamar de base da sociedade, merecendo intenso respeito e atenção por parte do Estado.

Sobre a posse do estado de filho vale ressaltar que são imprescindíveis a existência de três elementos para identificá-la, quais são: *nominatio*, *tractus* e *fama*.

Com definição de José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz citada no trabalho de Luiz Edson Fachin (DEL’OMO; ARAÚJO, 2006, p. 81) a definição dos termos acima é:

[...] haveria posse de estado de filho no caso de presença

dos três elementos, isto é, a utilização pelo suposto filho do nome do suposto pai (*nominatio*), ‘a continuada atuação da relação de filiação’, ou seja, o fato que o suposto pai assegura ao suposto filho manutenção, educação e instrução, agindo como provedor e educador (*tractio*), e, finalmente, a reputação social de uma pessoa como filho da outra, a fama ou notoriedade de tal filiação (*reputatio*).

Ou seja, não pode haver dúvida quanto à convivência entre o filho e o pai ou mãe socioafetiva para a caracterização da posse do estado de filho. Inexistindo qualquer dos elementos, a condição de filho pode ser posta à prova.

A socioafetividade está presente não apenas nas “famílias mosaico”, mas é fácil identificá-la, comumente, nos casos de inseminação artificial e adoção. No primeiro, o filho é gerado a partir do material genético de outro homem e, em nome da vontade de formar uma família, o marido ou companheiro registra como seu o filho de um doador não identificado, conforme a lei assegura. No segundo caso, é o amor que faz com que casais optem por criar como seus o filho, muitas vezes rejeitado e abandonado na rua, gerado por desconhecidos. Ambos são prova intensa e incondicional de afetividade para com a vida em prol de uma entidade familiar.

É baseada em tantas situações idênticas à hipotética acima citadas que a jurisprudência aos poucos vai se abrindo e reconhecendo direitos onde antes não havia possibilidade. No Brasil, são poucas as decisões a favor de uma condição de filiação socioafetiva; talvez porque, em muitos casos, o motivo real não é o reconhecimento do estado de filho ou da publicidade da paternidade afetiva, mas sim o interesse econômico.

Atitude pouco nobre esta de vislumbrar vantagem econômica em cima de um sentimento, neste caso unilateral, de amor e consideração. É inegável a existência de alguns casos de relação humana onde haja uma pessoa que está interessada em obter vantagem sobre outra. Muitas vezes, essa vantagem é puramente financeira e faz cair por terra todos os princípios de uma relação baseada no amor e no afeto. Porém, engana-se quem acredita que a Lei não atentou para o desvio de conduta inerente a alguns seres humanos.

A parentalidade nas famílias plurais resume-se à afinidade. Por isso, o Código Civil, art. 1694, caput, previu que o parentesco e o afeto não são geradores de obrigações alimentícias, por exemplo, preservando de qualquer ato incoerente com a condição, qual seja o caso de pleitear alimentos de quem legalmente não é capaz de os dever. Entendendo-se, assim, a paternidade afetiva excluída da prestação alimentar, pois esta só é devida entre os parentes descritos no Código Civil, os cônjuges e os companheiros.

A família sociológica é a que retrata a realidade. Portanto, a condição de pai ou mãe afetivo e a posse do estado de filho são elementos que caracterizam a existência da “família mosaico”. No Direito Francês a posse do estado de filho é reconhecida, como se vê: “Conforme vários autores, o desenvolvimento do papel da “posse do estado”, sobretudo na legislação francesa, é acompanhado de uma modificação importante: - a “posse de estado” não é somente uma prova, mas também pode ser, às vezes, a condição de uma existência” (Boeira, 2004, p. 148).

É preciso considerar que cada família tem sua maneira própria de lidar com

seus membros. Em algumas, a afetividade impulsiona as ações, em outras, a convivência entre os filhos dos cônjuges ou companheiros ainda não foi completamente estabilizada. Contudo, a “família mosaico” é uma realidade que pode acontecer em qualquer classe social. A partir do interesse de duas pessoas em permanecer juntas refazendo suas vidas após o rompimento de uma união anterior, e levando consigo o legado do relacionamento anterior – ou seja, os filhos - já se estabelece a condição de família plural e, não apenas a sociedade, mas o direito positivo brasileiro deve acompanhar este evento hodierno.

### 3 CONCLUSÃO

Desde que a Constituição Federal de 1988, expressou em seu art. 226, caput, que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, verificou-se, mais claramente, as transformações nucleares das famílias. Apesar destas mudanças tornarem-se mais visíveis a partir deste momento constitucional, estas sempre existiram desde os primórdios de quando têm-se registro de relações interpessoais.

Há, na atualidade, uma valorização maior da pessoa do familiar do que a família propriamente dita. Com a maior valorização da pessoa humana nas relações, a família singular ou oitocentista, perdeu espaço na sociedade, surgindo assim uma multiplicidade de vínculos que ensejou, por exemplo, a nomenclatura “famílias mosaico” ou pluriparentais.

A formação de uma família resulta em diversos efeitos, de mudança de comportamento a efeitos jurídicos. O afeto, neste sentido, tem muita importância nas relações familiares, que poderia muito bem ser agregado à lista de valores que formam o nosso ordenamento jurídico, mais especificamente, na Constituição Federal.

A Carta Magna, apesar de ter muitas lacunas, disciplinou questões sobre o poder familiar. No artigo 1636 está expresso que “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”. Apesar disso, de fato existem relações nas quais são construídos laços afetivos, muitas vezes mais fortes que os sanguíneos, e levanta-se um questionamento sobre a possível interferência do pai ou mãe afetivo na vida do filho que, por convivência e socioafetividade não teria algum poder sobre decisões tomadas por seu filho já que estão inseridos numa “famílias mosaico”.

Está clara a existência de uma ligação afetiva entre os filhos de um dos cônjuges com o companheiro do seu genitor, é a “posse do estado de filho”.

Para finalizar, é importante reafirmar que a família não é mais singular. Hoje, fala-se em famílias, no plural, pela suas diversas formas e modo de estabilizar as relações. As famílias pluriparentais são firmadas, especialmente, por laços afetivos. Os filhos biológicos e os agregados convivendo em harmonia com seus padrastos ou madrasta, numa nova família unida pela ligação socioafetiva.

É neste íterim, que a abordagem constante de tais temas e o fato de vê-los alcançando dimensões homéricas na sociedade do século XXI, que esta problemática já não pode ficar sem resposta. As “famílias mosaico” são uma estrutura social expressiva e precisam de amparo legal à altura de sua constituição.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. **Código Civil**. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl.– São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. (coord.). **Direito de família contemporâneo e os novos direitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FÉRES-CARNEIRO, Terezinha (Org.). **Casal e família: entre a tradição e a transformação**. Rio de Janeiro: NAU, 1999.
- FONTANELLA, Patrícia. Casamento. *In*: FREITAS, Douglas Phillips. **Curso de Direito de Família**. Florianópolis: Vox Legem, 2004.
- FONSECA, Cezar Lima da. O Ministério Público e o Estatuto das Famílias. *In*: MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PEREIRA, Sérgio Gischkow (coord.). **Direito Contemporâneo de Família e das Sucessões: estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.
- FREITAS, Douglas Philips. **Curso de direito de família**. Florianópolis: Vox Legem, 2004.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume VI: direito de família. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LOBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MICHAELIS. **Dicionário Michaelis da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 1998.
- OTONI, Fernanda Aparecida Corrêa. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. **IBDFAM**, Belo Horizonte, set. 2010. Disponível em < <http://www.ibdfam.org.br/>>. Acesso em: 14 nov. 2010.
- PINHEIRO, Alcyvania Maria Cavalcante de Brito. **Ave sem ninho: o princípio da afetividade no direito à convivência familiar**. Fortaleza: UNIFOR, 2009. CD-ROM.
- RIBEIRO, Simone Clós Cesar. As inovações constitucionais no Direito de Família. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.>>. Acesso em: 30 out. 2010.
- RODRIGUES, José Albertino. (Org.). **Émile Durkheim**. Tradução de Laura Natal Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Ática, 1981.
- VALADARES, Maria Goreth Macedo. Os meus, os seus e os nossos: as famílias mosaico e seus efeitos jurídicos. **IBDFAM**, Belo Horizonte, mar. 2010. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=597> >. Acesso em: 25 de out. de 2010.

## ADOÇÃO INTERNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO: UMA ANÁLISE DO PROCEDIMENTO DE ADOÇÃO DOS ANOS 80 ATÉ OS DIAS DE HOJE

Maria Carmen de Lima Martins Pinto<sup>1</sup>  
Francisco Luciano Lima<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente artigo científico aborda o tema da adoção internacional no nosso ordenamento jurídico, começando pela história da adoção nas constituições brasileiras até chegarmos aos dias de hoje. A Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova concepção de família, com direitos e garantias em favor da criança e do adolescente. Posteriormente veio o Estatuto da Criança e do Adolescente, como norma infraconstitucional que veio a promover o que já estava estabelecido na Constituição como normas e princípios, garantindo à criança e ao adolescente direitos e garantias fundamentais para a sua formação como ser humano. No entanto, devemos abordar o que aconteceu no Brasil antes do advento do Estatuto, onde famílias pobres, que por não conseguir sustentar seus filhos, eram destituídas do pátrio poder, e, essas crianças eram enviadas para outros países através de uma adoção ilegal, que culmina em um escândalo envolvendo o tráfico de crianças nordestinas para vários países do mundo. Surge então a CEJAI, que em conformidade com a Convenção de Haia, veio para tornar a adoção um processo transparente, cujo principal objetivo é fazer um estudo criterioso dos casais estrangeiros candidatos, habilitando-os ou não à adoção. Vê-se como se dá o processo de adoção internacional, os procedimentos adotados. Por fim demonstra-se as estatísticas dos processos de adoção realizados pela CEJAI desde o ano de 2003 até os dias atuais.

**Palavras-chave:** Adoção Internacional. CEJAI. Direito da Criança e do Adolescente.

### ABSTRACT

*The present scientific article approaches the subject of the international adoption in our legal system, starting for the history of the adoption in the Brazilian constitutions until arriving at the present. The Federal Constitution of 1988 brought a new conception of family, with rights and guarantees for the child and of the adolescent. Later it came the Statute of the Child and the Adolescent, as constitutional rules that came to promote what already it was established in the Constitution as norms and principles, guaranteeing to the right child and the adolescent and basic guarantees for its formation as human being. However, we must approach what she happened in Brazil before the advent of the Statute, where poor families, that for not obtaining to sustenance its children, was dismissed of the native to be able, and, these children were sent for other countries through an illegal adoption, that culminates in a scandal involving the traffic of children northeastern for some countries of the world. The CEJAI appears then, that in compliance with the Convention of Haia, came to become the adoption a transparent process, whose main objective is to make a multicriteria study of the foreign couples candidates, qualifying them or not to the adoption. It is seen as if of the o process of international adoption, the adopted procedures. Finally one demonstrates the statisticians of the processes of adoption carried through by*

*the CEJAI since the year of 2003 until the current days.*

**Keywords:** *International adoption. CEJAI. Right of the Child and the Adolescent.*

## 1 INTRODUÇÃO

O instituto da adoção é tão antigo quanto a criação do mundo, na própria Bíblia se vê alguns casos de adoção, como é o caso de Abraão, José do Egito e do próprio filho de Deus. Jesus é deixado por Deus Pai entre os homens, Ele nasce em um estábulo e é adotado por um carpinteiro de Belém.

No Brasil, a adoção teve sua grande conquista a partir da Constituição Federal de 1988, que, ratificando os instrumentos internacionais, passa a garantir as crianças e adolescentes uma série de direitos e garantias fundamentais.

Em 1990 entra em vigor no Brasil o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), obedecendo a tratados e convenções internacionais, em especial, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada unanimemente pela Assembléia das Nações Unidas em 1989, e introduzida em nosso ordenamento jurídico.

Apesar do ECA ser um grande avanço em se tratando de direitos e garantias fundamentais, e vir para confirmar o que já estava inserido em nossa Constituição, o que se vê, na realidade, no Brasil, é o não respeito à prioridade de se assegurar à criança e ao adolescente esses direitos e garantias.

Na realidade brasileira são crianças e adolescentes vivendo à margem da sociedade, em total abandono, sem nenhum vínculo familiar, submetidas muitas vezes a uma vida desumana, nas ruas das grandes cidades, sem escola, sem educação, sem dignidade.

A adoção vem para suprir a lacuna que o Estado não consegue preencher, já que, de acordo com a Constituição e também com o ECA, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar e comunitária.

A adoção internacional, apesar de ser uma via de exceção, veio também para preencher essa lacuna, obedecendo a regras específicas e procedimentos próprios, resguardados através das Comissões Estaduais Judiciárias (CEJAs).

Através deste trabalho vê-se como surgiu a adoção internacional no Brasil, verifica-se o que diz a legislação acerca do assunto e como se dá o processo de adoção internacional no Brasil, antes e depois da Convenção de Haia, da qual somos signatários.

Com o objetivo de examinar a adoção internacional em seu aspecto procedimental procurar-se-á analisar a postura da CEJAI como órgão auxiliar da Justiça, que traz a adoção internacional um sentido de seriedade e idoneidade necessárias ao procedimento adotado na adoção internacional.

Em relação aos aspectos metodológicos, as situações expostas foram investigadas por meio de pesquisa documental e bibliográfica, explorando o tema através de leis, resoluções, decretos, livros e documentos fornecidos pela entidade.

No que tange à tipologia da pesquisa, esta é, segundo a utilização dos resultados pura, já que busca apenas orientar as pessoas aumentando seus conhecimentos, sem transformar a realidade com os resultados obtidos.

Segundo a abordagem, é qualitativa, pois busca uma maior compreensão

acerca do tema, descrevendo comportamentos, eventos ocorridos e as relações humanas.

Quanto aos objetivos, trata-se de uma pesquisa exploratória, pois limita-se a averiguar os fatos, trazendo informações acerca do assunto para futuras pesquisas. É descritiva, porque se observa e se descreve os fatos, sem interferência do pesquisador.

É formada por três partes onde a primeira parte, “Direito da criança e do adolescente”, começa tratando do instituto da adoção no Brasil, desde a carta outorgada de 1834 até a Constituição de 1988, passando pelo Código Civil de 1916, pelo Código de Menores e chegando finalmente ao Estatuto da Criança e do Adolescente, onde se destaca os princípios de proteção aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, adquiridos através dos instrumentos internacionais.

A segunda parte aborda o tema “A adoção internacional e o escândalo dos anos 80”, momento em que o país viveu a vergonha de ver suas crianças serem tratados como mercadorias expostas em prateleira e comercializadas por operadores do direito, com discursos salvacionistas, onde em primeiro lugar se procurava o benefício de casais estrangeiros dispostos a pagar por uma criança, que explodiu com o tráfico de crianças brasileiras para vários países do mundo. Foi neste momento que surgiram as CEJAs.

E a última parte trata da “Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional”, a lei que a criou, as suas atribuições, a sua composição. Como se dá um processo de adoção, desde o seu requerimento até a sua finalização, através decisão fundamentada, passando por todos os trâmites necessários para que se tenha um procedimento mais justo e transparente possível, não correndo o risco de gerar prejuízos futuros a criança adotada, que é a maior preocupação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Traz também o levantamento desde o ano de 2003 do número de adoções, bem com dos países que mais adotam. A CEJAI/CE, por ser um órgão vinculado ao Poder Judiciário estadual, tem a credibilidade para mostrar como se realiza adoção internacional no Estado do Ceará.

## **2 DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

A adoção é um instituto muito antigo nas sociedades. Na Bíblia, no Antigo Testamento, nós conhecemos o primeiro caso de adoção da humanidade, é a história de Moisés, onde sua mãe, para não deixá-lo morrer o colocou em um cesto, às margens do rio Nilo, de onde a filha do faraó o encontrou e fez dele o seu filho.

No Brasil, a Carta Outorgada de 1834 e a primeira Constituição Republicana de 1891 apenas falavam sobre o instituto da adoção, no entanto foi a Carta Política de 1934 que apresentou os primeiros registros sobre adoção.

A Magna Carta de 1937 inseriu conceitos que atribuíam uma supervalorização ao ente “Estado” em se falando da responsabilidade deste pelo ente família, como exemplo: compensações às famílias numerosas na proporção de seus encargos; dever do Estado, de maneira subsidiária ou principal, de propiciar educação; igualdade de direitos dos filhos naturais aos legítimos, facilitando-lhes o reconhecimento; cuidados especiais à infância e juventude garantidos pelo Estado; direito de os pais miseráveis invocarem o auxílio e a proteção do Estado para subsistência e educação da prole.

A Constituição de 1946, não trouxe novidades e conquistas em relação às Cartas que lhe antecederam. Já em 1957, por prestígio do então presidente Juscelino

Kubitschek, para salvaguardar os direitos de sua filha adotiva, bem como homenageá-la, foi promulgada a Lei 3.133/57, onde os filhos adotivos passavam a ter os mesmos direitos dos filhos legítimos, e, a partir da qual o próprio conceito de adoção, que até então era o de atender ao interesse do adotante de incluir um filho em sua entidade familiar, passa a ser um meio de atender aos interesses e necessidades do menor.

O Código Civil de 1916 restringia o parentesco da adoção às partes, excetuando-se os impedimentos matrimoniais. O Código também refere-se ao direito de sucessões, tratando de maneira injusta os filhos adotados em relação aos filhos legítimos, ou seja, tendo o adotante filhos, nada herdará o filho adotado; se o filho adotivo concorrer à sucessão com filhos supervenientes à adoção, aquele só terá direito à metade da herança que a estes couber. Já no caso de filho adotivo falecer sem deixar descendência ou ascendência natural, o adotante tem o direito de herdar do filho adotivo, tornando a relação jurídica entre as partes absolutamente injusta.

Vê-se, assim, que após constituições e decretos, em nenhum momento o legislador preocupou-se em estabelecer os princípios e direitos da criança e do adolescente no texto das mesmas.

A grande conquista sobre a adoção foi dada com a Constituição Federal de 1988, que passa a garantir às crianças e adolescentes uma série de direitos, elencados em seu capítulo VII – da família, da criança, do adolescente e do idoso, do título VIII – da ordem social, em seus artigos 226, §§ 3º, 4º, 5º, 8º e 227, §§ 5º e 6º, que diz:

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 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.

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

§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º - 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.

A partir da Constituição de 1988 nota-se uma nova visão em relação à adoção, passando a haver uma constitucionalização formal do Instituto da Adoção; a obrigatoriedade da intervenção do Poder Judiciário quando se trata do adotando ser uma criança ou adolescente; a previsão de regras diferenciadas em se tratando de adoção internacional; a igualdade, agora absoluta, entre filhos biológicos e adotivos; e principalmente a proibição de qualquer designação discriminatória em relação à filiação.

O legislador observou a necessidade de garantir às crianças e adolescentes pleno desenvolvimento dentro de um contexto familiar e comunitário, apesar de se saber que o direito de ter uma família é de qualquer ser humano, mas, e principalmente às crianças necessitam que este direito seja realmente respeitado, por isso está intimamente ligado ao instituto da adoção, que vai trazer a esta criança abandonada a possibilidade que seja colocada em um lar substituto, e que tenha direito a dignidade, amor e respeito, como prevê a constituição.

Alexandre de Moraes (2002, p. 43) explica qual a verdadeira importância trazida com a constitucionalização formal e material do instituto da adoção, ao dizer:

[...] a supremacia das Normas Constitucionais no Ordenamento Jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo Poder Público competente, exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal.

Os princípios jurídicos promoveram uma completa mudança no modo de se compreender, interpretar e aplicar as normas integrantes do sistema jurídico. Através dos princípios constitucionais se positivaram os principais valores éticos, políticos e jurídicos ordenadores da sociedade e do Estado.

Em se tratando de um Estado Democrático de Direito, a evolução dos institutos jurídicos devem sopesar a vontade da maioria, com o objetivo de se proteger os fundamentos da República encontrados em nossa Constituição, em seu artigo 1º: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Referindo-se aos instrumentos internacionais que dizem respeito aos direitos humanos garantido à criança e ao adolescente, podemos citar:

1. Declaração Universal dos Direitos da Criança, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20.11.1959;
2. Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada, unanimemente, pela Assembléia das Nações Unidas, em sua sessão de 20.11.1989, e introduzida em nosso ordenamento por força do Decreto 99.710;
3. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Assembléia Geral da ONU, aos 16.12.1966, e promulgada no Brasil pelo Decreto 592, de

06.07.1992;

4. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela XXI Assembléia Geral da ONU, aos 19.12.1966, e promulgada no Brasil pelo Decreto 591, de 06.07.1992;

5. Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pelas Nações Unidas em 1948;

6. Pacto de San Jose da Costa Rica, também chamada Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto 678, de 06.11.1992;

7. Convenção Concernente à Competência das Autoridades e Lei Aplicável em Matéria de Proteção de Menores, firmada na Haia em 1961;

8. Convenção Relativa à competência de Autoridades, Lei Aplicável e Reconhecimento de Decisões em Matéria de Adoção, firmada na Haia em 1965;

9. Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Menores, firmada na Haia em 1980;

10. Código Bustamante;

11. Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Adoção de Menores, firmada em La Paz, Bolívia, em 1984;

12. Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores, assinada em Montevideú, Uruguai, em 1989 e promulgada pelo Decreto Executivo 1.212, de 1994;

13. Convenção Relativa à Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em matéria de Adoção Internacional, firmada na Haia em 1993 e promulgada pelo Decreto Executivo 3.087, de 21.06.1996;

14. Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, firmado na Cidade do México em 1994.

No Brasil, a situação das crianças que nascem em famílias que vivem em completo estado de miséria, a adoção internacional, ou seja, a colocação desta criança ou adolescente em um lar transfronteiriço, torna-se uma resolução talvez um tanto radical, e excepcional, como vimos no art. 31 do ECA, já que a criança ou adolescente terá que ser retirada não só do convívio de seus familiares biológicos, mas perderá seu nome, sua cultura, seus laços afetivos, em nome de um benefício futuro, sendo colocada num lar que lhe garantirá uma família estruturada e capaz de atender as suas necessidades básicas, o que não seria necessário se o Estado garantisse a essas famílias o apoio necessário para se criar com dignidade a criança e o adolescente.

É dever do Estado manter projetos assistenciais para assegurar às famílias carentes a possibilidade de prover seus filhos em suas necessidades básicas, como educação, alimentação, saúde, lazer e moradia, condições mínimas e dignas para se viver dentro de uma convivência familiar e comunitária.

### **3 A ADOÇÃO INTERNACIONAL E O ESCÂNDALO DOS ANOS 80**

No Brasil, apesar das Constituições anteriores falarem sobre o assunto, foi a Constituição de 1988 que tratou realmente sobre a adoção. No entanto, o grande salto em relação a adoção se deu com o Estatuto da Criança e do Adolescente, no ano de 1990. Através do ECA se vê a mudança ocorrida em relação a visão dada à adoção, e, principalmente aos Direitos e Garantias Fundamentais da Criança e do Adolescente, que passou a ser visto como algo de maior importância na formação do ser humano.

A adoção internacional é um instituto relativamente novo, pois data do início dos anos 1970. Surgiu primeiro na Europa e tem sua ligação histórica a duas tragédias humanas ocorridas no final do milênio: a de Biafra e a do Vietnã, e por esse motivo, somente encontramos na adoção internacional uma relação em que as crianças do Terceiro Mundo ou dos antigos países do Pacto de Varsóvia são adotadas por países do Primeiro Mundo.

A adoção internacional era vista como um gesto humanitário, no entanto, o “mundo social” começou a classificar a adoção internacional de duas maneiras diferentes, uma parte achava ser a salvação de crianças da fome, da miséria, da guerra, e por isso se dizia “boa”, já outra parte entendia como tráfico de crianças por expôncias coloniais, responsáveis pela fome, pela miséria, pela guerra.

Por volta do início dos anos 1970 começam as primeiras adoções internacionais no Brasil, e, como entre 1973 e 1979 não havia no Brasil uma lei específica sobre o assunto, apenas o Código Civil, o qual não fazia nenhuma distinção entre o adotante brasileiro ou estrangeiro, como já mencionado anteriormente, estas adoções eram feitas por instrumento particular, sem a presença do Estado.

Com o surgimento do Código de Menores as adoções passaram a ser feitas tanto “civil” quanto pública. No entanto, durante os 11 anos de vigência do Código de Menores, diversos juristas brasileiros vão tentar mostrar que as adoções de brasileiros por estrangeiros diante de um tabelião é “ilegal”, já que para muitos operadores da lei, bem como outros agentes envolvidos com a adoção internacional, acomodaram as leis às práticas tradicionais do Brasil, que é a circulação de crianças e a “adoção à brasileira”.

O que foi visto pela sociedade civil e pela justiça menorista era o tráfico de crianças, onde os advogados levavam mães “carentes” diante de tabeliões, antes que elas procurassem o auxílio do Estado, para doar seus filhos.

No entanto, sabemos que os brasileiros estão longe de se deixar guiar por aquilo que o direito consagrou quando o assunto é adoção, e não seria diferente em se tratando de adoção internacional, já que os agentes brasileiros que iniciaram a adoção internacional basearam-se em práticas sociais nem sempre regidas pela lei.

Sendo assim, a ausência de trâmites legais para a transferência de crianças de um lar para outro (antes do Código de Menores), uma lei que permitia que se retirasse a criança da família porque vivia na pobreza (durante o Código de Menores) e, sobretudo a ilegalidade como regra no espaço adotivo (argumentando-se “causa nobre” - tanto antes com depois do ECA), foram os marcos da origem das adoções internacionais no Brasil.

O grande número de adoções internacionais vai se realizar durante a vigência do Código de Menores e do ECA, onde o procedimento já é da alçada do direito público, o que traz a obrigatoriedade de ser realizada diante de um juiz, no entanto, os mesmos agentes que serviram de intermediários nas primeiras adoções internacionais, foram os mesmos que já vinham desempenhando este papel nas adoções entre brasileiros.

Essas pessoas que intermediavam as adoções e se tornavam figuras centrais no trabalho de colocação de crianças em famílias substitutas eram conhecidas como “cegonhas”, que, em geral, eram mulheres, donas-de-casa ou profissionais liberais, que mantinham uma relação, de um lado, com profissionais da saúde (médicos, enfermeiras, assistentes sociais) e de outro, com mulheres de camadas populares (empregadas domésticas, faxineiras, diaristas, entre outras) com o objetivo de encontrar

uma família para aquela criança cuja mãe não teria condições de criá-la.

Tanto no caso da adoção internacional como no da adoção por brasileiros, o trabalho de mediação da “cegonha” estava freqüentemente envolvido em situações ilegais, já que ela desenvolve uma atividade da qual não é formalmente mandatária, substituindo os serviços do Estado.

Mesmo um tanto raro, em se tratando de adoção internacional, as mais comuns das ilegalidades cometidas pelas “cegonhas” era apresentar ao juiz uma criança que estava pronta para ser adotada por um casal estrangeiro, o que se fazia com mais cuidado, pois sabiam das complicações que se envolveriam se a mãe biológica desistisse depois de realizada a adoção.

A partir do momento em que as “adoções prontas” começaram a se desenvolver foram aparecendo nos estados o orfanato particular, que passaram a ser chamados de “creches”, apoiadas pelo Poder Público, muitas vezes conveniadas com o Estado. Começava, a partir daí, a ser tecida uma rede de trocas entre os intermediários brasileiros e os adotantes estrangeiros.

O desaparecimento do trabalho de mediação das “cegonhas” internacionais se deu quando a sociedade civil começou a condenar este tipo de adoção, a partir do momento em que os lucros simbólicos por elas auferidos, começaram a virar moeda podre quando a denúncia de “tráfico de criança” e “venda de bebês” tornaram-se o ponto de vista dominante no grupo onde agia a “cegonha”.

A adoção internacional no Brasil teve pelo menos dois momentos importantes: um primeiro, em que as adoções foram mediadas pelas “cegonhas”, envoltas em uma aura de gratuidade; e um outro, em que surge o advogado, onde caracteriza-se a prática de um negócio, legal ou ilegal.

#### **4 A COMISSÃO ESTADUAL JUDICIÁRIA DE ADOÇÃO INTERNACIONAL – CEJA OU CEJAI**

Como o ECA aconselha a criação de um cadastro de casais estrangeiros, bem como um de crianças brasileiras que estejam desligadas de suas famílias de origem e que não tenham sido adotadas por casais brasileiros, cadastro este coordenado e fiscalizado por uma autoridade do Estado Federal, nasce as Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção (CEJA). Os Estados vão criar estas Comissões em épocas diferentes e em função das pressões e do interesse dos Tribunais de Justiça de cada Estado.

É com as CEJAs que as adoções internacionais vão se tornar mais transparentes, através de um procedimento adequado ao que se propõe a Convenção de Haia relativa à proteção e à cooperação em matéria de adoção internacional, a qual o Brasil ratificou, com o objetivo de impedir o tráfico internacional de crianças.

Foi após a Convenção de Haia, em que se criou uma nova cultura de adoção, estabelecendo garantias, criando um sistema de cooperação entre os Estados signatários, assegurando assim as adoções realizadas segundo a convenção, prevenindo o seqüestro, a venda e o tráfico de crianças, assegurando o respeito ao interesse superior da criança.

O Decreto Federal 3.174, datado de 16 de setembro de 1999, criou a Autoridade Central Federal e o Conselho das Autoridades Centrais Administrativas Brasileiras, que tem como objetivo dar efetividade aos preceitos da Convenção de Haia, colaborando com as CEJAs ou CEJAIs, garantindo um novo procedimento em se tratando de adoção internacional.

O ECA criou as Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional com o objetivo de coibir os desvios de finalidades praticados na adoção internacional. São órgãos do Poder Judiciário, agem dando suporte na avaliação do juiz da infância e da juventude quando há o pedido de adoção por estrangeiro.

As Comissões têm como principal finalidade controlar todas as adoções internacionais que se realizam em cada Estado, cumprindo o que é estipulado no artigo 52 do ECA, dando idoneidade às adoções internacionais e coibindo possíveis irregularidades, segundo Liberati (2003, p.140):

É bom lembrar que essas Comissões, que instituíram uma política de adoção internacional nos Estados, têm feito um trabalho excelente em relação à preparação do estrangeiro para a adoção. Além do estudo prévio das condições sociais e psicológicas e análise da estabilidade conjugal, a CEJAI imprime *autoridade, idoneidade e seriedade* no processamento das informações referentes aos interessados na adoção.

As CEJAIs são consideradas órgãos públicos que exercem funções de Autoridades Centrais, criadas dentro da estrutura do Poder Judiciário. Desenvolvem suas atividades dentro do âmbito de cada Estado da Federação, no contexto da organização judiciária estatal.

A CEJAI-CE foi criada através da Resolução nº 01/93, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. É formada por 1 (um) desembargador presidente que tem voto de Minerva, só se manifestando em caso de empate quando ao processo de habilitação, 4 (quatro) juízes de Entrância Especial, como membros julgadores, indicados pelo presidente da comissão; 4 (quatro) membros julgadores suplentes, também juízes de Entrância Especial, indicados pelo presidente da comissão; 1 (um) representante do Ministério Público Estadual de segundo grau, indicado pela Procuradoria Geral de Justiça; 1 (um) consultor jurídico, bacharel em direito, indicado pelo presidente da comissão, e confirmado pelo presidente do Tribunal de Justiça; 1 (uma) equipe técnica multidisciplinar formada por servidores do Poder Judiciário, composta por assistente social, psicóloga, pedagoga, socióloga e bacharel em direito.

Dentre as atribuições da CEJAI-CE podemos mencionar a de manter o cadastro de pretendentes estrangeiros; organizar cadastro atualizado de crianças aptas a serem adotadas e que não encontram colocação em lares substitutos em seu país de origem; manter o intercâmbio com órgãos e instituições especializadas internacionais, de reconhecida idoneidade; e expedir o laudo de habilitação previsto no artigo 52 do ECA:

Art. 52. A adoção internacional poderá ser condicionada a estudo prévio e análise de uma comissão estadual judiciária de adoção, que fornecerá o respectivo laudo de habilitação para instruir o processo competente.

Parágrafo único. Competirá à comissão manter registro centralizado de interessados estrangeiros em adoção.

A partir do ano de 2003 foi feito um estudo estatístico dos processos que

tramitaram pela CEJAI, bem como a estatística referente aos países que mais adotaram crianças brasileiras.

Durante o ano de 2003 foram autuados 61 (sessenta e um) processos de habilitação, sendo julgados 52 (cinquenta e dois) processos, e tendo como resultado 43 (quarenta e três) deferimentos e 05 (cinco) indeferimentos, gerando 05 (cinco) adoções internacionais concluídas com sucesso.

Neste mesmo ano foram requeridos 10 (dez) pedidos de desistência, dos quais 06 (seis) se referem a processos de habilitação ingressados no ano de 2002 e 04 (quatro) a processos de habilitação ingressados no mesmo ano de 2003. O país que mais adotou foi a França, por ser um país culturalmente ligado ao Brasil, e principalmente por ser signatário da Convenção de Haia.

**Tabela 1**

Estatística dos processos de habilitação à adoção internacional julgados no ano de 2003

<b>PROCESSOS JULGADOS EM 2003</b>	<b>TOTAL</b>
Processos Habilitados	46
Processos indeferidos	05
Processos Cancelados	01
<b>Total</b>	<b>52</b>

Fonte: CEJAI/CE

**Tabela 2**

Estatística de julgamento de processos de habilitação por país de origem no ano de 2003

<b>PAÍS DE ORIGEM</b>	<b>HABILITAÇÕES DEFERIDAS</b>	<b>HABILITAÇÕES INDEFERIDAS</b>	<b>Nº DE JULGADOS</b>
Alemanha	01	00	01
Espanha	01	00	01
Estados Unidos	00	04	04
França	42	01	43
Itália	01	00	01
Noruega	01	00	01

Fonte: CEJAI/CE

No ano de 2004 foram autuados 34 (trinta e quatro) processos de habilitação, tendo sido julgados 39 (trinta e nove) processos, dos quais 36 (trinta e seis) foram deferidos e 03 (três) indeferidos, resultando em 05 (cinco) adoções internacionais concluídas com sucesso, restando 04 (quatro) adoções internacionais em tramitação, com crianças já indicadas. Foram formulados, apreciados, homologados e publicados 18 (dezoito) pedidos de desistências, dentre os quais 01 (um) referente a processo do ano de 1994, 04 (quatro) relativos a processos do ano de 2002 e 13 (treze) a processos ingressados no ano de 2003. O país que mais adotou continuou sendo a França, seguido pelo Canadá.

**Tabela 3**

Estatística dos processos de habilitação à adoção internacional julgados no ano de 2004

<b>JULGADOS DE 2004</b>	<b>Nº</b>
Processos Habilitados	44
Processos Indeferidos	03
<b>Total</b>	<b>47</b>

Fonte: CEJAI/CE

**Tabela 4**

Estatística de julgamento de processos de habilitação à adoção internacional por país de origem no ano de 2004

<b>PAÍS DE ORIGEM</b>	<b>HABILITAÇÕES DEFERIDAS</b>	<b>HABILITAÇÕES INDEFERIDAS</b>	<b>Nº DEJULGADOS</b>
Alemanha	01	00	01
Canadá	06	00	06
Estados Unidos	00	01	01
França	33	00	33
Itália	03	00	03
Suécia	00	01	01
Suíça	01	01	02

Fonte: CEJAI/CE

No ano de 2005 foram autuados 31 (trinta e um) processos, dos quais 27 (vinte e sete) foram habilitados e 04 (quatro) indeferidos, resultando em 07 (sete) crianças adotadas, restando ainda 03 (três) adoções em curso com crianças já indicadas. O país que mais adota continua sendo a França.

**Tabela 5**

Estatística dos processos de habilitação à adoção internacional julgados durante o ano de 2005

<b>DECISÕES PROFERIDAS EM 2005</b>	<b>Nº</b>
Processos Habilitados	27
Processos Indeferidos	04
<b>Total</b>	<b>31</b>

Fonte: CEJAI/CE

**Tabela 6**

Estatística de julgamento de processos de habilitação por país de origem no ano de 2005

<b>PAÍS DE ORIGEM</b>	<b>HABILITAÇÕES DEFERIDAS</b>	<b>HABILITAÇÕES INDEFERIDAS</b>	<b>Nº DEJULGADOS</b>
Alemanha	01	01	02

Canadá	00	01	01
Espanha	02	01	03
Estados Unidos	00	01	01
França	24	00	24

Fonte: CEJAI/CE

No ano de 2006 foram autuados 23 (vinte e três) processos, dos quais 22 (vinte e dois) foram habilitados e 01 (um) indeferido. O país que mais adota continua sendo a França.

**Tabela 7**

Estatística dos processos de habilitação à adoção internacional julgados durante o ano de 2006

<b>DECISÕES PROFERIDAS EM 2006</b>	<b>Nº</b>
Processos Habilitados	22
Processos Indeferidos	01
<b>Total</b>	<b>23</b>

Fonte: CEJAI/CE

**Tabela 8**

Estatística de julgamento de processos de habilitação por país de origem no ano de 2006

<b>PAÍS DE ORIGEM</b>	<b>HABILITAÇÕES DEFERIDAS</b>	<b>HABILITAÇÕES INDEFERIDAS</b>	<b>Nº DEJULGADOS</b>
Alemanha	07	00	07
França	11	01	12
Itália	03	00	03
Suíça	01	00	01

Fonte: CEJAI/CE

No ano de 2007 foram autuados 28 (vinte e oito) processos, dos quais todos foram habilitados. O país que mais adota continua sendo a França, com 19 (dezenove).

**Tabela 9**

Estatística dos processos de habilitação à adoção internacional julgados durante o ano de 2007

<b>DECISÕES PROFERIDAS EM 2005</b>	<b>Nº</b>
Processos Habilitados	28
Processos Indeferidos	00
<b>Total</b>	<b>28</b>

Fonte: CEJAI/CE



**Tabela 10**

Estatística de julgamento de processos de habilitação por país de origem no ano de 2007

<b>PAÍS DE ORIGEM</b>	<b>HABILITAÇÕES DEFERIDAS</b>	<b>HABILITAÇÕES INDEFERIDAS</b>	<b>Nº DEJULGADOS</b>
Alemanha	03	00	03
Estados Unidos	02	00	02
França	19	00	19
Inglaterra	01	00	01
Irlanda	01	00	01
Itália	01	00	01
Portugal	01	00	01

Fonte: CEJAI/CE

No ano de 2008 foram autuados 08 (oito) processos, dos quais todos foram habilitados.

**Tabela 11**

Estatística dos processos de habilitação à adoção internacional julgados durante o ano de 2008

<b>DECISÕES PROFERIDAS EM 2005</b>	<b>Nº</b>
Processos Habilitados	08
Processos Indeferidos	00
<b>Total</b>	<b>08</b>

Fonte: CEJAI/CE

**Tabela 12**

Estatística de julgamento de processos de habilitação por país de origem no ano de 2008

<b>PAÍS DE ORIGEM</b>	<b>HABILITAÇÕES DEFERIDAS</b>	<b>HABILITAÇÕES INDEFERIDAS</b>	<b>Nº DEJULGADOS</b>
Estados Unidos	02	00	02
França	02	00	02
Itália	02	00	02
Portugal	02	00	02

Fonte: CEJAI/CE

Hoje, a adoção tem caráter eminentemente assistencial, sendo direcionada aos interesses prioritários do adotado. Por isto o legislador procurou elencar, em nossa legislação, uma série de requisitos a serem respeitados no processo de adoção internacional, isso como uma maneira de assegurar que os direitos da criança sejam efetivamente respeitados, evitando-se, assim, a ocorrência de problemas com o tráfico, venda e prostituição de menores no exterior.

A situação dos menores em abandono, no plano internacional, tem sido alvo de bastante discussão entre os Estados, principalmente através de convenções. Estas

têm como objetivo regularizar os direitos das crianças e adolescentes, de forma que não venham a sofrer violações, sendo mantidas adequadamente dentro de seu convívio familiar e social.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção no Brasil veio a ter um papel de relevância, principalmente em relação ao interesse soberano da criança, após a Constituição de 1988. A partir da Constituição de 1988 os direitos fundamentais da criança e do adolescente passaram a ser inseridos na nossa Carta Magna em um capítulo específico, o que fortaleceu os direitos referentes ao menor e as obrigações dos pais em relação aos filhos.

É dever do Estado, bem como da sociedade de forma solidária, de garantir à criança e ao adolescente a convivência familiar e comunitária, para que se tenha um desenvolvimento necessário para uma vida saudável.

A partir de 1990, com a entrada em vigor em nosso ordenamento jurídico da Lei 8.069 (Estatuto da Criança e do Adolescente), esses direitos passam a ter maior importância, e a adoção passa a ter um sentido mais humano, pelo ECA a adoção passa a ser plena e o adotado terá os mesmos direitos do filho biológico, confirmando o que reza a Constituição Federal.

A adoção internacional ou transnacional surge no Brasil como uma salvação para as famílias pobres, que não tinham como sustentar seus filhos, o que gerou muita adoção irregular, principalmente no nordeste brasileiro, onde nos anos 80 fomos manchados de jornais do mundo inteiro, bem como CPIs foram instauradas para responder as “denúncias de tráfico de crianças”, em que, apenas por motivos financeiros, mães perdiam seus filhos para casais estrangeiros, que vinham ao Brasil como salvadores de crianças abandonadas.

A principal inovação se refere a necessidade da criação de Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional (CEJAs ou CEJAIs), com o objetivo de realizar estudo prévio e análise dos pedidos de adoção internacional bem como moralizar a adoção internacional.

Como órgão auxiliar da justiça, tem o objetivo de apreciar os pedidos de adoção de crianças e adolescentes, de nacionalidade brasileira, feitos por estrangeiros ou brasileiros residentes ou domiciliados fora do país, elaborando laudos, de natureza administrativa, posterior ao exame de aptidão e capacidade dos pretendentes, bem como da eficácia da adoção, nos termos da legislação vigente, no país de origem.

No Ceará, a CEJAI desenvolve um trabalho humanitário e social, distante dos escândalos que nosso Estado já sofreu, autorizando adoções excepcionalmente, ou seja, somente quando não houver nacional interessado, atendendo-se as exigências contidas no ECA.

Ao passar por todo um processo de habilitação, onde o adotante requerente preenche todos os requisitos necessários para que possa realizar a adoção, ou seja, condições sociais e psicológicas, idoneidade e seriedade, bem como as formalidades legais exigidas, terá seu processo de habilitação julgado procedente, passando a estar habilitado para a adoção.

A CEJAI, desde a sua criação tem contribuído, pela sua atuação idônea, para que dezenas de crianças e adolescentes tenham o direito de viver em um lar, onde lhe serão assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

**REFERÊNCIAS**

- ANGHER, Anne Joyce (Coord.). **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990 (ECA)**: código civil brasileiro. 9. ed. São Paulo: Rideel. 2003.
- BRASIL. Decreto 3.087/99 de 21 de junho de 1999. CEJAI/CE: Jurisprudência 2003/2005 & legislação aplicada. Organização: COSTA, Gizela Nunes da. Coordenação: PEREIRA, Luciano Menezes; SALDANHA, Adriana do Vale Farias. Fortaleza: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, 2005.
- \_\_\_\_\_. Decreto 3.174/99 de 16 de setembro de 1999. CEJAI/CE: Jurisprudência 2003/2005 & Legislação Aplicada. Organização: Organização: COSTA, Gizela Nunes da. Coordenação: PEREIRA, Luciano Menezes; SALDANHA, Adriana do Vale Farias. Fortaleza: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, 2005.
- CHAVES, Antônio. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. São Paulo: São Paulo, 1994.
- COSTA, Gizela Nunes da; PEREIRA, Luciano Menezes; SALDANHA, Adriana do Vale Farias. **Adoção internacional**: Procedimentos de habilitação. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. 2004.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção Internacional**: doutrina & prática. Curitiba: Juruá, 2003.
- MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Diretos da criança e adoção internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.
- MORAES, Alexandre de (Org). **Constituição da República Federativa do Brasil/1988**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- RELATÓRIO de atividades CEJAI/CE Desembargador Ernani Barreira Porto Presidente da CEJAI/CE Gestão 2007/2009.
- RELATÓRIO de atividades CEJAI/CE Desembargadora Gizela Nunes da Costa Presidente da CEJAI/CE Gestão 2003/2005.

## A IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO

**Rosângela Maria Evangelista de Melo**

*Pedagoga, especialista em Psicopedagogia, bacharela em Direito, gestora administrativa da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará - ESMEC*

### RESUMO

O presente artigo tem como principal objetivo refletir e destacar a importância da irrevogabilidade da adoção. Ressalta, que a orfandade, a pobreza, o desinteresse dos pais biológicos e os desajustes sociais, desencadeados no mundo atual, são algumas das situações que provocam o estado de abandono das crianças, razão por que se preconiza como função mais importante e notória, que é a adoção, a possibilidade de propiciar às crianças carentes e necessitadas um lar respeitável e digno, dando-lhes a oportunidade de receberem educação, vestuário, alimentação, estímulo à socialização interpessoal, além de se sentirem amados e protegidos por quem adota. Então, considerando-se a adoção como um ato de amor ao próximo, interessa ao Estado que essa criança/adolescente em estado de carência e abandono seja inserida num ambiente satisfatório e homogêneo. Faz-se necessário ainda conscientizar que a Adoção transitada em julgado torna-se irrevogável, portanto, não há como se arrepender posteriormente.

**Palavras-chave:** Aspectos Sociológicos e Psicológicos da Adoção. Irrevogabilidade e seus Efeitos. Anulação. Consequência do Abandono.

### 1 O Instituto da Adoção

A adoção é um instituto bastante antigo, porém nem sempre foi compreendida da mesma maneira, muitas vezes variando pelo grau do vínculo que une adotado e adotante e a família da qual faz parte.

A adoção é um meio artificial de filiação que busca imitar a filiação natural. (VENOSA, 2003).

Há variações discretas entre os conceitos, no entanto, é notório seu sentido sempre chegar a um ponto comum: a ideia de que a adoção é a criação do vínculo jurídico de filiação. Então, todos os conceitos concordam que a adoção confere a alguém o estado de filho, ou seja, gera um parentesco civil, desvinculado dos laços de consanguinidade.

No sentido de adotar um filho, esse termo ganha um significado particular, pois adotar significa acolher, mediante a ação legal e por vontade própria, como filho legítimo, uma pessoa desamparada pelos pais naturais, conferindo-lhe todos os direitos de um filho biológico. Assim, a adoção é um instrumento para colocar a pessoa no seio de uma família, que não sejam seus pais naturais, por isso traz como consequência o rompimento com a família natural.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, regido pelo princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, considera seus destinatários como sujeitos de direito, uma vez que Código de Menores os considerava como objetos de direito. Dessa maneira, dentre os diversos direitos elencados na Lei nº 8.069/90, destaca-se o direito fundamental da criança ou do adolescente ser criado no seio de uma família,

seja esta natural ou substituta.

A Lei nº 8.069/90 regulamenta, nos arts. 39 a 52, a adoção das pessoas amparadas pelo diploma legal conhecido como o Estatuto da Criança e do Adolescente. Essa Lei dispõe, nos Arts. 39 a 50, acerca de todo o procedimento para a adoção de crianças e adolescentes brasileiros, sejam adoções contraídas por nacionais ou estrangeiros domiciliados e residentes em território nacional.

Após a adoção é rompido o vínculo com a família de origem, salvo os impedimentos matrimoniais. O adotado pelo atual Código Civil é privilegiado com todos os direitos alimentícios e sucessórios, como também os seus deveres.

## **2 Aspectos Sociológicos e Psicológicos da Adoção**

A família é uma instituição social pré-existente ao Direito e passou por muitas modificações no transcorrer do tempo. Refere-se aos que habitam sob um mesmo teto. Segundo o Art. 25 do ECA, a família natural é definida como uma comunidade que é formada por pais e seus descendentes.

A estrutura familiar da atualidade é caracterizada por relações alteradas vivenciadas pela adoção e por redefinições de padrões de papéis, de hierarquia e de sociabilidade, permitindo diferentes configurações familiares. De acordo com alguns autores, a configuração familiar está centrada na valorização da solidariedade, da fraternidade, na ajuda mútua, nos laços de afeto e de amor (FONSECA, 2002; PERROT, 1988; RIZZINI, 2002), em detrimento da exigência da consanguinidade. (FACHIN, 2001; GOLDANI, 1994).

No Brasil, não há como se negar a real situação de grande quantidade de crianças e adolescentes em situação precária de vida, de abandono pelos pais e pela sociedade. Uma das principais razões disso é a baixa condição financeira de muitas famílias, seguida pela falta de políticas públicas capazes de propiciar uma condição mais digna.

Dessa forma, as crianças rejeitadas e abandonadas por seus pais biológicos, na maioria das vezes, são destinadas a crescer sem a mínima condição de uma sobrevivência digna, sem direito à educação, à saúde, à alimentação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

A falta de uma família, ou sua desorganização, muitas vezes leva essas crianças e adolescentes a se envolverem em atos infracionais. Essa não é uma regra absoluta, mas é o resultado mais provável diante de uma vida cheia de mazelas a que são submetidos essas crianças e adolescentes abandonados.

De acordo com o nova Lei da Adoção (12.010/09), há o conceito de “família extensa” para prevenir o afastamento do convívio familiar, incluindo a chance de a criança ficar com parentes próximos, como avós, tios e primos, com os quais mantém vínculos afetivos.

No Brasil, pesquisas mostram o real abandono das crianças e adolescentes por suas famílias. Desde muito cedo elas são separadas de suas famílias, muitas vezes por motivo de pobreza, miserabilidade e violência e pelas práticas erradas de proteção, que conduzem crianças e adolescentes para a institucionalização, ao passo que poderiam buscar a superação de violação ou do problema que gerou o afastamento de suas famílias.

O termo substituto vem do latim *substitutus*, que é o vocábulo empregado na linguagem corrente no mesmo sentido de substituinte: indica a coisa ou a pessoa que substitui em seu lugar outra coisa, ou outra pessoa. Já na linguagem jurídica, substituto é o que participa ou realiza uma substituição, vindo a ocupar ou se pondo no lugar do que foi substituído. No caso da adoção, a família substituta é a família que vem para substituir a natural, com todos os requisitos de uma família natural, inserindo a criança ou adolescente para ser criado como se filho fosse.

O princípio do melhor interesse da criança, base de todos os direitos que são assegurados à criança, visa primordialmente a tirá-la das situações de risco e colocá-la no convívio de famílias substitutas capazes de promover as condições básicas para seu pleno desenvolvimento físico, emocional e intelectual. Para alcançarem essas condições favoráveis, as crianças e adolescentes em situação de risco precisam de um lar em que seus direitos sejam respeitados, já que sozinhos não são capazes de lutar por sua implementação.

O melhor interesse da criança é princípio norteador nas decisões de guarda dos filhos, dentro e fora do casamento. A Carta Magna destinou à autoridade parental os deveres fundamentais de criar, assistir e educar os filhos, que deverão ser formados dentro de um núcleo de liberdade com responsabilidade. O vínculo entre pais e filhos há muito tempo deixou de ser de subordinação ou domínio para ser de amor, ternura, respeito, solidariedade. Na convivência familiar não mais cabe a hierarquia. O afeto é o mais importante valor a unir o núcleo familiar em busca da felicidade.

O Poder Público também exerce sua função de proteger o melhor interesse da criança e do adolescente, através de políticas públicas, para desenvolver programas de assistência aos menores desamparados. Pode, ainda, dar maior celeridade aos programas de adoção.

### 3 Irrevogabilidade da Adoção e seus Efeitos

Nos dizeres de Wilson Donizeti Liberati (1995, p. 186),

[...] a noção de irrevogabilidade definida e proposta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente orienta no sentido de que os efeitos produzidos pela adoção não podem ser desfeitos ou anulados pela vontade dos interessados. Como se fosse um simples contrato.

Significa dizer que a intenção do legislador, ao incluir o dispositivo que torna irrevogável a adoção, era impossibilitar que as partes insatisfeitas com a adoção a ela renunciassessem, unilateralmente, ou mesmo em comum acordo. Assim “uma vez constituída a adoção por sentença definitiva, existirá ela automaticamente, independente da vontade ou mudança de opinião dos interessados, por mais justificado que sejam seus motivos”. (LIBERATI, 1995, p. 186).

Ressalta-se que o legislador jamais teve a intenção de fazer perdurar eternamente uma sentença constitutiva de adoção eivada de vícios. Assim é que, não tendo transitado em julgado a sentença, sua modificação pode operar-se pela apelação, conforme o CPC, Art. 513 (LIBERATI, 1995, p. 184), que deverá ser imposta independentemente de preparo no prazo de dez dias (Art. 198, I, II, do ECA).

Até mesmo porque não se entende hoje a sentença como um mero ato judicial

que serve para pôr termo a um processo, mas como um instrumento necessário à efetividade da decisão judicial, no sentido de irradiar um efeito positivo na sociedade e nas partes que buscaram o Poder Judiciário. No caso específico da adoção, tem-se o interesse de menores que devem prevalecer sob quaisquer formalismos processuais. Daí porque se sustenta a possibilidade de ação rescisória e anulatória dessa sentença constitutiva. Ao mesmo tempo, entende-se que uma sentença viciada ou em que os fatos trazidos, posteriormente, configuram-se viciados, deve receber maior cautela do Julgador.

Desta feita, “cabe distinguir a irrevogabilidade da sentença, da nulidade decorrente de vícios intrínsecos que autorizam declarar a sua invalidade”. (PEREIRA, 2004, p. 260).

O vínculo da adoção, obtido através de um ato jurídico perfeito transitado em julgado, não autoriza alteração, logo, torna-se IRREVOGAVEL (Art. 48 do ECA). Contudo, pode ocorrer de a sentença encontrar-se eivada de vícios, o que torna possível a declaração de sua invalidade. Além disso, os fatos trazidos podem se revelar inverossímeis, possibilitando, assim, uma nova análise do caso.

Obviamente que uma situação de injustiça que se delineie posteriormente não ficará impune, cabendo nova intervenção do Judiciário. Para tanto, é importante mencionar que existem institutos que podem modificar este procedimento. Isso demonstra que se têm três momentos distintos com consequências jurídicas bem delineadas. Numa primeira fase, existe a possibilidade de anular o processo de adoção quando se configuraram vícios no processo, seja através de apresentação de documentos falsos, por exemplo, em casos de concussão ou prevaricação de algum funcionário público no trâmite processual. Na segunda fase, quando se detecta algum vício elencado no Art. 171, inciso I, do Código, como, por exemplo, tratar-se de incapacidade relativa é anulável, e, por fim, quando se verificar ausência do Ministério Público no processo de adoção, que se configura inexistência.

Isso prova que a criança ou o adolescente não fica desprotegido com a formação de coisa julgada. Sendo assim, fácil concluir que, uma vez deferida a adoção, os adotantes passam a exercer sobre o adotado os direitos e deveres do pátrio poder e vice-versa. E, descumprindo tais deveres, os pais adotivos poderão perder esses direitos em processo de destituição do pátrio poder.

Verifica-se, portanto, que na hipótese mencionada incorre revogação da adoção, mas, sim, perda dos direitos decorrentes do pátrio poder pela quebra de seus deveres, como ocorre com os pais biológicos (Apelação Cível n. 13.755-0, Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator o Des. Torres de Carvalho). Até mesmo porque com a adoção homologada e com trânsito em julgado, os pais adotivos usufruem normalmente do pátrio poder.

A irrevogabilidade da adoção vem encontrando excepcionalidade em casos extremos, justificando-se, via de regra, no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, assim como na regra de interpretação do Art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

A despeito das exceções à irrevogabilidade da adoção, este é o único instrumento legal e de segurança em termos de colocação em lar substituto, tanto para adotantes como para adotados.

Após o trânsito em julgado, a situação de vício pode ser contestada e apresentada através da ação rescisória e, não sendo o caso desta, é possível ajuizar

ação de destituição de pátrio poder quando já se ultrapassou o prazo decadencial de 2 anos após o trânsito em julgado, ou não era caso de rescisória.

Têm-se aqui as distinções entre anular, anulabilidade, inexistência e destituir o pátrio poder. O meio judicial adequado corresponde ao momento processual em que o vício se caracteriza, e é descoberto pelas partes e, com isso, levado ao conhecimento do poder Judiciário competente.

Não se pacificou, ainda, a jurisprudência sobre a aplicação da irrevogabilidade da adoção para aquelas adoções aperfeiçoadas antes da vigência da CF/88, ou do ECA, e, também, aquelas celebradas posteriormente, que não se referem nem a criança, nem a adolescente, reguladas pelo Código Civil de 1916. Uns entendem inadmissível a revogação de qualquer adoção após o advento da CF/88, porque outro entendimento colidiria com a regra do Art. 227, § 6º, da CF, estabelecadora da isonomia de direitos e qualificações dos filhos, biológicos ou adotivos. A irrevogabilidade da adoção vem encontrando excepcionalidade em casos extremos, justificando-se, via de regra, no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, assim como na regra de interpretação do Art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Nesse sentido, a Apelação Cível 2005.032504-8, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, julgada em 16.12.2005, relator o Des. Sérgio Izidoro Heil, in verbis: “Apelação cível - Ação ordinária visando à dissolução de adoção - Demanda ajuizada consensualmente”.

Tem-se, de um lado, o texto letárgico e indiferente da lei, que estabelece a irrevogabilidade da adoção; de outro, prerrogativa fundamental, atinente à dignidade da pessoa humana, cuja peculiaridade e especificidade, do caso concreto, recomenda (ou melhor, exige) a análise sob inspiração hermenêutico-constitucional, com engenhosidade intelectual, social e jurídica, a fim de se alcançar o escopo magno da jurisdição: a pacificação social.

Acerca da interpretação teleológica (ou sociológica), com o costumeiro brilho, em anotação ao Art. 5º da LICC, ensina Maria Helena Diniz (1996, p. 158-159):

A interpretação teleológica é também axiológica e conduz o intérprete-aplicador à configuração do sentido normativo em dado caso concreto, já que tem como critério o fim prático da norma de satisfazer as exigências sociais e a realização dos ideais de justiça vigentes na sociedade atual. [...] O art. 5º está a consagrar a equidade como elemento de adaptação e integração da norma ao caso concreto. A equidade apresenta-se como a capacidade que a norma tem de atenuar o seu rigor, adaptando-se ao caso subjudice. Nesta sua função, a equidade não pretende quebrar a norma, mas amoldá-la às circunstâncias sociovalorativas do fato concreto no instante de sua aplicação.

Não se trata de anulação do ato jurídico (adoção), porque não se apresenta inquinado por qualquer vício que a justifique; não se trata, também, propriamente, de revogação da adoção, porque o pedido não é formulado pela adotante.

Trata-se de invalidação da adoção em decorrência de múltiplos fatores: preterição, àquela época, do instituto adequado (tutela); superveniência fático-social



(relacionamento amoroso entre a adotada e seu primo-irmão adotivo); efetividade da dignidade da pessoa humana (criança advinda do relacionamento); prevalência da situação fática à jurídica (nunca houve entre os envolvidos sentimento fraternal); e união acolhida e reconhecida no meio sociofamiliar.

É sob esse estímulo, preocupado com os direitos fundamentais da criança nascida desse relacionamento, os quais gozam de proteção integral, assegurada por lei ou por outros meios, com absoluta prioridade, que se busca mediante a técnica da ponderação, permitir a qualificação dessa convivência (criança e seus pais) como família, base da sociedade, com especial proteção do Estado (Arts. 3º e 4º, caput do ECA c/c Arts. 226, caput e 227, caput da CF), medida que se impõe, também, sob a égide principiológica da proporcionalidade e da razoabilidade.

Tratando desse princípio, sob o título: “O Novo Código Civil e a interpretação conforme a Constituição”, preleciona Inocência Mártires Coelho (apud REALE, 2003, p. 45-46), verbis:

[...] o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

No âmbito do Direito Constitucional, que o acolheu e reforçou, a ponto de impô-lo à obediência não apenas das autoridades administrativas, mas também de juízes e legisladores, esse princípio acabou se tornando consubstancial à própria ideia de Estado de Direito pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar. Essa interdependência se manifesta especialmente nas colisões entre bens ou valores igualmente protegidos pela Constituição, conflitos que só se resolvem de modo justo ou equilibrado, fazendo-se apelo ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual é indissociável da ponderação de bens e, ao lado da adequação e da necessidade, compõe a proporcionalidade em sentido amplo.

## CONCLUSÃO

A adoção exibiu progressos de grande notabilidade, ao longo de sua existência, mormente quando da instituição, em 1990, do Estatuto da Criança e do Adolescente, modificando a condição do menor anteriormente classificado como em situação irregular, para transformar as crianças e adolescentes em sujeitos de direitos. Denota-se, aqui, o equilíbrio que passou a existir entre a Carta Magna de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, e agora com a nova Lei da Adoção.

Decerto que o instituto atualmente regulado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, como também pelo Novo Código Civil de 2002, se constitui em ato de amor e de solidariedade, haja vista que a instituição da adoção tem como finalidade

buscar o melhor interesse da criança e do adolescente, inserindo-os no seio protetor de uma família ou de quem adota, para que os ame, eduque, propicie bem-estar mental e físico, isto é, reintegrando-os à sociedade.

Por esta razão é que os aludidos textos legais, que têm como fundamento a Constituição Federal de 1988, preconizam a valorização do indivíduo, desde o seu nascimento, sob a atenta observação do princípio da dignidade humana.

No tocante à irrevogabilidade da adoção, faz-se necessário refletir que transitada em julgado a sentença constitutiva da adoção, esta tornar-se irrevogável, conforme Art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, portanto é imprescindível que se cumpram todos os requisitos legais estabelecidos no processo de adoção. Ao menos que ela apresente algum vício, como a idade de quem adota ser menor de 18 anos, como também por incapacidade relativa.

Diante dos fatos gerados pelos vícios da adoção, o que se pretende é evitar que os menores desassistidos fiquem sem lar, no desprezo social, haja vista que detêm direitos aos princípios constitucionais da dignidade humana e do melhor interesse da Infância e da Juventude. Uma vez protegidos pelas leis emanadas do Poder Público, estando, dessa forma, a salvo de sofrerem abuso sexual, torturas, espancamentos, riscos de vida e/ou saúde, desnutrição, abandono dos pais ou práticas de atos contrários à moral e aos bons costumes, enfim, de todas as atitudes que configurem a violação ao preceito da dignidade humana, reflete em reverter o quadro em que se encontram, seja na adoção propriamente dita ou em via de adoção.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Jaime Henrique. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Renovar: Rio de Janeiro, 1992.

ÁRIES, Philippe. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1981.

BALERA, Wagner. Da proteção social à família. **Revista de Direito Social**, Porto Alegre, n. 6, p. 11, 2002.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras Providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

ELIAS, Roberto João. **Pátrio poder**: guarda dos filhos e direito de visita. Intertemas, São Paulo, n. 9, v. 9, 2005.

FELIPE, J. Franklin Alves. **Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. **Aspectos psicológicos da adoção**. Curitiba: Juruá, 2000.

## A TUTELA DO MEIO AMBIENTE ATRAVÉS DOS TRIBUTOS

João Victor Porto Sales

### RESUMO

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de índole constitucional. Como reflexo disso está o dever do Poder Público e da coletividade em preservá-lo, visando assegurar um desenvolvimento sócio-econômico de forma sustentável para presentes e futuras gerações. Dentre as várias possibilidades de se concretizar o mandamento constitucional, o presente trabalho tem por objetivo a análise do direito tributário como mecanismo de proteção ao meio ambiente. Busca-se definir o conceito, os fundamentos e as finalidades da denominada tributação ambiental, demonstrando o melhor caminho a ser seguido e atentando-se para suas possibilidades e limitações no ordenamento jurídico brasileiro, além de verificar as medidas de outros países bem como as brasileiras em relação ao assunto.

**Palavras-chave:** direito tributário. Meio ambiente. Incentivos fiscais.

### 1 INTRODUÇÃO

A crise ambiental enfrentada pela maioria dos países requer cada vez mais uma atuação que seja capaz de implantar políticas eficientes do ponto de vista ambiental e econômico.

No contexto brasileiro, essa preocupação se torna maior devido seu grande potencial ambiental e sua crescente importância econômica em nível global. O Brasil agrega em seu território uma infinidade de recursos naturais, que servem como insumos para as variadas atividades econômicas desempenhadas no país. Por isso, a necessidade de um aproveitamento racional e sustentável dos recursos naturais não constitui, apenas, uma preocupação de âmbito ambiental, mas também, de caráter econômico.

A legislação ambiental brasileira é bastante completa ao tratar da proteção ao meio ambiente, responsabilizando civil, administrativa e penalmente pessoas físicas e jurídicas que cometam infrações ambientais. Porém, apesar dessa legislação protetora, as ocorrências de danos ao meio ambiente ainda são comuns devido, principalmente, à pouca eficácia dos mecanismos de proteção ambiental em se antecipar aos mesmos, à debilidade da fiscalização dos órgãos encarregados, à falta de recursos para serem aplicados, além do pouco interesse das empresas em adquirir e desenvolver formas mais sustentáveis na produção de seus bens e na prestação dos seus serviços e, por igual, da sociedade em adquirir e cobrar por esses bens e serviços.

Dessa forma, novos mecanismos devem ser criados e desenvolvidos, objetivando coadunar os interesses econômicos e ambientais. Nessa perspectiva, o uso de instrumentos econômicos com fins ambientais afigura-se como um valioso meio para o desenvolvimento de políticas de proteção ao meio ambiente, ao estimular o setor produtivo e os consumidores a adotarem comportamentos mais sustentáveis.

A utilização dos tributos, como modo de intervir no domínio econômico, é um desses instrumentos capazes de alcançar bons resultados, principalmente, através da via da extrafiscalidade, orientando os agentes econômicos a adotarem práticas ambientalmente desejáveis.

## **2 DIREITO AMBIENTAL E DIREITO ECONÔMICO**

### **2.1. O caráter econômico do direito ambiental**

O direito ambiental tem forte conotação econômica, pois em um de seus diversos aspectos, é Direito Econômico e, como tal, um instrumento de intervenção econômica. Como Direito Econômico, o DA é dotado de instrumentos específicos que o capacitam a atuar na ordem econômica, de molde a configurar um determinado padrão de apropriação dos recursos ambientais.

O Estado, através do seu poder de intervir na economia, pode se portar de diversas maneiras, as quais vão desde a proibição ou a limitação espacial do exercício de determinada atividade em virtude do risco causado ao meio ambiente até o uso de incentivos para a adoção de determinadas condutas. A intervenção estatal, do ponto de vista ambiental, ocorre

com o escopo de estimular atividades não agressoras ao meio ambiente, com a premiação dos agentes econômicos que se comportarem de maneira a atender aos interesses ambientais. Essas premiações em matéria ambiental vão desde incentivos financeiros, econômicos ou tributários. Por outro lado, o Estado poderá intervir de maneira coativa, impondo aos agentes econômicos, que de alguma forma prejudicar o meio ambiente, sanções administrativas e criminais, obrigações de fazer e não fazer, obrigando o causador do dano ambiental a reparar os malefícios causados ao meio ambiente, bem como tributando suas atividades de maneira a ver atendidos os interesses ambientais.

Essa ingerência tem por objetivo corrigir as falhas de mercado, pois ao contrário do que pensavam os liberais e pensam, atualmente, os neoliberais, elas não se resolvem sozinhas. O Estado deve adequar, através de medidas restritivas ou incentivadoras, o desenvolvimento das atividades econômicas aos valores expostos na Constituição, entre os quais está a defesa do meio ambiente.

### **2.2. Formas de intervenção estatal na economia**

É de fácil constatação a interferência do Estado na economia, visto sua atuação como agente econômico, ao desenvolver atividades em regime de monopólio

ou em parceria com a iniciativa privada, ou ainda, como agente normativo e regulador da mesma. A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu Título VIII, os aspectos fundantes da ordem econômica e financeira, proclamando princípios e regras para atuação do Estado e do setor privado na economia. Quanto ao Estado, vale demonstrar, como se dá essa atuação de acordo com o texto constitucional. Vejamos:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

A intervenção do Estado no domínio econômico pode, por conseguinte, ocorrer indireta e diretamente, sendo que

a intervenção estatal indireta refere-se à cobrança de tributos, concessão de subsídios, subvenções, benefícios fiscais e creditícios e, de maneira geral, à regulamentação normativa de atividades econômicas, a serem primariamente desenvolvidas pelos particulares.

Na intervenção direta o Estado participa ativamente, de maneira concreta, na economia, na condição de produtor de bens ou serviços, ao lado dos particulares ou como se particular fosse. Trata-se, nesta última hipótese, do Estado enquanto agente econômico.

Baseado nos ensinamentos de Eros Grau, o qual classifica as formas de intervenção do Estado nas modalidades de absorção, participação, direção e indução, Paulo de Bessa Antunes define este último modo como

um mecanismo pelo qual o Estado cria incentivos ou punições para a adoção de determinados comportamentos econômicos ou cria condições favoráveis para que se desenvolvam empreendimentos privados em determinadas regiões, ou mesmo que determinadas atividades econômicas possam ser realizadas mediante medidas especiais de política econômica.

A intervenção por indução é o referencial de partida para se entender a forma mais apropriada de que o Estado dispõe para elaborar e executar políticas tributárias com fins ambientais, o que será desenvolvido, mais detalhadamente, a seguir.

### 2.3. O desenvolvimento sustentável

A relação entre economia e meio ambiente é bastante sensível. É notório que, os agentes econômicos se apropriam bastante dos recursos naturais disponíveis sem a devida preocupação com os danos que possam causar ao meio ambiente.

Para Herman Daly, “a maioria dos economistas não entende um fato simples que para os cientistas é óbvio: o tamanho da terra é fixo”. Conforme o autor,

a economia é como um organismo faminto em fase de crescimento. Ela consome recursos naturais como árvores, peixes e carvão. Deles, produz energia e bens úteis e cospe resíduos como dióxido de carbono, lixo e água suja. A maioria dos economistas está preocupada com o sistema circulatório do organismo e em como a energia e os recursos podem ser eficientemente alocados. E tende a ignorar seu sistema digestivo: os recursos que o organismo consome e o lixo que produz. Os economistas pressupõe que ambos sejam infinitos.

Como forma de alinhar os interesses econômicos aos interesses ambientais, vem sendo trabalhado e discutido, a partir da década de 1970, o conceito de desenvolvimento sustentável, tendo o mesmo aparecido em várias declarações e relatórios como, por exemplo, o Relatório Brundtland (1987), a Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (1992) e a Declaração de Johannesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável (2002).

Consoante a Declaração do Rio, oriunda dos debates da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrida na cidade do Rio de Janeiro, em 1992, firmou-se entendimento de que “o direito ao desenvolvimento deve ser exercido, de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e ambientais de gerações presentes e futuras”. A Constituição Federal de 1998 incorpora o princípio do desenvolvimento sustentável ao estabelecer, em seu art. 225, que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Assim, o princípio em questão

tem por conteúdo a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição.

Não obstante pareça evidente que a relação desarrazoada da economia com

o meio ambiente causa, cada vez mais, uma série de transtornos, ainda são poucas as medidas eficazes e capazes de se chegar ao desenvolvimento sustentável, estando os governos e as empresas mais preocupados com os seus balanços ao final do ano, mesmo que tal situação não se sustente mais por muito tempo.

Desse modo, a utilização do tributo como instrumento econômico pode ser uma importante ferramenta na convergência entre economia e meio ambiente, devendo ter como finalidade precípua o desenvolvimento sustentável e a criação de um novo paradigma nas políticas de proteção ao meio ambiente.

### **3 CONCEITO, FINALIDADES E FUNDAMENTOS DA TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL**

#### **3.1 Conceito e finalidades da tributação ambiental**

Sabe-se que a tributação é tarefa exclusiva do Estado, que, através da arrecadação de recursos financeiros, mantém uma gama de atividades tanto para seus administrados quanto para a sua própria manutenção. Porém, a arrecadação de recursos não constitui a única faceta da instituição de tributos, pois, conforme a classificação dos mesmos, quanto à sua finalidade, àqueles que são dotados de um caráter extrafiscal podem ter por objetivo principal “a interferência no domínio econômico, buscando um efeito diverso da simples arrecadação de recursos financeiro”.

Para Alfredo Augusto Becker,

a principal finalidade de muitos tributos (que continuam a surgir em volume e variedade sempre maiores pela progressiva transfiguração dos tributos de finalismo clássico ou tradicional) não será a de um instrumento de arrecadação de recursos para o custeio das despesas públicas, mas a de um instrumento de intervenção estatal no meio social e na economia privada.

O mencionado autor esclarece que, os tributos, apesar do seu caráter nitidamente fiscal ao longo dos tempos, não possuem apenas esta finalidade, observando-se, que, embora timidamente, o caráter extrafiscal se demonstrava. São suas palavras:

neste ponto germinal da metamorfose jurídica dos tributos, a transfiguração que ocorre é, em síntese, a seguinte: na construção jurídica de todos e de cada tributo, nunca mais estará ausente o finalismo extrafiscal, nem será esquecido o fiscal. Ambos coexistirão sempre agora de um modo consciente e desejado – na construção jurídica de cada tributo; apenas haverá maior ou menor prevalência neste ou naquele sentido, a fim de melhor estabelecer o equilíbrio econômico-social do orçamento cíclico.

Nesse sentido, o de interferir no domínio econômico, é que se impõe a tributação ambiental, a qual pode ser definida como

o emprego de instrumentos tributários para gerar os recursos necessários à prestação de serviços públicos de natureza ambiental (aspecto fiscal ou arrecadatório), bem como para orientar o comportamento dos contribuintes à proteção do meio ambiente (aspecto extrafiscal ou regulatório).

Do conceito exposto, depreende-se a existência de dois objetivos principais da tributação ambiental: 1) a prestação de serviços públicos de natureza ambiental e 2) a orientação de comportamentos dos contribuintes visando à proteção do meio ambiente. Enquanto a primeira cuida da arrecadação de recursos para fiscalização, recuperação e preservação de áreas consideradas de relevante valor ambiental, a segunda procura incutir nos contribuintes a adoção de comportamentos que se coadunem com a política de proteção ambiental exposta na Constituição Federal e nos demais textos normativos.

### **3.2. Fundamentos da tributação ambiental**

A concepção dos tributos, como forma de reparar ou evitar danos ambientais oriundos da atividade econômica, encontra guarida na Constituição Federal de 1988 em dois principais momentos: no art. 225, ao impor ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente; e no art. 170, inc. VI, ao estabelecer como princípio da atividade econômica “a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”.

O Estado arrecada seus recursos através dos tributos, que incidem principalmente sobre renda, trabalho, capital, propriedade e consumo, tendo esses fatores uma enorme afinidade com as atividades econômicas, por se originarem, geralmente, delas. Assim, usa-se o tributo não só como meio de arrecadação, mas também, como forma de incentivar a economia, tendo por objetivo aumentar os postos de trabalho, o consumo das pessoas, a exportação de produtos etc.

Nessa perspectiva, o tributo começa a ser visto como instrumento econômico capaz de orientar a iniciativa privada a adotar comportamentos desejáveis do ponto de vista ambiental.

Assim, o Poder Público através dos tributos pode tornar mais vantajosa ou não, sob o enfoque econômico-financeiro, a adoção de determinada atividade ou conduta, dependendo do impacto que cause ao meio ambiente.

### **3.3. Qual o caminho a ser seguido?**

O direito tributário se mostra um importante instrumento de proteção ao meio ambiente, pois ao mesmo é facultado, através dos mecanismos tributários, angariar recursos e direcionar condutas, quando da tributação das atividades econômicas, que em menor ou maior escala provocam impactos ao meio ambiente,



oferecendo incentivos, para àqueles que adotem medidas ambientalmente desejáveis, ou desestimulando atividades consideradas prejudiciais ao meio ambiente.

Persiste dúvida, no entanto, sobre qual caminho deve ser promovido para elaboração de uma política tributária que tenha como finalidade a tutela do meio ambiente. Cogita-se a instituição de novos tributos, conhecidos como green taxes ou eco taxes no direito alienígena, que tenham como fato gerador aspectos ambientais, como a poluição, a utilização de recursos naturais ou de certas propriedades ou bens de relevante valor ambiental, assim como a prática de uma política de tributação extrafiscal capaz de orientar comportamentos ambientalmente desejáveis. Embora essas duas tendências apontadas não se excluam, há que se analisar a efetividade de tais medidas para se escolher uma melhor direção a ser tomada.

A criação de novos tributos em um país como o Brasil (dotado de um sistema tributário analítico), no qual a Constituição Federal discorre, minuciosamente, sobre as competências de cada ente federativo, e possuidor de uma carga tributária elevada parece não ser o rumo mais coerente.

Além disso, a instituição de tributos ecológicos ou ambientais sem que haja uma reforma fiscal para o fim de adequar o sistema tributário brasileiro aos imperativos da proteção ao meio ambiente, como foi feito em outros países, também, não aparenta ser de grande valia para o debate acerca da tributação ambiental no presente momento. Heleno Taveira Tôres diz que não encontra

à luz da nossa Constituição, espaço para a criação de alguma espécie de “imposto” ecológico, salvo eventual exercício da competência residual da União (art. 154, I), nos limites dessa hipótese, tampouco a criação de fundos a partir dos impostos já existentes, haja vista a limitação do art. 167, IV, da CF.

Outra questão, que diz respeito não ao direito tributário, mas sim ao direito ambiental, que inviabiliza a instituição de tributos ambientais como opção a ser tomada é o fato de serem os danos ambientais em sua maioria irreversível e irreparável. No direito ambiental, com vistas a anteceder o dano ambiental que pode ser causado por determinada atividade, há o princípio da precaução e o princípio da prevenção, que embora semelhantes não devem ser confundidos. O princípio da precaução pode ser definido como aquele

apto a lidar com situações nas quais o meio ambiente venha a sofrer impactos causados por novos produtos e tecnologias que ainda não possuam uma acumulação histórica de informações que assegurem, claramente, em relação ao conhecimento de um determinado tempo, quais as conseqüências que poderão advir de sua liberação no ambiente.

Já o princípio da prevenção “aplica-se a impactos ambientais já conhecidos e dos quais se possa, com segurança, estabelecer um conjunto de nexos de causalidade

que seja suficiente para a identificação dos impactos futuros mais prováveis”.

De tal sorte, ainda que o fato gerador de tais tributos guardasse relação com aspectos ambientais, a sua finalidade principal, a preservação do meio ambiente, não seria atingida no todo, pois, muitas vezes, a incidência do tributo seria posterior à ocorrência do dano. Qualquer política pública que trabalhe com a defesa do meio ambiente, entre elas as tributárias, deve estar pautada na antecipação ao dano que pode ser causado.

Dentre as medidas de proteção ambiental por meio dos tributos estão, ainda, aquelas que visam à internalização dos custos ambientais através do princípio do poluidor-pagador. O princípio do poluidor-pagador “impõe que o causador do dano ambiental, seja através da emissão de poluentes, seja através da exploração irracional de recursos naturais, fique obrigado a arcar com os custos necessários à diminuição, eliminação ou neutralização desse dano”. Tal princípio se concretiza em matéria tributária, através de regras instituidoras de multas, taxas e contribuições diversas. Embora o princípio em questão não seja uma licença para poluir, como acreditam seus críticos, ele se torna não tão desejável pelo fato de que sua atuação se dá, mormente, depois de ocorrido o dano e também, pela pouca preocupação ambiental por parte das maiorias das empresas que preferem apenas internalizar os custos e repassá-los aos consumidores a encontrar novas formas de prevenir a ocorrência do mesmo, sendo o princípio do poluidor-pagador interessante somente naquelas atividades em que os danos ambientais são de difícil mitigação, como no caso da indústria petrolífera ou química, por exemplo.

A introdução de uma política de tributação extrafiscal com fins ambientais através de incentivos se mostra uma melhor alternativa por se adequar mais convenientemente aos princípios da precaução e da prevenção, adquirindo maior eficácia do que o princípio do poluidor-pagador por poderem trabalhar tanto antes quanto depois da ocorrência do dano ambiental. Os incentivos fiscais têm por finalidade que os beneficiários de tais medidas adotem posturas que se adéquem a uma nova relação com o meio ambiente. A adoção de incentivos, além de atender aos princípios da precaução e da prevenção, relaciona-se, também, com os princípios ambientais da informação e da educação ambiental, fazendo com que os sujeitos passivos da relação tributária participem junto com o Estado das políticas de preservação ambiental, de forma a atender aos reclamos constitucionais do art. 225 da CF/88. Regina Helena Costa ao defender a utilização dos tributos, em contraponto ao modelo de “controle-comando”, adotado como regra nas medidas de disciplina de condutas em matéria ambiental, exara que

as vantagens da utilização de tributos com feição ambiental em relação a esse sistema consistem no fato de que aqueles, primeiramente, estimulam o comportamento individual que se direciona a uma postura ambientalmente correta, justamente porque estão interferindo no bolso do contribuinte, que prefere adotar comportamentos menos agressivos ao meio ambiente. Por outro lado, a implantação de um sistema de tributos ambientais não exige infraestrutura e fiscalização do aparelhamento administrativo tão

custosas quanto as necessárias para se realizar toda a atividade administrativa nesse âmbito.

O professor Terence Trennepohl, defensor dos incentivos fiscais, afirma que “no cenário dos incentivos, as condutas desejadas são mais facilmente atingidas em razão da (a) falibilidade da repressão, pela via costumeira da sanção negativa – pena e (b) pela vantagem na adoção da conduta que o Estado valoriza e reputa mais conveniente”. Para o professor a “ingerência do Poder Público, seja repressiva ou preventivamente, leia-se, através de uma carga tributária elevada ou de incentivos fiscais, pode vir a ser marca determinante na caracterização do Estado como poluidor ou como auto-sustentável”. E, ao defender a opção por incentivos fiscais esclarece, que

de fato, pela via da seletividade, essencialidade, progressividade, isenções, imunidades etc., o caminho do contribuinte no sentido de reduzir custos e encargos tributários certamente encontrará espaço para a preservação ambiental, com o consumo de bens e a prestação de serviços que se valham de tecnologias “limpas”.

A tributação ambiental baseada na extrafiscalidade, principalmente com o uso de incentivos fiscais, mostra-se como escolha a ser seguida por interferir de forma mais eficaz no domínio econômico, compatibilizando os anseios econômicos aos ambientais. Contudo, a adoção de uma via não quer dizer que outras, como as que desestimulem condutas não desejáveis pelo aumento da carga tributária ou que visem à arrecadação de recursos para a prestação de serviços públicos ambientais devam ser abandonados. Essas outras possibilidades têm suas funções e contribuições para o enfrentamento da crise ambiental, porém, os incentivos fiscais, com escopo de proteção ao meio ambiente, devem ser trabalhados de forma mais ampla pelos motivos expostos.

#### **4 REQUISITOS, POSSIBILIDADES E LIMITES DA TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL**

A adoção de uma política tributária com fins ambientais, adequada e eficiente, deve ter sempre a preocupação com os seguintes pontos: a eficiência ambiental, a eficiência econômica, a administração barata e simples e a ausência de efeitos nocivos ao comércio e à competitividade internacional.

Quanto às possibilidades para utilização dos tributos com fins ambientais, fica aqui resguardada a posição sobre a inviabilidade da instituição de novos impostos, salvo nos casos de competência residual da União.

Os impostos já existentes, todavia, podem ser adaptados para a função de tutela ao meio ambiente. Cabe, também, às taxas e às contribuições de melhoria e de intervenção no domínio econômico o referido papel. Ademais, é de se concluir que, quando se trata de incentivos, o mesmo é cabível “sem necessidade de maiores digressões, em todas as espécies tributárias”.

São possibilidades de tributação ambiental através dos tributos já existentes:

<b>TRIBUTO</b>	<b>POSSIBILIDADES</b>
<i>Imposto de Renda</i>	Incentivos a projetos de preservação ambiental mediante deduções no imposto; ou isenções em relação a rendimentos de atividades interessantes sob o ponto de vista ambiental.
<i>IPI</i>	Adoção de alíquota de acordo com a onerosidade ambiental dos produtos, incentivando-se novas práticas na indústria que se coadunem com o interesse ambiental.
<i>IPTU e ITR</i>	Deduções de áreas de interesse ambiental ao se calcular o imposto.
<i>ICMS</i>	Adoção de alíquota de acordo com a onerosidade ambiental dos produtos e serviços, de forma a incentivar o consumo de mercadorias e serviços ambientalmente corretos; destinação de parte das receitas do ICMS para municípios que tenham projetos de preservação ambiental (ICMS Ecológico).
<i>IPVA</i>	Alíquotas com base na capacidade poluidora dos automóveis, incentivando-se a compra de veículos menos poluentes.
<i>ISS</i>	Adoção de alíquota de acordo com a onerosidade ambiental dos serviços, incentivando-se os menos impactantes ao meio ambiente.
<i>Taxas</i>	Utilização de taxas para a prestação de serviços de natureza ambiental ou referente ao poder de polícia para fiscalização e controle de atividades que prejudiquem o meio ambiente.
<i>Contribuição de Melhoria</i>	Instituição da contribuição de melhoria quando a obra executada pelo Poder Público, que tenha por objetivo um fim ambiental, provoque a valorização imobiliária particular.
<i>CIDE</i>	Instituição da CIDE para atividades que tenham um grande potencial ofensivo ao meio ambiente, como no caso da indústria petrolífera.

Tabela 1 – Possibilidades da tributação ambiental através dos tributos já existentes.

Por último, faz-se necessário delimitar as possibilidades da tributação ambiental de acordo com os imperativos do próprio direito tributário. A doutrina pátria que trata do assunto estabelece, de forma geral, como limites à tributação ambiental, o princípio da legalidade, o princípio da igualdade, o princípio do não-confisco, o princípio da capacidade contributiva, a proibição do caráter sancionatório do direito tributário. Por conseguinte, “a aplicação da tributação com finalidade de defesa do meio ambiente (...) deve respeitar alguns limites estabelecidos na Constituição Federal e na legislação complementar”. Isso ocorre, pois “afinal o caráter indutor da norma não retira a característica tributária do veículo pelo qual ela é introduzida no mundo jurídico”.

## 5 EXEMPLOS DE TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL NO MUNDO E NO BRASIL

Vários países vêm implementando, em menor ou maior escala, a tributação ambiental, pretendendo combater os efeitos provocados pela ação humana na natureza. Algumas nações avançaram nessa questão a ponto de fazer uma reforma fiscal verde, ou seja, uma reforma do sistema tributário integrada com a política de proteção ambiental do Estado. São exemplos de países que levaram a cabo as denominadas reformas fiscais verdes a Suécia, a Dinamarca, a Finlândia, a Noruega, a Alemanha, a Holanda e o Reino Unido.

A Suécia foi um dos primeiros países a atentar para a função dos tributos como forma de proteção ao meio ambiente, adotando como política de planejamento tributário “um modelo extremamente bem sucedido de reforma fiscal verde que combina a função extrafiscal ecológica dos tributos com sua função arrecadatória, numa política que integra a tributos ecológicos como um dos elementos principais do sistema impositivo”.

Na região da Galícia, na Espanha, foi instituído um imposto sobre a contaminação da atmosfera que tem por finalidade “disuadir a los grandes contaminadores de continuar la emisión de gases contaminantes a la atmósfera”.

No Canadá, a província de Ontário estabeleceu a tax on fuel-inefficient vehicles de forma a “influenciar os consumidores no momento da compra de veículos, fazendo-os optar pelos menos poluentes”.

Na Austrália, há a dedução no imposto de renda “de despesas referentes à proteção ambiental, aí entendidos como sendo aquelas referentes a atividades qualificadas como de proteção ambiental sob a forma de prevenção, combate ou correção de poluição”.

Já no Brasil, as experiências no âmbito da tributação ambiental remontam aos primeiros anos da década de 1990, quando o Estado do Paraná criou o já conhecido ICMS Ecológico. O ICMS Ecológico consiste na distribuição de parte das receitas oriundas na arrecadação do ICMS para municípios que desenvolvam projetos de preservação ambiental. Não se trata da utilização em si do tributo, mas sim da repartição de suas receitas que, conforme o art. 158, parágrafo único, inc. II, da Constituição Federal de 1988, poderão ser creditadas aos Municípios conforme dispuser lei estadual, ou federal, no caso de Territórios. O ICMS Ecológico foi pensado como uma alternativa “para o financiamento público em municípios cujas restrições ao uso do solo são fortes empecilhos ao desenvolvimento de atividades econômicas clássicas”. Atualmente, catorze Estados-membros possuem legislação de ICMS Ecológico: Paraná

(1991), São Paulo (1993), Minas Gerais (1995), Rondônia (1996), Amapá (1996), Rio Grande do Sul (1997), Mato Grosso do Sul (1994, regulamentado em 2000), Mato Grosso (2000), Pernambuco (2000), Tocantins (2002), Acre (2004), Rio de Janeiro (2007), Ceará (2007) e Goiás (2007). Em processo de discussão se encontram: Alagoas, Amazonas, Bahia, Espírito Santo, Pará, Paraíba, Santa Catarina, Piauí e Rio Grande do Norte.

Além do ICMS Ecológico, podem ser citadas como medidas de proteção ambiental através dos tributos, já adotadas, no Brasil: a) a dedução de áreas de floresta nativa ou de preservação permanente da área tributável do imóvel no caso do cálculo do ITR; b) a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico sobre a indústria do petróleo e do gás, para prevenção, proteção e recuperação das áreas afetadas pela mesma; c) isenção total ou parcial do IPTU para imóveis considerados de relevante valor ambiental; d) graduação da alíquota do IPVA de acordo com a capacidade poluente do veículo.

Outro exemplo, fruto do compromisso do Estado brasileiro em trabalhar pela redução das emissões antrópicas de gases de efeito estufa, grande causador do aquecimento global e das mudanças climáticas, é a Política Nacional sobre Mudança do Clima, instituída pela Lei 12.187, de 29 de dezembro de 2009, a qual prevê, entre outros instrumentos, o emprego de medidas fiscais e tributárias para a consecução dos seus objetivos. Vejamos:

Art. 6º São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima:

[...]

VI - as medidas fiscais e tributárias destinadas a estimular a redução das emissões e remoção de gases de efeito estufa, incluindo alíquotas diferenciadas, isenções, compensações e incentivos, a serem estabelecidos em lei específica.

Ressalte-se que várias outras medidas estão sendo executadas no país e numerosos Projetos de Lei tramitam no Congresso Nacional e em outras casas legislativas referentes a esta temática.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se trata de direito tributário, no Brasil, as discussões, muitas vezes, restringem-se à imensa carga tributária, que atinge cerca de 40% do Produto Interno Bruto (PIB), bem como à urgente necessidade de uma reforma fiscal do sistema. Apesar da importância do debate sobre o assunto citado, outros temas relevantes ao direito tributário, como o tratado neste artigo, acabam sendo negligenciados tanto pela sociedade quanto pelo meio acadêmico.

Entretanto, como buscou-se evidenciar, o uso do direito tributário como mecanismo de tutela do meio ambiente, ainda que incipiente, vem sendo usado por vários entes federativos e outras propostas tramitam nas casas legislativas do país. Junto a isso, a doutrina sobre o assunto cada vez mais se desenvolve, tentando sistematizar conceitos e apresentar providências para a delimitação de uma boa política de tributação ambiental.

Conquanto esteja em fase inicial, a tributação ambiental no Brasil exibe um futuro promissor, servindo não somente como mecanismo de proteção ao meio ambiente, senão também como fator essencial para a economia, estimulando o desenvolvimento de novas tecnologias e a criação de produtos adequados às necessidades ambientais e economicamente viáveis.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 9ª ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Lumen Juris, 2006, p. 15.

AMARAL, Paulo Henrique. **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 48.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2007, p. 623.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. Organização por Anne Joyce Angher. 6 ed. São Paulo: RIDEEL, 2008, p. 85.

BRASIL. Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional sobre Mudanças do Clima – PNMC e dá outras providências. **Diário Oficial da União** de 30 de dezembro de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12187.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12187.htm)> Acesso em: 28 mar. 2010.

CAVALCANTE, Denise Lucena; SALES, João Victor Porto; LIMA, Francisco Péricles R. M. de; MARTINS, Egberto Mazaro; DANTAS, Eric de Moraes e; SILVA, José David Ferreira da. Projetos em trâmite no Congresso Nacional acerca do Direito Tributário Ambiental. In: MAIA, Alexandre Aguiar (Coord.) **Tributação Ambiental**. Fortaleza: Tipogresso, 2009, p. 405-449.

COSTA, Regina Helena. Apontamentos sobre a tributação ambiental no Brasil. In TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 313.

DALY, Herman. O tipo de desenvolvimento que nós queremos: como organizar a economia para gerar riqueza e conforto sem exaurir os recursos naturais da terra. **Revista Época**, São Paulo, n. 571, p. 132, 27 abr. 2009.

Declaração do Rio, 1992, apud MODÉ, Fernando Magalhães. **Tributação ambiental: a função do tributo na proteção do meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 55.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 29-30.

GONZÁLES, Luis Manuel Alonso. Los impuestos ambientales en España: doctrina del tribunal constitucional. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 391.

**Instituto Tributo Verde de Incentivo à Conservação**. Introdução ao ICMS Ecológico. Disponível em: <[http://tributoverde.com.br/site/modules/mastop\\_publish/](http://tributoverde.com.br/site/modules/mastop_publish/)> Acesso em: 28 ago. 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 29. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 67.

MODÉ, Fernando Magalhães. **Tributação ambiental**: a função do tributo na proteção do meio ambiente. Curitiba: Juruá, 2004, p. 55.

SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e políticas públicas: o ICMS Ecológico. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 735.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas tributárias indutoras em matéria ambiental. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 240.

SEBASTIÃO, Simone Martins. **Tributo ambiental**: extrafiscalidade e função promocional do direito. Curitiba: Juruá, 2009, p. 210.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 2 ed. São Paulo: Método, 2006, p. 55.

TÔRRES, Heleno Taveira. Da relação entre competências constitucionais tributária e ambiental: os limites dos chamados “tributos ambientais”. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 109.

TRENNEPOHL, Terence Dornelles. **Incentivos fiscais no direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 100.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. A reforma fiscal verde e o duplo dividendo. *In*: SCAFF, Fernando Facury; ATHIAS, Jorge Alex (Coord.) **Direito tributário e econômico ligado ao meio ambiente e à mineração**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 107.



## **QUITAÇÃO ELEITORAL E PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CAMPANHA: A polêmica interpretação do §7º, art. 11, da Lei nº 9.504/1997**

**Tiago Aguiar Abreu Portela Barroso**

Advogado. Secretário-Geral da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/CE. Assessor Jurídico da União dos Vereadores do Ceará – UVC. Pós-graduando em Direito e Processo Eleitoral, ESMEC.

**Resumo:** A minirreforma política e eleitoral de 2009 (Lei nº 12.034/2009) originou várias discussões de ordem hermenêutica. A principal delas é a que gravita em torno do parágrafo 7º, art. 11, da Lei nº 9.504/1997, a qual suscitou, recentemente, instigantes debates acerca da abrangência do conceito de quitação eleitoral junto ao Tribunal Superior Eleitoral – TSE, notadamente, quanto à modalidade concernente à prestação de contas de campanha eleitoral.

**Palavras-chave:** Quitação eleitoral. Prestação de contas. Interpretação. Conceito.

### **INTRODUÇÃO**

O estudo, que ora se inicia, tem como finalidade principal discutir a celeuma exegética existente acerca do novo conceito de quitação eleitoral apresentado pela Lei nº 12.034/2010 e o impedimento da expedição da certidão, nos casos em que o candidato desincumbir-se do dever de apresentar a prestação de contas da campanha.

A intenção do presente artigo é contribuir com a discussão da matéria e tentar apresentar uma solução coerente com a real intenção do legislador, pois é notória a divergência jurisprudencial existente entre os Órgãos da Justiça Eleitoral, notadamente, das decisões do Tribunal Superior Eleitoral, bem como entre Ministros de sua atual composição.

Por fim, será feita uma análise sobre a tentativa de promover interpretação extensiva em norma restritiva de direito, com uma breve apreciação sobre a intenção do Poder Judiciário em legislar positivamente, ambos vedados pelas regras de hermenêutica e pela Constituição Federal, respectivamente.

### **QUITAÇÃO ELEITORAL – CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA**

Para demonstrar o regular exercício dos direitos políticos, preconizado como condição de elegibilidade pela Constituição Federal (art. 14, §3º, II), a legislação ordinária eleitoral tem colocado como documento indispensável à instrução do registro de candidatura a certidão de quitação eleitoral, consoante disposto no art. 11, §1º, VI, da Lei 9.504/1997, que, diga-se, inovou no ordenamento jurídico ao exigir a mencionada documentação.

No entanto, sem regulamentação expressa determinando o conceito de quitação eleitoral (ou certidão de quitação eleitoral), coube à jurisprudência oscilante do Tribunal Superior Eleitoral, notadamente através das resoluções autorizadas pelo artigo 23, IX, do Código Eleitoral, em que se legisla positivamente, definir tal nomenclatura e sua abrangência do termo.

O conceito de quitação eleitoral surgiu, inicialmente, do posicionamento do Tribunal Superior Eleitoral, originário da consulta respondida nos autos do Processo Administrativo nº 19.205/DF (Resolução nº 21.823), da relatoria do Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 05.07.2004, que fixou a seguinte ementa:

**QUITAÇÃO ELEITORAL ABRANGÊNCIA. PLENO GOZO DOS DIREITOS POLÍTICOS. EXERCÍCIO DO VOTO. ATENDIMENTO À CONVOCAÇÃO PARA TRABALHOS ELEITORAIS. INEXISTÊNCIA DE MULTAS PENDENTES. PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CAMPANHA. REGISTRO DE SANÇÕES PECUNIÁRIAS DE NA TUREZA ADMINISTRATIVA PREVISTAS NO CÓDIGO ELEITORAL E NA LEI Nº 9.504/97. PAGAMENTO DE MULTAS EM QUALQUER JUÍZO ELEITORAL APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART 11 DO CÓDIGO ELEITORAL.** O conceito de quitação eleitoral reúne a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, salvo quando facultativo, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não remetidas, excetuadas as anistias legais, e a **regular prestação de contas de campanha eleitoral, quando se tratar de candidatos.** [...] (grifou-se).

A definição, adotada no julgado sobrescrito, foi de suma importância para os operadores do direito que, diante da omissão da norma eleitoral, puderam compreender a intenção do legislador ordinário, apresentando a abrangência da terminologia e as consequências decorrentes da ausência da certidão.

Entretanto, malgrado o parâmetro para o atual positivismo do conceito de quitação eleitoral, com o advento da Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009, percebeu-se que o escopo da norma não era, exatamente, aquele exteriorizado pelas Cortes Eleitorais, visto a dicção do artigo 11, §7º, *in verbis*:

Art. 11 [...]

§7º **A certidão de quitação eleitoral abrangerá exclusivamente a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não remetidas, e a apresentação de contas de campanha eleitoral.** (grifou-se).

Observe, por conseguinte, que entre a jurisprudência que vigorava até então e a Lei nº 12.034/2009 existem consideráveis divergências, a saber: **(i)** outrora, somente a apresentação de contas de campanha eleitoral não era suficiente à emissão da certidão de quitação eleitoral, sendo necessária a regularidade (aprovação ou aprovação com ressalva) das mesmas, o que, agora, é prescindível diante da inovação jurídica; **(ii)** os

casos de quitação eleitoral eram exemplificativos e agora passam à categoria de *numerus clausus*, em razão da expressão “exclusividade” contida na redação do dispositivo em comento. Nesse diapasão, Thales Tácito Cergueira leciona:

Todavia, o legislador foi claro ao determinar que, doravante, o TSE não pode mais criar modalidades de quitação eleitoral não prevista pelo Poder Legislativo, ou seja, **de agora em diante somente existem cinco modalidades de quitação eleitoral, rol taxativo que não permite ampliação, ainda que por resolução do TSE.**<sup>1</sup> (grifou-se)

A regra interpretativa do §7º, do artigo 11, Lei nº 9.504/1997, incluída pela Lei nº 12.034/2009, por ser resultado de interpretação autêntica do legislador, retroagirá à data da publicação da norma interpretada (Lei nº 9.504/1997), operando efeito *ex tunc* ao conceito compreendido pela jurisprudência de dantes.

Segundo percepção categórica do Ministro Luiz Fux<sup>2</sup>, é indiscutível que a legislação eleitoral de cunho interpretativo se aplica aos acontecimentos oriundos das eleições pretéritas, desde que pendentes de julgamento.

Segue-se, portanto, o entendimento do Ministro Carlos Eduardo Caputo Bastos: “a chamada lei interpretativa é lei nova e, como tal, só se aplica aos casos não definitivamente consolidados sob o pálio da lei interpretada”<sup>3</sup>.

Indispensável, outrossim, é saber qual a natureza jurídica da quitação eleitoral. Dentre os doutrinadores não há consenso, sendo duas as correntes predominantes, quais sejam: (i) condição de elegibilidade explícita e (ii) natureza mista – condição de elegibilidade explícita e implícita. Melhor explicação fica a cargo do doutrinador Thales Tácito Cerqueira:

**Corrente 1:** trata-se de uma condição de elegibilidade explícita do artigo 14, §3º, II (pleno exercício dos direitos políticos); logo, não está sujeita à preclusão, ou seja, ausente a quitação, caberá AIRC e, perdido o prazo desta, ainda caberia AIME e RCD; **Corrente 2:** inauguramos essa corrente ao afirmar, no tomo IV da nossa obra Tratado de direito eleitoral, que a quitação eleitoral tem natureza mista, ou seja, em regra, é uma condição de elegibilidade implícita e, excepcionalmente, uma condição de elegibilidade explícita (somente nos casos de perda ou suspensão dos direitos políticos).<sup>4</sup> (grifos do autor)

Inobstante a substancial argumentação do autor em defesa de sua tese, acredita-se que a primeira corrente é a mais coerente com os preceitos legais, notadamente, quanto à modalidade “pleno do gozo dos direitos políticos”, porquanto, por força de uma interpretação sistemática, o artigo 15 está imbricado com o inciso II, §3º, do artigo 14, ambos da Constituição Federal, razão pela qual incide a exceção do artigo 259, do Código Eleitoral, em relação à preclusão, caso o legitimado perca a oportunidade de propor a Ação de Impugnação de Registro de Candidatura – AIRC.

Destarte, voltando ao cerne da matéria, diante da nova ordem jurídica eleitoral

introduzida pela Lei nº 12.034/2009, é cediço afirmar que a irregularidade (desaprovação) na prestação de contas de campanha não é óbice ao fornecimento da certidão de quitação eleitoral, sendo vedada a expedição do documento somente nos casos em que ela for julgada como não prestadas.

## 2 PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CAMPANHA ELEITORAL

A prestação de contas foi instituída com a finalidade de analisar a regularidade na arrecadação e aplicação de recursos de campanha eleitoral, punindo o candidato pelos possíveis excessos que ocorreram durante o pleito, mormente quando caracterizada a prática de abuso do poder econômico.

O magistério de Joel José Cândido elenca as principais vantagens da norma nesse aspecto:

- a) O desgaste político com a divulgação do descumprimento da obrigação e o risco de ser processado, por ocasião da prestação de contas final (art. 30-A), para quem não fizer a prestação de contas parcial, o que deve estimular o cumprimento da norma;
- b) torna mais transparente a administração financeira dos partidos políticos e coligações que, com a divulgação dos relatórios discriminados, pela internet, pode ser acompanhada por todos os eleitores, e, especialmente, pela Justiça Eleitoral;
- e, c) obriga os partidos políticos e coligações, na prestação de contas final, a manter coerência com o que já divulgaram na prestação de contas parcial, dificultando manipulação de dados e valores.<sup>5</sup>

Após vários escândalos acerca da prática de “caixa dois” nas campanhas eleitorais, na prestação de contas de campanha ficou mais evidente a necessidade de coibir a ilicitude, através de norma coercitiva forte. Com esse anseio, surge a minirreforma eleitoral de 2006, consubstanciada na Lei nº 11.300, de 10 de maio de 2006, tendo como destaque: **(i)** a responsabilidade solidária entre o candidato e o administrador financeiro; **(ii)** a obrigatoriedade de abertura da conta bancária, confirmando revogação da súmula nº 16, feita pelo TSE<sup>6</sup>; **(iii)** a identificação do doador dos recursos, nos termos do artigo 23, §4º, da Lei das Eleições; **(iv)** vedada a doação das instituições previstas no artigo 24, Lei das Eleições; **(v)** Representação Eleitoral por captação ilícita de recurso (Art. 30-A); e as mudanças atinentes à propaganda eleitoral, condutas vedadas, dentre outros.

Em relação ao rito procedimental empregado, a legislação prevê que os candidatos e comitês financeiros estão obrigados a prestar contas da arrecadação e gastos feitos na campanha eleitoral, apresentando relatórios dos recursos em dinheiro ou estimáveis em dinheiro, no curso do certame eleitoral, exigindo-se a indicação dos nomes dos doadores e os respectivos valores doados somente na prestação de contas final de que tratam os incisos III e IV do art. 29 da Lei nº 9.504/1997.

A entrega da documentação junto à Justiça Eleitoral deverá ocorrer até o trigésimo dia após a realização das eleições, sendo que a inobservância do prazo para

encaminhamento das prestações de contas impede a diplomação dos eleitos, enquanto perdurar a omissão.

Após a verificação das contas de campanha eleitoral, emitido o parecer técnico acerca da sua regularidade (ou não), o Juízo Eleitoral decidirá da seguinte maneira: pela **aprovação** ou **aprovação com ressalvas**, quando verificadas falhas que não comprometem a lisura, ou ainda pela **desaprovação**, quando existirem falhas consideradas insanáveis, e pela **não prestação**, quando não apresentadas as contas, após a notificação emitida pela Justiça Eleitoral.

O presente estudo está intimamente ligado a hipótese de julgamento da prestação de contas, uma vez que existe uma intensa discussão sobre a impossibilidade de expedir a referida certidão quando as contas forem julgadas desaprovadas. Todavia, a nova dicção do §7º, do artigo 11, da Lei das Eleições afasta essa possibilidade, pois, tal modalidade de quitação eleitoral diz respeito ao julgamento pela não apresentação das contas, nos moldes do artigo 30, IV, da Lei nº 9.504/1997.

A principal novidade trazida pela minirreforma política e eleitoral de 2009 foi a jurisdicionalização da prestação de contas de campanha (art. 30, §5º, da Lei nº 12.034/2009), que dantes tinha caráter administrativo, segundo a jurisprudência eleitoralista<sup>7</sup>, o que impedia sua apreciação pelo Tribunal Superior Eleitoral em sede de Recurso Especial. É óbvio que referida pretensão deve observar as hipóteses de admissibilidade positivadas no artigo 121, §4º, I e II, da Constituição Federal.

Cumprir destacar e reiterar que os casos de irregularidades verificados na prestação de contas de campanha eleitoral não é impedimento à obtenção da quitação eleitoral, podendo ensejar, no entanto, a propositura da ação por captação ilícita de recursos, com supedâneo no artigo 30-A, da Lei 9.504/1997, que, uma vez comprovada (irregularidade ou abuso de poder), impedirá a diplomação do candidato, ou acarretará a sua cassação, se já houver sido outorgado, bem como implicará em inelegibilidade do condenado por oito anos (cumulado com o artigo 1º, I, j, da LC nº64/1990). Sobre o assunto, o doutrinador Joel J. Cândido descreve:

O art. 25, o art. 30-A, ambos da Lei das Eleições, e o próprio art.22 da Lei das Inelegibilidades, são permissivos de repressão a serem desencadeados só para os fatos cujo mérito, na essência, se caracterizar como abuso eleitoral. Esses processos não se destinam à repressão contra irregularidades meramente formais ou de procedimento, e que nem sempre são indicativos seguros de ocorrência de ilegalidade.<sup>8</sup>

Então, se as ações desconstitutivas de mandato eletivo e aplicativas de sanção de inelegibilidade são manejadas quando caracterizado o abuso eleitoral, não é coerente, por conseguinte, impedir o provimento da certidão de quitação eleitoral quando as contas forem apresentadas, mas desaprovadas, uma vez que a rejeição pode decorrer de questões de formais ou procedimentais.

Portanto, correta e irretorquível é a intenção do legislador, quando exclui do critério de quitação eleitoral a desaprovação da prestação de contas, posto que o remédio judicial cabível é o autorizado pelo artigo 30-A, da Lei das Eleições.

### **3 A POLÊMICA EM TORNO DA INTERPRETAÇÃO DO §7º, ART. 11, DA LEI Nº 9.504/1997, À LUZ DOS PRECEDENTES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL**

O conceito de quitação eleitoral estabelecido pelo legislador já nasceu criando várias polêmicas e divergências entre doutrinadores e magistrados, notadamente, quando se refere à modalidade de “apresentação de contas de campanha eleitoral”.

Com a redação do artigo 41, §3º, da Resolução/TSE nº 22.715/2008, o Tribunal Superior Eleitoral estabeleceu que “a decisão que desaprove as contas de candidatos implicará o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral durante o curso do mandato ao qual concorreu”, modulando através de resoluções as consequências da desaprovação das contas e a abrangência do conceito de quitação eleitoral.

Esse tipo de atitude é alarmante, uma vez que não cabe ao Poder Judiciário fazer interpretação extensiva em norma restritiva de direito, ou seja, percorrer caminhos não alcançados pelo Poder Legislativo, o que demonstra uma cristalina afronta à primazia da separação dos poderes, quando tenta legislar positivamente.

No caso, a reprovabilidade das contas não impede a expedição da certidão de quitação eleitoral; pensamento contrário induz à interpretação extensiva, a qual restringe a participação do cidadão no processo eleitoral, prejudicando os direitos políticos à elegibilidade e sua capacidade eleitoral passiva, estendendo, por conseguinte, uma sanção desconhecida pelo legislador, especialmente.

Ocorre que, com o advento da Lei 12.034/2009, que limitou o conceito de quitação eleitoral, o legislador expressou sua real intenção quanto ao termo, estabelecendo “exclusivamente” a “apresentação de contas de campanha” (art. 11, §7º) como obrigação à obtenção da certidão.

Assim, afasta-se, definitivamente, a incidência 41, §3º, da Resolução/TSE nº 22.715/2008.

Tal divergência chegou ao pleno do Tribunal Superior Eleitoral, tendo a Colenda Corte expressado dois entendimentos heterogêneos sobre a mesma matéria, conforme se observa com a publicação do Informativo nº 30/2010, surgindo, por conseguinte, duas correntes distintas.

**A primeira corrente**, capitaneada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, parte da premissa de que o §7º, do artigo 11, da Lei das Eleições deve ser interpretado sistemática e teleologicamente, uma vez que “não se pode considerar quíte com a Justiça Eleitoral o candidato que teve suas contas desaprovadas”, consoante ementa a seguir:

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO. QUITAÇÃO ELEITORAL. LEI 12.034/2009. DEVER DE PRESTAR CONTAS À JUSTIÇA ELEITORAL. ARTS. 14, § 9º, E 17, III, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. MERA APRESENTAÇÃO DAS CONTAS. INSUFICIÊNCIA. NECESSIDADE DE APROVAÇÃO DAS CONTAS. SOLICITAÇÃO RESPONDIDA.

I – A exegese das normas do nosso sistema eleitoral deve ser pautada pela normalidade e a legitimidade do pleito, valores nos quais se inclui o dever de prestar contas à Justiça Eleitoral, nos termos dos arts. 14, § 9º, e 17, III, ambos da Constituição.

II – Não se pode considerar quite com a Justiça Eleitoral o candidato que teve suas contas desaprovadas pelo órgão constitucionalmente competente.

III – **Para os fins de quitação eleitoral será exigida, além dos demais requisitos estabelecidos em lei, a aprovação das contas de campanha eleitoral, não sendo suficiente sua simples apresentação.** IV – Solicitação respondida.<sup>9</sup> (grifou-se)

Para chegar a esta conclusão, nos autos da Consulta (CTA) n° 594-59, o Ministro Lewandowski, acompanhado por uma apertada maioria, entendeu que:

Penso que, embora a literalidade da norma possa levar a esta primeira interpretação, **a melhor solução passa por uma interpretação teleológica, que leve em consideração a finalidade dos preceitos que regulam essa fase do processo eleitoral.** [...] Na verdade, posicionamento em sentido contrário esvaziaria por completo o processo de prestação de contas, fazendo desse importante instrumento de controle da normalidade e da legitimidade do pleito uma mera formalidade, sem repercussão direta na esfera jurídica do candidato.<sup>10</sup> (grifou-se).

*Data maxima venia*, ousa-se discordar do posicionamento do eminente redator do acórdão, porquanto o operador do direito poderá propor a representação eleitoral prevista no artigo 30-A, da Lei das Eleições, ocasionando, destarte, repercussão direta e nefasta na esfera jurídica do candidato, segundo considerações já levantadas.

A **segunda corrente** acerca da interpretação dada ao artigo 11, §7º, da Lei n° 9.504/1997, sob a regência do Ministro Arnaldo Versiani (relator), inobstante a derrota em um primeiro instante (CTA n° 594-59), retornou ao pleno da Corte para firmar um fortíssimo precedente no julgamento do Recurso Especial Eleitoral – REsp n° 4423-63, *in verbis*:

Registro. Quitação eleitoral. Desaprovação de contas de campanha.

1. A Lei n° 12.034/2009 trouxe novas regras no que tange à quitação eleitoral, alterando o art. 11 da Lei n° 9.504/1997, que, em seu § 7º, passou a dispor expressamente quais obrigações necessárias para a quitação eleitoral, **entre elas exigindo tão somente a apresentação de contas de campanha eleitoral.**

2. A desaprovação das contas não acarreta a falta de quitação

eleitoral.

3. Eventuais irregularidades na prestação de contas relativas a arrecadação ou gastos de recursos de campanha podem fundamentar a representação objeto do art. 30-A da Lei nº 9.504/1997. Recurso especial provido. (grifou-se)<sup>11</sup>

O substancial voto do Ministro-relator, corroborado com os fundamentos dos Ministros Hamilton Carvalhido e Aldir Passarinho Júnior, afirma, acertadamente, que a intenção do legislador deve ser aferida com base em interpretação literal e sistemática, porquanto, reitera-se, uma norma restritiva de direitos não pode ser interpretada de maneira extensiva, sob pena de limitar direitos e estabelecer sanções distintas das previstas pela lei eleitoral, o que é expressamente vedado pela exegese do artigo 105, da Lei nº 9.504/1997.

Ao explicar o seu voto, o Ministro Aldir Passarinho Júnior levantou uma situação interessante quanto à intenção do Legislativo em relação à expedição da certidão de quitação eleitoral, ao dizer que: “ficou muito claro, **pelo histórico**, que a vontade do legislador realmente foi a de limitar apenas à apresentação, e não necessariamente à aprovação”<sup>12</sup> (grifou-se). Realmente, se a norma de outrora previa que a desaprovação das contas impedia a obtenção da certidão de quitação eleitoral, e, atualmente, com a Lei nº 12.034/2009 basta à sua apresentação regular, é porque a intenção do legislador foi depurar a interpretação que era prenunciada pelos Juízes Eleitorais.

Em sentido contrário, o Ministro Marco Aurélio Melo defendeu o posicionamento da primeira corrente, ao concluir que “a partir do momento em que ocorrida à rejeição, impossível é cogitar de quitação eleitoral. A quitação e a desaprovação das contas não coabitam o mesmo teto jurídico”.<sup>13</sup>

Em relação à expressão “regular”, esculpida no §4º, do artigo 26, da Resolução nº 23.221/2010, o Ministro Arnaldo Versiani fez a seguinte ponderação: “o adjetivo ‘regular’ está ali mencionado apenas para dizer que a prestação de contas deve conter todos os elementos necessários ao seu exame”, sendo forçoso encaixar o termo na intenção pretendida pela primeira conferente, conclui-se. Caso esses elementos não sejam apresentados e o candidato traga à Justiça Eleitoral apenas um arremedo de prestação de contas, no intuito exclusivo de evitar a perda da quitação eleitoral, o órgão julgador deve julgar a prestação de contas como não prestadas e não apenas desaprová-las.

Em síntese, no âmbito da Justiça Eleitoral, a tese da primeira corrente perdeu força por ter sido proferida em sede de processo administrativo, sendo relevante destacar que o entendimento jurisprudencial que merece ser abraçado, por ser precedente jurisdicional, é o firmado no julgamento do Respe nº nº 4423-63/RS, o qual se filia por entender sê-lo o mais coerente com a intenção do legislador e regra de regência.

## CONCLUSÃO

Pelo exposto, é imperioso concluir que, com o advento da Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009, o conceito de quitação eleitoral se restringe (rol taxativo) as cinco modalidades previstas no §7º, do artigo 11, da Lei das Eleições, quais sejam: “(i) plenitude do gozo dos direitos políticos, (ii) o regular exercício do voto, (iii) o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, (iv) a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça



Eleitoral e não remetidas, e (v) a apresentação de contas de campanha eleitoral”.

Em relação à última modalidade prevista no artigo em comento, a interpretação que melhor se aproxima da intenção do legislador é a que expressa à literalidade da norma, ou seja, a apresentação de contas de campanha eleitoral é suficiente para considera quite com a Justiça Eleitoral o cidadão que disputou mandato eletivo.

Portanto, finaliza-se ratificando o atual entendimento do Colendo Tribunal Superior Eleitoral, afirmando que a desaprovação das contas não acarreta a falta de quitação eleitoral, visto que interpretação extensiva que restringe, diretamente, a participação do cidadão no processo eleitoral (capacidade eleitoral passiva), face a impossibilidade de realizar o registro de candidatura, é expressamente vedada pelas regras de hermenêutica.

### Notas de Fim

<sup>1</sup> CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes de Pádua. **Reformas eleitorais comentadas – Lei nº 12.034/2009 (minirreforma política e eleitoral) e LC nº 135/2010 (ficha limpa)** / Thales Tácito Pontes de Pádua Cerqueira, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua Cerqueira. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 92.

<sup>2</sup> STJ, EREsp 539.212/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 08/06/2005, DJ 27/06/2005 p. 216.

<sup>3</sup> BASTOS, Carlos Eduardo Caputo. **Leis interpretativas e a aplicação do princípio da irretroatividade das leis**. In: Instituto dos Advogados do Distrito Federal. Anais: Biênio 1986/1988. Brasília, 1988. p. 148-150. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000028.pdf>> Acesso: 15.10.2010.

<sup>4</sup> Op. Cit., p. 93

<sup>5</sup> CÂNDIDO, Joel José. **Direito eleitoral brasileiro**. 12ª Ed. Bauru/SP: Edipro, 2006. P.463.

<sup>6</sup> TSE, Ac. de 6.6.2006 no AgRgAg no 6.813, rel. Min. Caputo Bastos; no mesmo sentido o Ac. de 28.11.2006 no AgRgAg no 6.637, rel. Min. Cesar Asfor Rocha.

<sup>7</sup> TSE, Res. no 22.702, de 14.2.2008, rel. Min. Gerardo Grossi.

<sup>8</sup> Op.cit., p. 464.

<sup>9</sup> TSE, Processo Administrativo nº 594-59/DF. Relator originário: Ministro Arnaldo Versiani. Redator para o acórdão: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE de 23.9.2010. Noticiado no informativo nº 23/2010.

<sup>10</sup> Op. cit, p. 16 e 17.

<sup>11</sup> TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 4423-63/RS, rel. Min. Arnaldo Versiani, em 28/9/2010. Informativo nº 30/2010.

<sup>12</sup> Op. cit., p. 24.

<sup>13</sup> Op.cit., 25.

**REFERÊNCIA**

- BASTOS, Carlos Eduardo Caputo. **Leis interpretativas e a aplicação do princípio da irretroatividade das leis**. In: Instituto dos Advogados do Distrito Federal. Anais: Biênio 1986/1988. Brasília, 1988. p. 148-150. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000028.pdf>> Acesso: 15.10.2010.
- CÂNDIDO, Joel José. Direito eleitoral brasileiro. 12ª Ed. Bauru/SP: Edipro, 2006.
- CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes de Pádua. **Reformas eleitorais comentadas – Lei nº 12.034/2009 (minirreforma política e eleitoral) e LC nº 135/2010 (ficha limpa)** / Thales Tácito Pontes de Pádua Cerqueira, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua Cerqueira. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DA SILVA, José Afonso. **Direito constitucional positivo**. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica jurídica clássica**. 3ª Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.
- TORRES, Fábio. **A exigência de aprovação das contas para expedição de certidão de quitação eleitoral**. Blog Adriano Soares da Costa. 11.08.2010. Disponível em: <<http://adrianosoaresdacosta.blogspot.com/search/label/quitaçãoeleitoral>> Acesso: 16.10.2010.

## A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 135, DE 4 DE JUNHO DE 2010: LEI DA FICHA LIMPA.

**Yvonne de Figueiredo Correia Castelo**

*Acadêmica da Especialização em Direito Constitucional da  
Escola Superior da Magistratura  
do Estado do Ceará (ESMEC).*

### **Resumo**

A Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, intitulada Lei da Ficha Limpa, inserida em nosso ordenamento jurídico através de iniciativa popular, regulamentando o § 9º do artigo 14 da Constituição Federal, criou relevantes transformações no cenário político de nosso país com a finalidade de proteger a moralidade e a probidade administrativa no exercício da representação política, avaliando a vida pregressa do candidato.

**Palavras-chave:** Inelegibilidade, Iniciativa Popular, Improbidade Administrativa.

### **1 Estado Democrático de Direito e Sistema Representativo**

Com a ascensão da burguesia e, especialmente, com o Iluminismo, buscou-se a igualdade política e jurídica entre os homens. Naquele tempo, buscava-se o acesso de todos no exercício da atividade política. Assim, os direitos políticos surgem quando a monarquia absolutista perde espaço para a soberania popular, a partir de então, a titularidade do poder passou, paulatinamente, das mãos do monarca para as mãos do povo.

Um dos fundamentos do Estado Democrático é a supremacia da vontade popular, assegurando-se ao povo o autogoverno. No entanto, pela impossibilidade de se confiar ao povo a prática direta de tais atos, faz-se necessário a escolha dos que irão praticá-los em seu nome.

Até a adoção do critério de eleição, característico do Estado Democrático, vários outros foram empregados para a seleção de governantes, como o da força física, sorteio e sucessão hereditária.

A despeito de algumas imperfeições, o sistema eleitoral é a forma que expressa com mais justiça os anseios sociais, já que os governados escolherão de forma livre seus governantes.

No Brasil, o sistema eleitoral concretiza-se pelo instituto da representação no qual os cidadãos se fazem presentes indiretamente na administração da máquina pública por meio de representantes eleitos que exercerão o poder, por determinado período, através de mandato político-representativo.

José Afonso da Silva<sup>1</sup> disserta acerca da democracia representativa:

Na democracia representativa a participação popular é indireta, periódica e formal, por via das instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos representantes do povo. A ordem democrática, contudo, não é apenas uma questão de eleições periódicas, em que,

por meio do voto, são escolhidas as autoridades governamentais. Por um lado ela consubstancia um procedimento técnico para a designação de pessoas para o exercício de funções governamentais. Por outro, eleger significa expressar preferência entre alternativas, realizar um ato formal de decisão política.

Pela representação política, consolidada por meio do mandato, o representante eleito não fica vinculado aos representados, devendo exercer suas atividades de forma geral, livre e irrevogável. Diz-se irrevogável porque o candidato escolhido tem o direito de desempenhar o mandato durante o tempo estabelecido de sua duração, salvo nos casos de perda.

Diante da independência conferida ao eleito em sua atuação verifica-se a possibilidade de que os atos governamentais sejam realizados de acordo com sua vontade autônoma, em discrepância à vontade popular, daí a importância dos eleitores terem conhecimento da vida pregressa dos políticos que irão eleger, pois uma escolha inadequada poderá gerar graves danos à sociedade.

## 2 Direitos Políticos

Precipualemente previsto na Lei nº 818, de 18 de setembro de 1949, considera-se como essência dos direitos políticos o direito de votar e ser votado. Assim previa o artigo 38 do citado dispositivo normativo, ao determinar que os direitos políticos “são os que a Constituição e a leis ordinárias atribuem a brasileiros”.

A Constituição Federal de 1988 dispõe sobre os Direitos Políticos, alicerce de nosso sistema democrático, em seu capítulo IV (artigos 14 a 16), estabelecendo normas que regulam o exercício da soberania popular. Segundo o artigo 14: “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos e, nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular”.

No Brasil, a aquisição dos direitos políticos dá-se mediante alistamento, condição de elegibilidade, procedimento administrativo instaurado perante órgão competente da Justiça Eleitoral para que uma pessoa, desde que preencha os requisitos necessários, torne-se eleitor.

Os direitos políticos são considerados em duas vertentes: os ativos e os inativos, os primeiros disciplinam a atividade do eleitor, direito de votar e, por conseguinte, eleger outrem; já os direitos políticos inativos regulam o direito de ser votado e as características da inelegibilidade.

Mais uma vez, nos valem dos ensinamentos de José Afonso da Silva<sup>2</sup> para conceituarmos os direitos políticos positivos:

Os direitos políticos positivos consistem no conjunto de normas que asseguram o direito subjetivo de participação no processo político e nos órgãos governamentais. Eles garantem a participação do povo no poder de dominação política por meio de diversas modalidades de direito de sufrágio: direito de voto nas eleições, direito de elegibilidade

(direito de ser votado), direito de voto nos plebiscitos e referendos, assim como por outros direitos de participação popular, como o direito de iniciativa popular, o direito de propor ação popular e o direito de organizar e participar de partidos políticos.

O nacional apenas terá a plenitude do exercício de seus direitos políticos caso possa comandar diretamente a sociedade (capacidade eleitoral ativa, direito de ser votado, *ius honorum*), bem como de participar da escolha daqueles que comandarão seu Estado (direito de votar, *ius singulii*), e o exercício de tais direitos somente será possível, caso não esteja submetido aos efeitos negativos decorrentes de sua suspensão ou perda.

Na suspensão dos direitos políticos, o cidadão afasta-se de modo temporário de sua capacidade eleitoral ativa e passiva; já na perda dos direitos políticos tal privação ocorre definitivamente.

Os casos de perda ou suspensão dos direitos políticos estão elencados no artigo 15 da Constituição Federal, são eles: I. Cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado, II. Incapacidade civil absoluta, III. Condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos, IV. Recusa de cumprir a obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V. improbidade administrativa, em conformidade com o disposto no artigo 37, § 4º da Constituição Federal.

Torna-se evidente que, na oportunidade em que o ordenamento jurídico menciona a expressão ‘direitos políticos’ o faz como sinônimo de cidadania ou soberania popular. Nesse contexto, configurada uma das hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos, o indivíduo perde ou tem suspensa a própria cidadania, o próprio *status civitatis*.

## 2.1 Sufrágio e voto

É imperioso destacar que o direito ao sufrágio não se confunde com o direito ao voto, o primeiro materializa-se no próprio direito de votar, de participar da organização da vontade estatal por intermédio de plebiscitos, referendos e iniciativas populares e no direito de ser votado.

Pedro Nunes<sup>3</sup>, em seu *Dicionário de Tecnologia Jurídica*, conceitua sufrágio como sendo “voto, expresso verbalmente, ou por escrito, numa assembleia de qualquer natureza”.

O sufrágio pode ser universal ou restrito. Adota-se, em nosso ordenamento, o sufrágio universal, na medida em que todos os nacionais com a devida capacidade poderão exercer tal direito, não sendo limitado a apenas determinados grupos, como no sufrágio restrito, caracterizado como discriminatório.

No Brasil, o voto é obrigatório a partir dos 18 anos de idade para todos os brasileiros, natos ou naturalizados. A obrigatoriedade é de comparecer às eleições, ou, em havendo impossibilidade, justificar a ausência, podendo votar em branco ou anular seu voto, já que o conteúdo do voto é livre. É facultativo o voto aos maiores de 16 e menores de 18 anos, aos maiores de 70 anos e aos analfabetos. Os conscritos do serviço militar obrigatório e o estrangeiro não dispõem do direito ao voto.

## 2.2 Inelegibilidades

Nossa Carta Magna, nos §§ 4º a 7º do artigo 14, estabelece vários casos de inelegibilidade, normas estas de eficácia plena e aplicabilidade imediata. A inelegibilidade se dá com a ausência ou perda da elegibilidade, da condição de ser candidato e, conseqüentemente, de ser votado.

André Ramos Tavares<sup>4</sup>, na obra *Curso de Direito Constitucional*, classifica as inelegibilidades em absolutas ou relativas. A inelegibilidade absoluta, pautada em atributo pessoal daquele que deseja candidatar-se, resulta em impedimento eleitoral para todos os cargos eletivos, individualizada como medida excepcional, apenas pode ser determinada de modo taxativo pela Constituição Federal, verificando-se com os inalistáveis e analfabetos.

As inelegibilidades relativas estabelecem restrições à elegibilidade, somente para determinado cargo ou função eletiva. Tal restrição ocorre em virtude de situações especiais vinculadas ao cidadão no momento da eleição. A inelegibilidade relativa pode ser estabelecida: por motivos funcionais; matrimoniais; de parentesco ou afinidade; militares e por previsão de ordem legal.

Vale ressaltar, ser a lei complementar privativa da União Federal, a única espécie normativa autorizada constitucionalmente a disciplinar a criação e estabelecer os prazos de duração de outras inelegibilidades relativas, verificando-se aqui uma autêntica reserva de Lei Complementar.

Alexandre de Moraes<sup>5</sup> expurga qualquer dúvida sobre o assunto,

Existe, portanto, uma autêntica reserva de Lei complementar, e, conseqüentemente, qualquer outra lei, regulamento, regimento, portaria ou resolução que verse o assunto será inconstitucional, por invasão de matéria própria e exclusiva daquela espécie normativa.

A redação original do § 9º do artigo 14 do Texto Supremo previa:

Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta e indireta.

A Lei Complementar n° 64, de 18 de maio de 1990, conhecida como 'Lei das Inelegibilidades', regulamentando o sobredito parágrafo, passou a prever outros casos de inelegibilidade, prazos de sua cessação e outras providências. Vale ressaltar que, naquele momento, a Constituição não permitia que lei complementar estabelecesse casos de inelegibilidades para proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, levando-se em consideração a vida pregressa do candidato.

A Emenda Constitucional de Revisão n° 4/94 alterou a redação do § 9º do artigo 14, estabelecendo:

Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger

a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta e indireta.

Apesar da reforma do texto constitucional ter ocorrido com o intuito de proteger o processo eleitoral, até o presente ano, nenhuma lei havia sido criada para que as citadas determinações fossem cumpridas.

Dessa forma, a Lei Complementar n° 64/1990, desde a sua edição, havia sofrido apenas uma alteração, precisamente na alínea 'b' do inciso I do art. 1°, pela Lei Complementar n° 81, de 13 de abril de 1994.

### **3. Campanha Ficha Limpa**

Com o passar dos anos, as disposições previstas na Lei Complementar n° 64/1990 tornaram-se ineficientes ante a busca social por regras mais rígidas nos critérios de inelegibilidades, clamor este que impulsionou o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), em abril de 2008, a iniciar a Campanha Ficha Limpa com a finalidade de melhorar o perfil dos candidatos a cargos eletivos em nosso país.

Para que os apelos sociais fossem atendidos, elaborou-se um Projeto de Lei de iniciativa popular objetivando avaliar, com mais severidade, a vida pregressa dos candidatos através da criação de novos critérios de inelegibilidades, tudo em conformidade com o § 9° do artigo 14 do Texto Supremo.

De acordo com o § 2°, artigo 61 da Constituição Federal:

A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo 1% do eleitorado nacional, distribuído pelo menos cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Com mais de 1,3 milhão de assinaturas coletadas, representando 1% do eleitorado brasileiro, o projeto intitulado Ficha Limpa foi entregue ao presidente da Câmara dos Deputados, no dia 29 de setembro de 2009. Mesmo após a entrega da proposta, mais 600 mil assinaturas ainda chegaram ao Congresso Nacional, totalizando 1,6 milhão, além da surpreendente campanha deflagrada pela internet.

Com grande expectativa, cidadãos de todo o país acompanharam a votação da proposta de Lei no Congresso Nacional e, no dia 04 de junho de 2010, foi sancionada pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o projeto de lei de iniciativa popular conhecido como Ficha Limpa o qual converteu-se na Lei Complementar n° 135, publicada no Diário Oficial da União no dia 07 de junho de 2010.

### **4. Lei Complementar n° 135/2010 - Lei da Ficha Limpa**

A mudança mais significativa inserida pela lei refere-se à inelegibilidade decorrente dos que forem condenados por instâncias judiciais colegiadas. Além de outras novidades a lei torna inelegíveis: os que renunciarem para escapar da aplicação

de sanções de natureza política; os magistrados e membros do Ministério Público aposentados compulsoriamente; os condenados por captação ilícita de sufrágio, condutas vedadas aos agentes públicos, gastos e despesas ilícitas na campanha ou por abuso do poder político e econômico; além dos condenados na órbita civil por atos de improbidade administrativa.

Outras medidas de igual relevância foram instituídas na lei: o prazo de inelegibilidade teve seu mínimo alterado de três para oito anos; a ação de investigação judicial eleitoral, antes destituída de maior valor procedimental, agora pode conduzir à declaração de inelegibilidade e à cassação do diploma eleitoral independentemente do momento em que venha a ser julgada; o possível impacto dos atos de abuso de poder no resultado da eleição não pode mais ser considerado pelo Poder Judiciário, que deverá ater-se à gravidade contextual do ato.

Diante dos inúmeros questionamentos o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) pacificou entendimento de que a Lei Complementar nº 135/2010 deveria ser aplicada às eleições deste ano, por não ofender o princípio da anterioridade ou anualidade disposto no artigo 16 de nossa Carta Magna que determina: “A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”.

#### **4.1 Lei da Ficha Limpa e Presunção de Inocência**

O artigo 1º, inciso I, alínea ‘e’ da Lei das Inelegibilidades, com a redação alterada pela Lei Complementar nº 135/2010, passou a prever um rol mais amplo de hipóteses criminais capazes de gerar inelegibilidades, desde que provenham de sentença transitada em julgado ou de órgão colegiado (tribunais e juizados especiais criminais), diferentemente de sua disposição original que sempre exigia o trânsito em julgado.

Alguns estudiosos entendem ser essa inovação inconstitucional, por ferir o princípio do estado de inocência ou não culpabilidade, elencado no artigo 5º, LVII da Constituição Federal.

Como já explicitado, a Lei Complementar nº 135/2010, amparada constitucionalmente pelo artigo 14, § 9º, trouxe mudanças apenas com a finalidade de proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, objetivando fazer uma filtragem dos inaptos para o exercício da representação política.

Márlon Jacinto Reis<sup>6</sup> assevera: “Não se trata de antecipar uma ‘pena’ para alguém que ainda responde a um processo criminal, mas de fixar um critério abstrato que em nada considera a efetiva culpa do pretendente”.

As inelegibilidades, ao contrário de possuírem natureza sancionatória ou penal, são critérios jurídico-políticos que devem ser observados pela autoridade responsável, no momento do registro da candidatura. A pena se relaciona à circunstância que ocorrerá no futuro, enquanto a inelegibilidade há de ser analisada por aspectos advindos do passado.

Quando se admite a inelegibilidade, sem que haja o trânsito em julgado, o novo diploma normativo não estabelece punição ao pretense candidato. Trata-se apenas, de um critério objetivo que deve ser respeitado, a exemplo de outras condições de elegibilidade, não estando privado do exercício dos demais direitos políticos.



#### 4.2 Inelegibilidades criadas pela Lei da Ficha Limpa e incidência a fatos pretéritos.

O projeto de lei intitulado Ficha Limpa já tramitava no Senado Federal quando, por emenda proposta pelo senador Francisco Dornelles (PP-RJ), a expressão “políticos que tenham sido condenados” foi substituída por “os que forem condenados”, com a finalidade inequívoca de gerar conflito na interpretação do dispositivo.

Com a atual redação da lei, há quem entenda que a lei não alcança os que forem condenados por corrupção antes de quatro de junho de 2010.

Ocorre que, na oportunidade em que a lei utiliza o termo “condenados” não se deve levar em consideração o tempo do verbo, o que importa é a característica atribuída ao candidato de ser ou não condenado. Qualificando-se como tal, não importa se adquiriu esse atributo antes ou depois da vigência da lei tornando-se incapaz para representar os interesses sociais.

Dalmo de Abreu Dallari<sup>7</sup> explicita:

Alguns exemplos calcados na legislação brasileira deixam evidente que a palavra “forem” tem sido frequentemente usada na linguagem jurídica para designar uma condição. Assim, no Código Civil que vigorou desde 1916, no art. 157, ficou estabelecida a possibilidade de separação de um casal por mútuo consentimento “*se forem* casados por mais de um ano”. E jamais se disse que isso valia apenas para os casamentos futuros.

Dessa forma, no momento do registro das candidaturas, a Justiça Eleitoral observa fatos do passado ocorridos na vida do candidato à procura de circunstâncias que impeçam seu acesso à disputa eleitoral.

O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) posicionou-se no sentido de que a Lei da Ficha Limpa alcança candidatos condenados por crime eleitoral anteriormente à sua vigência, podendo, em consequência, ter seu período de inelegibilidade alterado. A alteração dar-se-á tendo em vista que a nova lei ampliou o período em que o político condenado pela Justiça Eleitoral fica inelegível, de três para oito anos.

#### 4.3 Inelegibilidade ocasionada por renúncia a mandato eletivo no curso de processo político.

O art. 1º da Lei Complementar nº 64/1990 com a redação determinada pela Lei Complementar nº 135/2010 dispõe:

Art. 1º. São inelegíveis:

I- Para qualquer cargo: [...]

k) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei

Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura. (grifo nosso)

De acordo com esse dispositivo, o exercente de mandato eletivo que for acusado em representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência à determinação contida nas Constituições Federal, Estadual, Lei Orgânica Distrital ou Municipal que possa acarretar a perda do mandato e inelegibilidade deverá aguardar a apuração dos fatos e o desfecho do processo. Caso opte pela renúncia ao mandato, estará sujeito à inelegibilidade pelo período remanescente do mandato para o qual foi eleito e pelos oito anos subsequentes.

A inovação trazida pela lei foi de grande relevância, tendo em vista que na história política de nosso país vários detentores de cargos eletivos, acusados em processos de natureza política, furtavam-se das punições que lhes seriam aplicadas ao renunciar a seus mandatos antes de findo o processo.

#### **4.4 Lei da Ficha Limpa e Supremo Tribunal Federal**

Após inúmeros debates gerados pela aprovação da Lei Complementar nº 135/2010, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) reuniram-se, no dia 23 de setembro, em Plenário, para decidir acerca de sua constitucionalidade. O recurso extraordinário nº 630.147, recorrente Joaquim Roriz, então candidato ao governo do Distrito Federal e que em 2007 renunciara ao cargo de Senador, representaria a controvérsia objetivando a declaração de inconstitucionalidade da lei por ferir o princípio da irretroatividade.

Diante do cenário que se formou, constitucionalistas entenderam que a apreciação do recurso deveria versar sobre a constitucionalidade da lei e a possibilidade de sua aplicação às eleições de 2010, e não apenas sobre a impugnação a candidatura feita pelo parlamentar impetrante.

No julgamento, que contava apenas com 10 ministros, por unanimidade foi decidido pela constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/2010; a divergência versava sobre a sua aplicação às eleições que ocorreriam em outubro. Os ministros Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie votaram no sentido de sua aplicabilidade imediata; Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso entenderam que a norma só poderia ser aplicada em futuras eleições, não podendo ser aplicada nas eleições que aconteceriam no dia três de outubro de 2010.

Com o empate, travou-se um polêmico debate de como se daria sua solução, dentre as possibilidades: a nomeação do novo ministro que ocuparia a cadeira de Eros Grau (que se aposentou em agosto); aplicação do artigo 146 do regimento interno do Supremo que determina: “havendo, por ausência ou falta de um ministro, nos termos do art. 13, IX, empate na votação de matéria cuja solução dependa de maioria absoluta, considerar-se-á julgada a questão proclamando-se a solução contrária à pretendida ou à proposta”; o voto de qualidade do presidente do Supremo Tribunal Federal (STF)

ministro Cezar Peluso. Após 11 horas de sessão e com a permanência do impasse, os ministros decidiram suspender o julgamento do recurso por tempo indeterminado.

Diante da suspensão, o ex-governador do Distrito Federal Joaquim Roriz (PSC) desistiu da candidatura e o julgamento de seu recurso, que serviria de base para a aplicação em casos semelhantes, foi suspenso.

Após o caso Roriz, o protagonista do outro julgamento emblemático seria o deputado federal Jader Barbalho (PMDB-PA), que recebeu votos suficientes para sua eleição ao cargo de senador da República, mas foi considerado inelegível pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) por ter renunciado a um mandato no Senado para evitar sua cassação.

No dia 27 de setembro de 2010, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 631.102, interposto por Jäder Fontenelle Barbalho, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a Lei Complementar nº 135/2010 vale para as eleições de 2010. Após o empate ocorrido no julgamento do recurso interposto por Roriz, o Plenário do Supremo decidiu, por maioria (Celso de Mello, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Ellen Gracie e Cezar Peluso), aplicar o dispositivo do regimento interno da Corte que determina: “em caso de empate, o ato contestado permanece válido”, assim à questão aplica-se o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que indeferiu o registro de candidatura do parlamentar para o cargo de senador da república, com base na alínea “k”, da lei da Ficha Limpa (renunciar mandato para evitar processo de cassação).

## 5 Considerações Finais

O presente artigo teve por finalidade discorrer acerca da constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/2010, Lei da Ficha Limpa. Nesse contexto, primeiramente, abordamos características sobre os Direitos Políticos, seu modo de aquisição, perda, suspensão e casos de inelegibilidade. As inelegibilidades relativas, por não perfazerem um rol taxativo, podem ser criadas por norma legal, determinação essa que impulsionou a criação da Lei Complementar nº 135/2010.

Assim, a Lei da Ficha Limpa ao criar novas hipóteses de inelegibilidade em nosso ordenamento o faz com respaldo constitucional e com a finalidade precípua de regulamentar o § 9º, artigo 14º de nossa Carta Magna.

Diante das inovações introduzidas pela Lei e, sobretudo, de sua aplicação às eleições de 2010, questionou-se sua constitucionalidade ante o desespero veemente de inúmeros candidatos que, por se enquadrarem em algum dispositivo da lei, a partir de sua vigência, se tornariam inaptos para o exercício de sua capacidade eleitoral ativa.

Em resposta a tais dúvidas, relatamos o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), bem como a posição final de nossa Corte Suprema acerca da constitucionalidade da Lei e sua aplicabilidade nas eleições do ano de 2010.

Apesar da importância do emblemático julgamento do Recurso Extraordinário nº 631.102, diversos questionamentos sobre a Lei da Ficha Limpa ainda serão analisados pelo Supremo Tribunal Federal (STF), tendo em vista que candidatos desesperados não se conformarão em perder seus mandatos políticos e valer-se-ão de inúmeras argumentações jurídicas, com o fito de rebater a validade dos dispositivos previstos na lei.

## Notas de Fim

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.138-9.

<sup>2</sup>SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.347.

<sup>3</sup>NUNES, Pedro. *Dicionário de Tecnologia Jurídica*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

<sup>4</sup>TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo:

<sup>5</sup>MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 256.

<sup>6</sup>CASTRO, Edson de Resende et al. *Ficha Limpa - Interpretada por juristas e responsáveis pela iniciativa popular*. Bauru: Edipro, 2010, p. 31.

<sup>7</sup>CASTRO, Edson de Resende et al. *Ficha Limpa - Interpretada por juristas e responsáveis pela iniciativa popular*. Bauru: Edipro, 2010, p. 16.

## 6 Referências

BARRROS, Francisco Dirceu. **Direito Eleitoral**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário nº 630.147**, Distrito Federal, Min. Rel. Carlos Ayres Britto. Julgado em 29 de setembro de 2010. Brasília, DF, publicado no DJE, nº 190 de 07 de outubro de 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário nº 631.102**, PARÁ, Min. Rel. Joaquim Barbosa. Julgado em 27 de outubro de 2010. Brasília, DF, publicado no DJE, nº 214 de 28 de novembro de 2010.

CASTRO, Edson de Resende et al. **Ficha Limpa** - Interpretada por juristas e responsáveis pela iniciativa popular. Bauru: Edipro, 2010.

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUNES, Pedro. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal – noções gerais**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOBREIRO NETO, Armando Antonio. **Direito Eleitoral – teoria e prática**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

## O JULGAMENTO LIMINAR DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO SOB A PERSPECTIVA DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO

**Luiz Régis Bomfim Filho**

*Servidor Público da Justiça Federal  
Especialista em Processo Civil e Gestão do Processo pela ESMEC*

### 1 Considerações Iniciais

O processo civil brasileiro, nos últimos anos, constitui objeto de sucessivas alterações e, por conseguinte, inovações. Há uma necessidade eminente de conferir dinamicidade à legislação processualista. Propugna-se, principalmente, a simplificação do processo em prol da celeridade e eficácia jurisdicional.

Destarte, sancionou-se a Lei 11.277, de 07 de fevereiro de 2006, introduzindo ao aludido compêndio legal o artigo 285-A. Trata-se do intitulado julgamento liminar de improcedência do pedido ou julgamento superantecipado da lide. Tal instituto jurídico constitui técnica de aceleração da tutela jurisdicional, considerando-se uma das mais emblemáticas modificações processuais desencadeadas nos últimos anos.

Em linhas gerais, concedeu-se a prerrogativa aos magistrados de se antecipar à estabilização da ação mediante a prescindibilidade de citação, quando lhes insurgir matérias já apreciadas no juízo. Prerrogativa a qual ensejou grande polêmica, mormente ao que concerne as garantias fundamentais do processo.

Desta feita, o presente artigo caracteriza o instituto do julgamento liminar de improcedência do pedido, abordando, toda a nova sistemática processual de rejeição superantecipada dos pleitos repetitivos. Por fim, pretende-se debater a nova regra do artigo 285-A, verificando sua relação com os principais ditames fundamentais do processo.

### 2 A nova sistemática processual oriunda da Lei 11.277/06

Dentre as técnicas de aceleração da tutela jurisdicional, insere-se o julgamento liminar de improcedência do pedido, também denominado julgamento superantecipado da lide. Trata-se de mecanismo jurídico instituído mediante o advento da Lei 11.277, de 07 de fevereiro de 2006, a qual acresceu ao Código de Processo Civil o artigo 285-A, in verbis:

Art. 2º A Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 285-A:

“Art.285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o

prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.”.

Desta feita, o julgamento liminar de improcedência do pedido consubstancia-se em uma apreciação início litis de mérito da demanda, compatibilizando-se, em especial, com as garantias fundamentais relativas à tempestividade e efetividade da prestação jurisdicional. A mesma tese jurídica fundada em matéria fática semelhante repete-se exaustivamente no cotidiano forense, constituindo elemento eficaz ao desenrolar dos procedimentos judiciais o instituto que permite reproduzir a mesma resposta ante as mesmas querelas. Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 354), assim, comenta:

A multiplicação de ações como o mesmo fundamento de direito faz parte do cotidiano da justiça civil. Este fenômeno desacredita o Poder Judiciário, expondo a racionalidade do sistema judicial, já que obriga o juiz e a administração da justiça a se debruçarem sobre situações idênticas, com grande e irracional dispêndio de energia, tempo e dinheiro.

Em nome da economia e dinamicidade processual, faculta-se a dispensa de citação para rejeitar totalmente e liminarmente a petição inicial, consubstanciando julgamento com resolução do mérito. Uma vez proferida sentença de total improcedência do pleito autoral, irrelevante qualquer vista ao réu, visando eventual apresentação de defesa. A declaração meritória do juiz pela rejeição da petição inicial favorece completamente ao demandado, sendo suprido pelos efeitos da coisa julgada qualquer suposto benefício que o demandante pudesse extrair ante a total improcedência em comento.

## **2.1 A rejeição total e liminar da petição inicial**

É comumente cediço que ao se deparar com uma situação que renda ensejo ao indeferimento da petição inicial, o magistrado deve declarar a extinção do processo sem resolução do mérito, conforme inteligência do artigo 267, I do Código de Processo Civil. No entanto, o mesmo diploma legal também prevê possibilidades em que se indefere a peça vestibular, adentrando ao mérito da questão, dentre as quais situa-se a hipótese prevista no artigo 285-A do CPC.

Na situação prevista no aludido artigo, diante de casos repetidos, o juiz possui a prerrogativa de declarar a total improcedência *prima facie*, liminar ou superantecipada do pleito autoral sem a citação do réu, daí a razão pela qual a melhor terminologia seja a rejeição da petição inicial de modo a destacar que houve resolução do mérito. Humberto Teodoro Junior (2007, p. 14-15) leciona:

O art. 285-A, introduzido no Código pela Lei nº 11.277/06, emprega a mesma técnica de economia processual às causas seriadas ou repetitivas, tão comuns em relação aos direitos do funcionalismo público e às obrigações tributárias ou

previdenciárias. Um mesmo tema, sobre uma só questão de direito, repete-se cansativamente, por centenas e até milhares de vezes. Para evitar que os inúmeros processos sobre casos análogos forcem o percurso inútil de todo o iter procedimental, para desaguar, longo tempo mais tarde, num resultado já previsto, com total segurança, pelo juiz da causa, desde a propositura da demanda, o art. 285-A muniu o juiz do poder de, antes da citação do réu, proferir a sentença de improcedência *prima facie* do pedido trazido na inicial. (grifo original).

O artigo 285-A do CPC, instituído pela Lei 11.277/06, como já mencionado, introduziu ao ordenamento jurídico pátrio o julgamento liminar de improcedência do pedido, que, em suma, reflete uma rejeição total e liminar da petição inicial. Imperioso destacar que, em virtude do fato se efetuar mediante a prescindibilidade de citação, a aplicação do artigo 285-A só possui campo de atuação na hipótese de total rejeição da demanda, jamais para acolhê-la, ainda que parcialmente.

Considerando a comum necessidade de dilação probatória dos procedimentos judiciais, relevante ressaltar que o instituto ora em comento consubstancia uma excepcionalidade processual condicionada aos requisitos: matéria controvertida unicamente de direito, preexistência no juízo de sentença de total improcedência em outros casos idênticos e reprodução adequada do teor da sentença paradigma, a anteriormente prolata.

Segundo os dizeres do caput do artigo 285-A, a incidência da rejeição liminar da petição inicial se dá quando a matéria controvertida for unicamente de direito. O que impescinde, necessariamente, é que a questão jurídica predomine sobre a questão fática. Esta deve ser a interpretação, posto que, por óbvio, sempre existirão fatos a ser considerados, no entanto estes devem ser facilmente identificados mediante a própria experiência jurisdicional do magistrado, não refletindo nada de bastante característico. O mencionado entendimento é refletido nas palavras de Cássio Scarpinella Bueno (2006, p. 75):

Ela, a questão, é, no máximo, predominantemente de direito porque a mera existência de um autor, de um réu e de um substrato fático que reclama a incidência de uma norma jurídica já é suficiente para que haja questão de fato no caso concreto. Mas, e aqui reside o que releva para compreensão do art. 285-A, esta questão de fato é alheia a qualquer questionamento, a qualquer dúvida, ela é padronizada ou, quando menos padronizável; ela, a situação de fato, não traz em si, maiores questionamentos quanto à sua existência, seus contornos e seus limites. O que predomina, assim, é saber qual o direito aplicável sobre aqueles fatos que não geram dúvidas, que não geram controvérsia entre as partes e perante o juiz.

Ademais, estabelece, ainda, o artigo 285-A como condicionante a sua

aplicação que no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos. No que concerne a tal condicionante, necessário tecer determinadas minúcias.

No que toca à alusão a casos idênticos, estes devem referir a questões jurídicas análogas, não refletindo qualquer menção aos três elementos da ação. Eventual identidade de partes, causa de pedir e pedido, conforme poderia se extrair do artigo 285-A, combinado com parágrafo segundo do artigo 301 do CPC, constitui litispendência ou coisa julgada, o que enseja extinção do processo sem resolução do mérito. Fredie Didier Junior (2008, p. 448) leciona:

[...] o julgamento antecipado é autorizado, nesse momento, se se tratar de causa repetitiva, ou seja, causa que verse sobre questão jurídica objeto de processos semelhantes (e não “idênticos” como se refere o legislador). É o que acontece nos litígios de massa, como as causas previdenciárias, as tributárias, as que envolvem servidores públicos, consumidores etc., sujeitos que se encontram em uma situação fático-jurídica semelhante. Nessas causas, discute-se normalmente a mesma tese jurídica, distinguindo-se apenas os sujeitos da relação jurídica discutida. São causas que poderiam ter sido reunidas em uma ação coletiva. São exemplos: discussão de reajuste para uma categoria profissional, inexigibilidade de certo tributo, determinado direito em face de uma concessionária de serviço público etc. Se o magistrado já tiver concluído, em outros processos, que aquela pretensão não deve ser acolhida, fica dispensado citar o réu, podendo julgar antecipadamente o mérito da causa.

Observa-se, ainda, que a incidência do artigo 285-A, segundo os seus próprios dizeres, pressupõe que os pleitos repetidos hajam sido julgados no mesmo juízo. Grande controvérsia foi ensejada ante a utilização do termo juízo. Existem doutrinadores que defendem a aplicação do julgamento *prima facie* quando as sentenças anteriores tenham sido emitidas pelo mesmo juiz, pessoa física. No entanto, o entendimento majoritário reputa ser exagerada a restrição ao mesmo juiz, considerando que o mesmo juízo deva ser interpretado como mesmo órgão ou vara judicial. Não obstante, o juiz de determinada vara que ainda não apreciou causa sujeita a identidade nos moldes do artigo 285-A não poderá decidir mediante a sentença *prima facie* o mérito da aludida causa, sujeitando-se a eventuais precedentes de outras comarcas ou seções judiciárias. Cássio Scarpinella Bueno (2006, p. 78) se posiciona:

Mesmo adotando a literalidade do dispositivo para fins de exposição, não parece correto o entendimento de admitir que uma outra sentença de um outro juízo, por si só, justifique a aplicação do art. 285-A. Que ela possa servir de fundamento para que o juízo que recebeu o novo “processo repetitivo” venha a produzir sua própria “sentença-padrão”,



não há dúvida. Mas a aplicação do art. 285-A nesta situação pressupõe a existência de outras sentenças no mesmo sentido perante um mesmo juízo. O “empréstimo” de precedentes no mesmo plano judicante, isto é, perante os juízos de primeiro grau de jurisdição, deve ser evitado a todo o custo, sob pena de inversão da lógica da jurisprudência que pressupõe, para ser reconhecida como tal, decisões constantes dos Tribunais, em nome de uma maior segurança jurídica.

Ademais, diante da preexistência no juízo de pleitos repetidos, no intuito de aplicar o julgamento liminar de improcedência do pedido, o juiz deve promover a adequada reprodução do teor da sentença anteriormente prolatada, ou seja, do provimento jurisdicional que se manifestará como elemento paradigma ante futuros casos análogos.

Não obstante o silêncio do artigo 285-A, a reprodução da sentença padrão há de ser devidamente justificada, conferindo sua adequação ao novo processo. Nesse sentido, abordando sobre a adequabilidade da reprodução da sentença anteriormente prolatada, alerta Freddie Diddier Junior (2008, p. 449): “É preciso demonstrar que a ratio decidendi da sentença-paradigma serve à solução do caso ora apresentando ao magistrado”. Desta feita, não é suficiente a simples cópia da sentença, a incidência legítima da rejeição liminar do pleito autoral impescinde pela motivação sob a perspectiva das próprias garantias fundamentais do processo.

## **2.2 A sentença prima facie de total improcedência do pedido**

É mister dedicar um tópico a sentença prima facie que se manifesta pela improcedência do pedido em virtude da própria proposta de racionalidade, celeridade e efetividade processual que são objetos justificadores da inclusão do artigo 285-A ao Código de Processo Civil. Deve-se considerar, cuidadosamente, a sistemática que envolve a elaboração da sentença ante as diretrizes de aplicação do julgamento liminar de improcedência do pedido.

Cumprido, preliminarmente, esclarecer que a sentença reflete uma resposta estatal que, segundo o Código de Processo Civil, emite o comando de pacificação de determinada querela com ou sem resolução do mérito. Ademais, o artigo 458 do CPC enuncia os requisitos essenciais da sentença, os quais são: relatório, fundamentos e dispositivo. No mais, observa-se a lição de Giuseppe Chiovenda (2002, p. 198):

A sentença, em geral, é a provisão do juiz que, recebendo ou rejeitando a demanda do autor, afirma a existência ou a inexistência de uma vontade concreta de lei que lhe garanta um bem ou respectivamente a inexistência ou existência de uma vontade de lei que garanta um bem ao réu. Receber a demanda do autor significa atuar a lei a seu favor, segundo os casos, de modo positivo ou negativo, isto é, afirmando a existência de uma vontade de lei que garanta um bem ao autor ou negando a existência de uma vontade de lei que garanta um bem ao réu. Semelhantemente, rejeitar a demanda significa atuar a lei a favor do réu, segundo os casos, de modo positivo ou negativo, ou negando a existência de uma vontade de lei que garanta um bem ao autor ou afirmando a existência de uma vontade de lei que garanta um bem ao réu.

Nos moldes da sistemática processual recém inserida no Código de Processo Civil, o magistrado poderá rejeitar o pleito autoral superantecipadamente, ou seja, antes da estabilização do litígio, prescindindo a citação do réu, quando já houver no órgão que ele atua, o juízo, sentença declarando a total improcedência do pedido em caso análogo. A respeito da aludida sentença, Vicente Greco Filho (2009, p. 82) comenta:

A sentença deve ser completa, com relatório, fundamentação e dispositivo como todas contendo, porém, na fundamentação um intróito que faça referência à identidade da tese jurídica com indicação de qual seja e qual o processo em que foi proferida a sentença anterior que justifica o julgamento de plano. Quanto à documentação, deve ser juntada como anexo sentença paradigma para a análise comparativa em grau de apelação.

Destarte, verifica-se uma padronização da sentença de modo a ser sempre utilizada, à medida que se sustente o entendimento nela consubstanciado, quando se apreciar questões jurídicas repetidas. Trata-se, então, da sentença paradigma de total improcedência do pedido, uma forma de lidar com os processos repetitivos que açoita a efetividade do sistema judiciário brasileiro, principalmente, quando o Poder Público situa-se como parte litigante.

Ademais, muito embora seja suficiente para aplicação do artigo 285-A, conforme seus dizeres, a simples identidade de situações jurídicas, é recomendável, em prol da celeridade processual e segurança jurídica, uma interpretação sistemática com o espírito firmado pelo artigo 518 §1º, in verbis: “O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”. Registre-se ainda o artigo 577, in verbis: “O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior”.

O entendimento interpretativo reside em considerar a sentença paradigma do juízo como súmula ou jurisprudência dominante de Tribunal Superior. No contexto operacional do julgamento liminar de improcedência do pedido, a sentença paradigma surtirá os efeitos jurisdicionais esperados quando em concordância com o entendimento dos Tribunais superiores. Neste aspecto, relevante registrar o posicionamento de Cássio Scarpinella Bueno (2006, p. 57):

Por mais convencido que esteja um específico “juízo” de primeiro grau de jurisdição sobre uma dada tese jurídica, outras vozes sobre ela, eventualmente dissonantes, existem nos diversos graus de jurisdição, inclusive no primeiro, em outros juízos, em outras “varas”, e que não podem ser desconsideradas. Ao menos, para os fins de maior racionalidade da prestação jurisdicional ambicionada pelo novo dispositivo legal. Em condições como estas, fica

evidenciado que o paradigma da decisão jurisdicional, na perspectiva de se buscar formas de otimizar a prestação jurisdicional em nome de um princípio maior, o da isonomia, nunca poderá ser, entenda-se isso, friso, no devido contexto, as decisões de primeiro grau de jurisdição. Não, pelo menos na medida em que elas mostrem-se contrárias ao entendimento das instâncias competentes. A sentença de primeiro grau só poderia ser utilizada como paradigma interpretativo para os fins propugnados pelo art. 285-A na exata medida em que ela, a sentença, estivesse em plena consonância com as decisões dos Tribunais recursais competentes.

Observa-se que, caso a sentença paradigma esteja nos moldes de súmula de Tribunal Superior, maior será a racionalidade das diretrizes procedimentais. Eventual interposição de apelação, prevista no parágrafo primeiro do artigo 285-A, não seria recebida, em virtude dos ditames do mencionado parágrafo primeiro do artigo 518. Verifica-se, ainda, o entendimento de Arruda Alvim (2008, p. 245):

Considerando que o sistema jurídico-processual mostra evidente preferência pelos entendimentos sumulados ou, até mesmo, manifestados por jurisprudência dominante [...], o novo art. 285-A do CPC deve ser compreendido dentro deste contexto; devendo o juiz evitar a reprodução de sentenças que adotem orientação contrária àquela manifestada por órgão jurisdicional que lhe seja hierarquicamente superior, em especial pelo STF e pelo STJ, já que uma sentença assim proferida, justamente por destoar de orientação dominante ou sumulada, fatalmente será objeto de apelação. Não sendo assim, a aplicação do art. 285-A poderia resultar em manifesto desperdício de tempo e de atividade jurisdicional, o que estaria em descompasso com a garantia constitucional de duração razoável e celeridade da tramitação do processo (CF, art. 5º, LXXVIII, inserido pela EC 45/2004). (grifo original)

Não obstante o silêncio da lei, a aplicação concomitante do artigo 518 e parágrafos e do artigo 285-A reflete uma necessária sistematização processual em simetria aos objetivos das reformas processuais que originaram o instituto jurídico em comento. Já alertava Pontes de Miranda (1972, p. 58-59): “se o legislador não provê, por meio de reformas, ao que é necessário, entende-se que deixou ao juiz a criação do direito”.

Considerando a linha de raciocínio ora exposta, ainda que existam posicionamentos divergentes, entende-se ser manifesta que a melhor interpretação do artigo 285-A situa-se naquela que admite a rejeição liminar do pleito autoral quando situação análoga haja sido, anteriormente, declarada pela total improcedência por

decisão de Tribunal Superior. Ocasional-se-ia efeitos negativos ao fim desejado pelo legislador infraconstitucional da Lei 11.277/06, caso o juiz prolatasse sentença prima facie de improcedência do pedido baseada em posicionamento dissonante do entendimento das cortes superiores.

Ademais, importante, por fim, registrar que o acatamento da sentença prima facie de total improcedência do pedido deve estar devidamente submetido a restrições que ensejarão a viabilidade do manejo racional do mecanismo previsto no artigo 285-A, evitando-se que seja mal aplicada a sistemática de filtragem de pleitos repetitivos no Poder Judiciário.

### **2.3 A apelação da sentença prima facie de improcedência**

Não obstante a prescindibilidade de citação, na sistemática do julgamento liminar de improcedência do pedido, permite-se ao autor a interposição de recurso de apelação ante a sentença que lhe é totalmente desfavorável. Nesse sentido, enuncia o parágrafo primeiro do artigo 285-A do Código de Processo Civil, in verbis: “Se o autor apela, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação”. Ademais, verificam-se, ainda, os dizeres do parágrafo segundo do mesmo artigo, in verbis: “Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso”. Leciona Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 355) :

O réu é principal beneficiado pelo instituto do julgamento liminar das ações repetitivas, uma vez que fica dispensando de convencer o juízo de primeiro grau a respeito da improcedência do pedido. O réu apenas tem necessidade de atuar, e assim de se defender, quando é interposto recurso de apelação. E nesta situação – ou seja, na sua resposta ao recurso de apelação -, terá ampla margem para se defender, seja demonstrando que a ação está perfeitamente enquadrada na decisão tomada como suporte da sentença, seja argumentando que a decisão já consolidada deve ser mantida, e, assim, que o fundamento da ação deve ser rejeitado.

Desta feita, observa-se a prerrogativa do magistrado de exercer o juízo de retratação. Uma vez que o autor, ora apelante, poderá argumentar que seu pleito não se enquadra em situação jurídica semelhante ao da sentença paradigma. Razão pela qual, dentro do interstício de cinco dias, poderá o juiz sentenciante manter ou não a sentença liminar de total improcedência do pedido. A propósito, afirma Vicente Grego Filho (2009, p. 83):

A apelação do autor que recebeu a sentença de improcedência conterà necessariamente dois itens: um a demonstração de que o caso não é idêntico e outro a fundamentação diferente que justifique o provimento, além, obviamente, do pedido de reforma da sentença. Se o autor

entender que o caso é idêntico, mas a decisão anterior não está correta e deve ser reformulada, deve argumentar a respeito, pedindo o provimento da apelação para que o processo prossiga até o julgamento diferente.

Assim, como acima afirmado, registre-se que o autor não está limitado a apenas abordar a suposta não identidade do seu pleito e das situações jurídica padrões sujeitas a sentenças paradigmas. Não obstante, de fato, os casos sejam análogos nos moldes do artigo 285-A, o fundamento do apelante poderá residir na demonstração ao Tribunal a inviabilidade ou injustiça da sentença paradigma de total improcedência dos pleitos repetitivos.

Ademais, caso o juiz mantenha sua posição, o réu será citado para responder ao recurso de apelação. Na hipótese da retração do magistrado, ordenar-se-á o prosseguimento do rito processual e, por conseguinte, o réu será citado para se manifestar acerca da petição inicial ora não rejeitada.

Analisando, com maior minúcia, a situação em que o juiz mantém a sentença *prima facie* de improcedência do pedido ante a eventual apelação do autor e o réu, por conseguinte, é citado para contra-razoar, observa-se um caso peculiar de ciência de um dos polos litigantes da empreitada judicial, o que alguns doutrinadores denominam de citação *sui generis*.

O que, de fato, ocorre é que o réu não é chamado para se defender nos moldes do artigo 213 do CPC, mas para se manifestar contra o pleito do autor, ora recorrente, da reformulação da sentença que rejeita superantecipadamente a peça vestibular. No entanto, é imprescindível a concessão da possibilidade de manifestação do réu, ora recorrido, considerando os ditames do contraditório e da ampla defesa. Seguindo tal raciocínio, Cássio Scarpinella Bueno (2006, p. 86) assim se manifesta:

O fato é que, tendo presente o art. 285-A, o legislador entendeu imperiosa a citação do réu no caso de o autor pretender a reforma da sentença mediante a interposição de recurso de apelação. Nesta hipótese, porque há, pelo menos em tese, a possibilidade de o direito reconhecido em favor do réu vir a ser modificado em grau recursal, faz-se necessária sua citação para que ele tenha condições de participar ativamente do procedimento, trazendo as razões que entender oportunas para a manutenção da sentença e quiçá, até mesmo, para ver o autor condenado no pagamento de litigância de má-fé, nos termos do art. 17, VII, do Código de Processo Civil, o que deve ocorrer na medida em que o autor, ao apelar da sentença proferida nos termos do art. 285-A, não traga, aos autos, nenhum elemento ou alegação nova senão a mera exteriorização da vontade de recorrer para tentar a “sorte” na instância superior.

Interessante, ainda, registrar uma peculiaridade no que concerne a contagem do prazo recursal nos moldes do artigo 285-A. Percebe-se, mediante uma rápida leitura do parágrafo segundo do aludido artigo, que será ordenada a citação caso seja mantida

a sentença. Trata-se de mais uma inovação oriunda da rejeição liminar dos pleitos repetitivos. Segundo a regra geral prevista no artigo 242 do CPC, a contagem do prazo para interposição de recurso dar-se-á da data, em que os advogados sejam intimados da decisão, da sentença ou do acórdão.

## 2.4 A constitucionalidade do artigo 285-A do CPC

O instituto jurídico do julgamento liminar de improcedência do pedido, o qual adentrou ao ordenamento jurídico pátrio mediante a Lei 11.277/06, constitui uma nova técnica de aceleração processual que possibilita uma ruptura ao desenrolar comumente conhecido do processo judicial.

Na conjuntura processual de indeferimento liminar e meritório da petição inicial, a possibilidade de se dispensar a citação do réu e a adoção de uma sentença paradigma a situações juridicamente semelhantes propiciam o amplo debate entre os operadores do direito. No mais, observa-se a lição de Luiz Rodrigues Wambier (2006, p. 274):

O indeferimento da petição inicial mostra um embate de valores. De um lado, não se pode perder de vista que o processo, do qual a petição inicial é integrante, é instrumento e não um fim em si mesmo. A instrumentalidade consiste, exatamente, em não se sacrificar o fim em homenagem ao meio. Não interessa à jurisdição o encerramento prematuro do processo, sem a devida solução da situação jurídica reclamada, seja ela conflituosa ou não, pois sempre que a jurisdição for provocada deve ela atuar, regulando a vida social.

Destarte, em 29 de março de 2006, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 285-A, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ingressou perante o Supremo Tribunal Federal com uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI n. 3.695), a qual foi distribuída para o Ministro Cezar Peluso. A título ilustrativo, por vislumbrar melhorias no ordenamento processual pátrio, o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) interveio na ação na qualidade de *amicus curiae*, com a peça processual elaborada por Cássio Scarpinella Bueno, tecendo argumentos pertinentes em prol da constitucionalidade do artigo 285-A.

Ademais, em sua petição inicial, o Conselho Federal da OAB discute bastante acerca do modelo constitucional do processo. Argumenta a afronta aos princípios da isonomia, da segurança jurídica, do direito de ação, do contraditório e do devido processo legal. Alega, ainda, que o artigo 285-A institui uma sentença vinculante, impeditiva do curso do processo em primeiro grau, o que, manifestamente, é desarrazoado afirmar considerando que a incidência do aludido artigo configura-se uma prerrogativa ou faculdade do magistrado. Observa-se então a lição de Vicente Greco Filho (2009, p. 81):

Nenhuma norma ou princípio constitucional é absoluto, já que deve compatibilizar-se com os demais. O contraditório,

a ampla defesa e o devido processo legal devem conviver com a efetiva prestação jurisdicional, seriamente comprometida pela multiplicação de demandas com a mesma tese jurídica e que poderiam ser decididos rapidamente com o desafogo evidente da Justiça. No caso, não há violação do devido processo legal ou do contraditório porque há possibilidade de recurso em que se examinarão os argumentos do Réu (em geral a Fazenda Pública, porque as ações em massa, na quase-totalidade, são contra ela), no procedimento e com as alternativas em seguida tratadas. Há, apenas, uma inversão do momento em que é proferida a sentença e o exercício do contraditório que, num primeiro momento, cinge-se à discussão da identidade de demandas e, depois, se estende para o mérito da decisão, o que pode ser discutido plenamente em grau de apelação, uma vez que a questão é exclusivamente de direito.

Não obstante o ajuizamento da ADIn 3.695 no STF, observa-se que questões como a prescindibilidade de citação, adoção de sentença paradigma, interposição do recurso de apelação e juízo de retratação ainda carecem de várias deliberações. O que surte a necessidade uma abordagem, em especial, das garantias fundamentais do processo, a qual se procederá a seguir.

### **3 As garantias fundamentais do processo no artigo 285-A**

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) dedica o segundo título de seu texto aos direitos e garantias fundamentais. Estes consubstanciam, textualmente, uma série de conquistas ao longo da história da própria humanidade. Razão pela qual o parágrafo quarto do artigo 60 da CF/88 enuncia que os direitos e garantias individuais não estão sujeitos à modificação mediante emenda constitucional, constituindo umas das denominadas cláusulas pétreas. Não obstante, mencionando a Constituição Alemã, Robert Alexy (2008, p. 25) aborda sobre o assunto:

As indagações sobre quais direitos o indivíduo possui enquanto ser humano e enquanto cidadão de uma comunidade, quais princípios vinculam a legislação estatal e o que a realização da dignidade humana, da liberdade e da igualdade exige expressam grandes temas da filosofia prática e pontos centrais de lutas políticas, passadas e presentes. Elas tornam-se problemas jurídicos quando uma Constituição, como é o caso da Constituição da República Federal da Alemanha, vincula os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a normas de direitos fundamentais diretamente aplicáveis, e quando essa vinculação está sujeita a um amplo controle por parte de um tribunal constitucional.

Ademais, é necessário, ao melhor desenrolar do presente estudo, diferenciar

os direitos das garantias, uma vez que a Carta Magna não estabelece expressamente as distinções. Os direitos consubstanciam por si determinados bens, enquanto as garantias objetivam assegurar a fruição dos aludidos bens. As garantias instrumentalizam os direitos.

A título ilustrativo, no âmbito da ciência processual, considerando ajuizada determinada demanda, os litigantes possuem o direito a uma resposta estatal pacificadora da lide posta em apreciação ante o Poder Judiciário. A razoável duração do processo, o contraditório e a ampla defesa, por exemplo, são garantias ao desenrolar justo e legítimo do trâmite da demanda judicial. Observa-se, então, a lição de Francisco Gérson Marques de Lima (2002, p. 36):

Nota típica das garantias é que elas implicam atividade estatal, segundo um modelo próprio de organização e atuação, voltada para a satisfação das pessoas cujos interesses foram violados ou se encontram ameaçados de violação. De seu turno, os direitos assentam-se no próprio indivíduo, independentemente do Estado (a não ser como promovedor e assegurador deles), e consistem em formas de agir do seu titular. Em outras palavras: os direitos possuem cunho declaratório (exemplo: direito à vida, à liberdade, à propriedade, à intimidade, à livre associação, à dignidade...), enquanto as garantias são instrumentais, assecuratórias dos primeiros (por exemplo, as ações constitucionais: habeas corpus, habeas data, mandados de injunção e de segurança, ação popular).

Desta feita, considerou-se mais adequado adotar a terminologia “garantias fundamentais do processo” no presente capítulo, uma vez que estas objetivam a regular prestação da tutela jurisdicional. A propósito, objetivando o alcance efetivo de direitos fundamentais, o caráter instrumental das garantias fundamentais relacionadas com o processo não de ser consideradas ante a nova sistemática oriunda do julgamento liminar de improcedência do pedido. Nessa linha de raciocínio, André Ramos Tavares (2007, p. 780) alerta:

Os direitos fundamentais do homem, ao receberem positividade no Direito Constitucional, passam a desfrutar de uma posição de relevo, no que toca ao ordenamento jurídico interno. Mas a mera declaração ou reconhecimento de um direito não é suficiente, não bastando para sua plena eficácia, porque se torna necessário tutelar esse direito nas situações em que seja violado.

Assim, o anseio populacional por uma tutela jurisdicional efetiva ensejou a edição de diversas leis reformadoras do Código de Processo Civil, dentre as quais se situa a Lei 11.277/06 a qual acresceu o artigo 285-A ao CPC que prevê o julgamento liminar de improcedência do pedido. A nova sistemática processual objetiva a otimização procedimental, com a prescindibilidade de citação e a adoção de uma



sentença paradigma para casos juridicamente semelhantes.

A problemática se insurge quando se verifica que tal situação ocasiona uma ruptura de paradigmas processuais, considerando as garantias fundamentais do processo, diante da qual propiciou certa surpresa nos operadores do direito que não estavam devidamente preparados para possibilidade do acatamento da rejeição liminar dos pleitos autorais repetitivos. Assim, Samuel Miranda Arruda (2006, p. 367) afirma:

O medo do novo não deve embaçar a necessidade de mudança. O que não pode ser feito é promover reformas atabalhoadas cuja função seja apenas reformar. Em nome de uma aparente promoção do direito fundamental, atua-se furiosamente com o desiderato único de mostrar ao jurisdicionado a boa intenção do legislador. As reformas devem sobretudo ter caráter evolutivo e não se limitarem a promover o retorno a um modelo de processo superado, com pesado enfraquecimento das garantias processuais fundamentais.

Destarte, reputa-se deveras relevante a identificação das garantias processuais em prol da tutela jurisdicional efetiva. Abordar-se-á, então, as principais garantias fundamentais do processo, considerando uma relação pertinente com o novo contexto processual do julgamento liminar de improcedência do pedido.

### 3.1 O devido processo legal

É desarrazoado proferir uma abordagem acerca das garantias fundamentais do processo sem mencionar o devido processo legal, a versão aporuguesada do due process of law, eminente garantia afluyente em diversos outros postulados processuais. Francisco Gérson Marques de Lima (2002, p. 36) comenta:

Por si só, o devido processo legal conglomerava as garantias do direito de ação, do contraditório, do amplo direito de defesa, da prova lícita, da recursividade, da imparcialidade do juiz, do juiz natural etc. O processo há de ser o devido, isto é, o adequado à espécie, o apto a tutelar o interessa discutido em juízo e resolver com justiça o conflito, pacificando-o. Ele tem que obedecer à prescrição legal e, mais do que isto, tem que atender à Constituição (daí falar-se em devido processo constitucional) Embora bastasse ter-se referido a devido processo legal para expressar uma série de princípios processuais, o constituinte de 1987/1988 preferiu ser minudente quando estabeleceu, no art. 5º da Constituição Federal, várias garantias processuais. Não se conteve em se referir à expressão genérica (art. 5º, LIV); foi incisivo, preemptório, no seu desiderato.

Registre-se que a Constituição Federal de 1988 é o primeiro compêndio

constitucional brasileiro a adotar expressamente a terminologia “devido processo legal” em seu artigo 5º, LIV, in verbis: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. No entanto, a primeira menção ao, atualmente, denominado devido processo legal ocorreu com a Magna Carta da Inglaterra de 1.215, assinada a contragosto pelo Rei João Sem Terra ante a pressão da nobreza e do clero. Afirmava, seu artigo 39, que nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra.

Destarte, o atual entendimento de processo judicial reflete um conjunto de elementos indispensáveis para que se atinja a pacificação de determinado conflito. O que consubstancia numa garantia estabelecida pela Constituição Federal, objetivando a consecução de direitos fundamentais mediante a efetivação do devido processo legal. Relevante mencionar os seguintes ensinamentos de Rogério Lauria Tucci (1993, p. 17):

Denominada direito ao processo, ou, mais precisamente, direito à tutela jurisdicional do Estado, tem sido, definida, sucessivamente, nas mais importante “declarações de direitos humanos. [...] Consagra-se, destarte, uma vez mais, e de maneira inarredável, um dos mais expressivos direitos subjetivos materiais conferido pelo Estado aos integrantes da comunidade, qual seja o direito à jurisdição.

Não obstante, a cláusula do devido processo legal não indica tão-somente a tutela processual, como superficialmente pode aparentar. Em um Estado Democrático de Direito, o processo há de ser devido de forma a transcorrer de acordo com regras preestabelecidas, possibilitando a pacificação da querela insurgida perante o Poder Judiciário. Cássio Scarpinella Bueno (2008, p. 106) leciona:

O princípio do devido processo legal, contudo, não pode e não deve ser entendido como mera forma de procedimentalização do processo, isto é, de atuação do Estado-juiz em determinados modelos avalorativos, neutros, vazios de qualquer sentido ou finalidade mas, muito além disto, ele diz respeito à forma de atingimento dos fins do próprio Estado. É o que parcela da doutrina acaba por denominar “legitimação pelo procedimento”, no sentido de que é pelo processo devido (e, por isto, não é qualquer processo que se faz suficiente) que o Estado Democrático de Direito terá condições de realizar amplamente as suas finalidades. É, justamente, o que já foi acentuado: o “processo” não é só forma de resolver conflitos de interesse subjetivo, aplicando coercitivamente, se for o caso, o direito material no caso concreto. O “processo” também, como é o método de manifestação do Estado Democrático de Direito, deve viabilizar que, ao longo de toda sua atuação, sua

conformação política mostre toda sua plenitude, qualificando este atuar do Estado. Assim, todas as opções políticas, que influenciam o comportamento do próprio Estado, têm que estar presentes em toda atuação estatal e, por isto mesmo, têm que estar espelhadas no próprio processo.

Diante do que foi exposto, necessário, então, registrar a caracterização bipartida da garantia fundamental em comento em: devido processo formal e devido processo substancial. Tecer-se-á, brevemente, suas distinções.

O devido processo formal, também denominado processual, reflete uma preocupação com os mecanismos normativos a ser executados durante o tramitar processual. Nesse enfoque, o aplicador do direito não se atém ao aspecto material dos atos procedimentais. Sintetiza-se um conjunto de procedimentos que hão de ser observados e aplicados, propiciando a consecução dos pleitos postos em litígio.

No que concerne ao devido processo substancial, intitulado, em vezes, material, buscar-se, bem diferentemente, outras realidades, adentrando ao conteúdo tratado no ato. Não se conforma, propriamente dito, ao modelo de atuação do Estado-juiz. O devido processo material reflete, segundo Rogério Lauria Tucci (1993, p. 19), “elaboração regular e correta da lei, bem como sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais [...]”.

Destarte, ao se mencionar processo devido, é inevitável a discussão sobre a legitimidade e efetividade no caso que visa a tutelar. Nessa perspectiva, admite-se que diversas técnicas antecipatórias se tornem imprescindíveis de modo a conformar-se com a exigência fundamental de efetividade do devido processo legal. E é exatamente nesse panorama que se enquadra a nova técnica processual prevista no artigo 285-A do Código de Processo Civil, aqui intitulada, julgamento liminar de improcedência do pedido. Observam-se, então, os dizeres de Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 355):

O art. 285-A está inserido em um projeto de modificação da lei processual que se destina a dar efetividade aos direitos fundamentais processuais [...]. Através deste projeto o Estado pretende tornar a justiça mais efetiva, rápida e democrática. Portanto, como as regras processuais devem ser compreendidas à luz dos direitos fundamentais, não é possível interpretar as recentes alterações do Código de Processo Civil sem dar-lhes a chance de responder às necessidades sociais que as inspiraram. Interpretando-se o art. 285-A de acordo com os direitos fundamentais processuais e a partir da experiência concreta dos tribunais, freqüentemente sufocados com milhares de ações repetitivas, a exigir dispêndio de energia e de dinheiro sem qualquer racionalidade, torna-se obrigatório acreditar que a sua aplicação trata efeitos benéficos ao Poder Judiciário e ao processo civil brasileiro.

Assim, a técnica do julgamento liminar de improcedência do pedido, como já abordado em capítulos posteriores, possui previsão legal e manifesta adequação constitucional. Trata-se de um dispositivo de aceleração procedimental excepcional, condicionado a critérios plausíveis de incidência, sendo amplamente compatível com a garantia do devido processo legal. Rejeitar, liminarmente, pleitos repetitivos, evitando-se o desgaste desnecessário, constitui medida em prol, por óbvio, da transparência, celeridade e igualdade nos julgamentos, atributos próprios de um devido processo.

A desnecessidade de dilação probatória e de citação em virtude da apreciação de pleitos repetitivos não afasta a aludida compatibilidade. Registre-se, ainda, que não se compromete o direito de defesa de ambas as partes diante da possibilidade do recurso de apelação ao sujeito prejudicado, atendendo a garantia do contraditório e ampla defesa, abordada em momento oportuno.

Ademais, o artigo 285-A não afronta qualquer das garantias fundamentais que se possa extrair da cláusula do devido processo legal. No mais, interessante persistir à análise das demais garantias fundamentais do processo, de modo a melhor situar, juridicamente, o novo dispositivo processual.

### 3.2 A celeridade processual

Dentro da conjuntura processual do julgamento liminar de improcedência do pedido, uma abordagem minuciosa acerca da garantia fundamental ao desenrolar célere do processo, reputa-se imprescindível, não obstante a ampla discussão acerca dos percalços ao trâmite processual no primeiro capítulo do presente estudo. Cumpre, então, registrar, novamente, o inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal oriundo da Emenda Constitucional nº 45/2004, in verbis: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Desta feita, leciona Cássio Scarpinella Bueno (2008, p. 143):

Como quer que seja, o relevante é que a iniciativa da Emenda Constitucional n.45/2004 acaba por significar que não há como pensar no processo civil brasileiro sem levar em consideração também aquele princípio – o da duração razoável do processo e meios que garantam a celeridade de sua tramitação -, independentemente dos resultados práticos produzidos por este processo, campo mais propício para o princípio da “efetividade do processo”. E mais: que se trata de um princípio constitucional do direito processual civil e, portanto, inderrogável por qualquer norma infraconstitucional e que, como tal, independe de lei para ser implementado em todos os sentidos.

Constitucionalmente enunciada, a celeridade processual, nos dias atuais, configura uns dos maiores anseios dos jurisdicionados. É tão evidente e frustrante o longo lapso temporal que se desenrola uma demanda judicial nas cortes brasileiras, que o cidadão comum clama, cegamente, por agilidade nos feitos judiciais. Acaba-se por esquecer que um processo envolve um trabalho de enquadramento legal, pesquisa

jurisprudencial e reflexão de entendimentos. A pacificação do litígio posto a apreciação pelo Poder Judiciário reflete detalhes jurídicos que aspira ao mínimo de tempo do qual o magistrado, em regra, não possui diante da explosão de ações existentes em suas prateleiras. Nessa linha de raciocínio, comenta Alexandre Freitas Câmara (2007, p. 60):

Todo processo demora um tempo. É o que, em boa doutrina, já se chamou de “tempo do processo”. Tem havido, modernamente, uma busca quase que desenfreada pela celeridade do processo, mas há um tempo que precisa ser respeitado. Inegavelmente, há processos que demoram demais. Não há quem não conheça algum caso, tragicômico, de um processo que se arrasta há muitos anos, muitos mais do que seria suportável. É preciso, evidentemente, combater essas demoras patológicas. Não se pode, porém, querer que o processo dê respostas imediatas a quem postula tutela jurisdicional. Algum tempo, perdoe-se a insistência, o processo tem de demorar.

No entanto, acredita-se que o jurisdicional possui o discernimento suficiente para entender que o processo impescinde por razoável duração. O que é irritante ou até mesmo revoltante é a sensação de imobilidade processual. Depara-se não raramente com processos parados há meses em virtude de um simples despacho de vista. Importante ressaltar que a situação aqui em comento não se origina de suposto desleixo dos juízes como, inocentemente, se alega. A verdade é que reside nos órgãos jurisdicionais uma hipossuficiência estrutural e uma burocracia demasiada.

É nesse contexto que surge o julgamento liminar de improcedência do pedido, cujo principal objetivo é conferir celeridade processual, desafogando os juízes do demasiado contingente de demandas judiciais. Observam-se, então, as lições de José Rogério Cruz e Tucci (1999, p. 235-236):

Na verdade, as legislações processuais modernas devem construir procedimentos que tutelem de forma efetiva, adequada e tempestiva os direitos. O ideal é que existam tutelas que, atuando internamente no procedimento, permitam uma racional distribuição do tempo do processo. Assim, ao lado da efetividade do resultado que deve conotá-la, imperioso é também que a decisão seja tempestiva. O pronunciamento judicial que cumpre com sua nobre missão de compor uma controvérsia intersubjetiva ou um conflito de alta relevância social [...] no momento oportuno proporciona às partes, aos interessados e aos operadores do direito grande satisfação. Mesmo aquele que sai derrotado não deve lamentar-se da pronta resposta do Judiciário, uma vez que, sob o prisma psicológico, o possível e natural inconformismo é, sem dúvida, mais tênue quando a luta processual não se prolonga durante muito tempo.

O julgamento liminar de improcedência do pedido operacionaliza-se mediante a rejeição da petição inicial, antes da estabilização da lide, dispensando-se a citação do réu. Tão-somente se procede diante de pleitos repetitivos e sua incidência fica à mercê da vontade do magistrado, isto é, trata-se de uma faculdade. No entanto, não se vislumbra qual o juiz que não adotará a técnica prevista no artigo 285-A diante do abarrotamento de processos em suas prateleiras. Relevante destacar que o artigo 285-A só é aplicável diante da total improcedência.

Desta feita, o interesse no novo dispositivo jurídico em comento situa-se na possibilidade de se evitar a dedicação desnecessária em situações jurídicas repetidas, tão comum na prática forense. O que proporcionará ao magistrado maior tranquilidade para analisar causas as quais, realmente, mereçam o dispêndio das horas do labor jurisdicional.

### **3.3 A igualdade processual**

É cediço que o princípio da igualdade ou da isonomia está expresso no caput do artigo 5º da Constituição Federal. Não obstante, a igualdade prevista constitucionalmente não deve ser interpretada como uma imposição de mesmos deveres e direitos a todos os indivíduos sem considerar suas desigualdades e particularidades, como por exemplo, entre crianças e adultos, empregado e empregador ou capazes e incapazes. Robert Alexy (2008, p. 397) leciona:

A igualização de todos, em todos os aspectos, faria com que todos quisessem fazer sempre a mesma coisa. Mas, se todos fazem a mesma coisa, somente é possível atingir um nível intelectual, cultural e econômico muito limitado. Portanto, o enunciado geral de igualdade, dirigido ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos. Por outro lado, para ter algum conteúdo, ele não pode permitir toda e qualquer diferenciação e toda e qualquer distinção. É necessário questionar se e como é possível encontrar um meio-termo entre esses dois extremos.

No âmbito do direito processual, a garantia da igualdade processual deve consubstanciar numa paridade de armas, isto é, o procedimento deve oferecer os litigantes as mesmas oportunidades e instrumentos para deduzir e alegar seus direitos e pretensões. O Código de Processo Civil enuncia em seu artigo 125, inciso I, que o juiz dirigirá o processo, competindo-lhe assegurar às partes igualdade de tratamento. No mais, analisam-se os dizeres de Paulo Henrique dos Santos Lucon (1999, p. 97):

Não há como deixar de erigir a igualdade à condição de princípio, constituindo importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. A responsabilidade por sua preservação, a

fim de que arbitrariedades não sejam cometidas, é principalmente do legislador e do juiz, responsáveis em grande parte pela criação e interpretação do direito. A cláusula garantidora da isonomia, inserida no sistema jurídico, tem por finalidade coibir abusos na elaboração e aplicação da norma. No processo, a isonomia revela-se na garantia do tratamento igualitário das partes, que deve ser vista não apenas sob o aspecto formal, mas também (e principalmente) analisada pelo prisma substancial. A paridade das partes no processo tem por fundamento o escopo social e político do direito; não basta igualdade formal, sendo relevante a igualdade técnica e econômica, pois elas também revelarão o modo de ser do processo. Enquanto a igualdade formal diz respeito à identidade de direitos e deveres estatuídos pelo ordenamento jurídico às pessoas, a igualdade material leva em consideração os casos concretos nos quais essas pessoas exercitam seus direitos e cumprem seus deveres. Ao julgador compete assegurar às partes a paridade de tratamento, cabendo-lhe observar e fazer observar a igualdade entre os iguais e a desigualdade entre os desiguais, na exata medida das desigualdades presentes no caso concreto.

Destarte, cumpre analisar a aludida paridade de armas à luz da possibilidade de incidência da rejeição liminar da petição inicial prevista no artigo 285-A do CPC. A propósito, a igualdade processual, ou a paridade de armas entre os litigantes, não significa, necessariamente, uma identidade absoluta entre prerrogativas, obrigações e instrumentos conferidos às partes dentro de um processo.

O mero tratamento desigual não agride a igualdade processual, uma vez abordada à proporção adequada da desigualdade combatida. Propugna-se, então, que eventuais diferenças no tratamento processual sejam justificáveis sob a perspectiva do desenrolar justo do procedimento, de modo a elidir um desequilíbrio demasiado ensejador de prejuízos indevidos a uma das partes.

No âmbito de incidência processual, oriunda do artigo 285-A, alega-se existir suposta limitação na atuação do autor, uma vez que as possibilidades de se estabelecer diligências probatórias já foram conferidas, no caso concreto, que culminou na adoção da sentença paradigma de total improcedência. De fato, no julgamento liminar de improcedência do pedido, não há espaço para produção de provas, posto que, aqui, a situação envolve questões unicamente de direito, não ensejando a procedência do entendimento de que o artigo 285-A configura-se uma afronta à garantia da igualdade processual. Ademais, Fredie Didier Junior (2008, p. 503) afirma:

[...] possibilidade de abreviação do procedimento deve ser utilizada com cautela e parcimônia, não só porque pode implicar restrição ao direito à prova, mas também porque, sem audiência de instrução e julgamento, podem os autos subir ao tribunal, em grau de recurso, com fraco conjunto

probatório. Como não é praxe, em órgãos colegiados, a realização de atividade de instrução probatória complementar (não obstante isso não nos pareça vedado pelo sistema, à luz do art. 130 do CPC), é possível que, diante de um processo “mal-instruído”, o tribunal resolva anular a sentença, para que se reinicie a atividade probatória – e isso não é desejável.

Desta feita, ante o que foi acima exposto, é imprescindível promover a adequação exata do caso em julgamento com a sentença paradigma. Não obstante a existência da eventual inadequabilidade em comento, não se vislumbraria qualquer agressão a igualdade processual, uma vez que o autor ainda possui o artifício de se utilizar do recurso de apelação e o juiz ainda poderia adotar um juízo de retração diante de um provimento jurisdicional precipitado, conforme previsto no parágrafo primeiro do artigo 285-A.

### **3.4 O contraditório e a ampla defesa**

Na dinâmica processual contenciosa, o autor instaura o processo, atijando a tutela jurisdicional em desfavor do réu que, em regra, será chamado a juízo mediante a citação para se manifestar. Por imposição do dever de imparcialidade, o magistrado situa-se entre as partes de forma equidistante, concedendo-lhes oportunidades semelhantes de manifestação e desenvolvendo o processo por impulso oficial.

Verifica-se, então, que o contraditório e ampla defesa consubstanciam-se em uma garantia imprescindível, no que toca ao fato de proporcionar aos litigantes possibilidades isonômicas e amplas de manifestação probatória necessária à formação do convencimento do juiz. O que rende a conclusão de que o contraditório e a ampla defesa situam-se intimamente relacionadas com a garantia da igualdade processual, já abordada em tópico anterior.

Ademais, Constituição Federal de 1988 enuncia dentre o rol de direitos e garantias fundamentais no inciso LV do artigo 5º, *in verbis*: “aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Acerca do assunto, Misael Montenegro Filho (2006, p. 62) afirma:

De qualquer sorte, devemos perceber que o princípio constitucional, aplicado ao processo civil, representa a garantia de que os envolvidos na lide (e não apenas as partes), com pretensão deduzida, podem se valer de todos os meios de prova (desde que não sejam ilícitas ou moralmente legítimas) para ratificar a existência do direito que sustentam, importando, ainda, na certeza de que o juiz deve dispensar tratamento isonômico às partes em litígio, não podendo deferir a produção de provas em favor de um dos litigantes e indeferir, sem qualquer fundamentação, em relação ao outro postulante.



A doutrina mais recente, ao abordar sobre o contraditório e a ampla defesa, menciona, ocasionalmente, o denominado princípio da cooperação. Entende-se que as partes devem se exteriorizar como colaboradores processuais, existindo um constante diálogo entre aquelas e o juiz, de modo a ensejar o melhor provimento jurisdicional solucionador do litígio. Daí a razão pela qual o próprio magistrado deve se atentar a proporcionar formas de participação dos litigantes no processo, de forma a melhor preparar a questão submetida a seu julgamento.

Destarte, no tocante ao julgamento liminar de improcedência do pedido, a garantia do contraditório e da ampla defesa constituem pontos deveras peculiares e delicados. Como já, reiteradamente, mencionado, na sistemática do artigo 285-A do CPC, possibilita-se a dispensa de citação diante de pleitos repetitivos fundados em questões unicamente de direito. Alega-se que a emissão de sentença de total improcedência antes da estabilização da lide constituiria uma mitigação e conseguinte afronta ao contraditório. O que não é plausível. Analisa-se a lição de Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 19):

O julgamento liminar, nos moldes traçados pelo art. 285-A, não agride o devido processo legal, no tocante às exigências do contraditório e ampla defesa. A previsão de um juízo de retratação e do recurso de apelação assegura ao autor, com a necessária adequação, um contraditório suficiente para o amplo debate em torno da questão de direito enfrentada e solucionada in limine litis. Do lado do réu, também, não se depara com restrições que possam se considerar incompatíveis com o contraditório e ampla defesa. Se o pedido do autor é rejeitado liminarmente e o decisório transita em julgado, nenhum prejuízo terá suportado o demandado, diante da proclamação judicial de inexistência do direito subjetivo que contra este pretendeu exercitar o demandante. Somente como vantajosa deve ser vista, para o réu, a definitiva declaração de certeza negativa pronunciada contra o autor. Se o juiz retratar sua decisão liminar, o feito terá curso normal e o réu usará livremente do direito de contestar a ação e produzir os elementos de defesa de que dispuser, dentro do procedimento completo por que tramitará a causa. Se a hipótese for de manutenção da sentença, ao réu será assegurada a participação no contraditório por meio das contra-razões da apelação. De qualquer maneira, portanto, ambas as partes disporão de condições para exercer o contraditório, mesmo tendo sido a causa submetida a uma sentença prolatada antes da citação do demandado.

O mecanismo jurídico previsto no artigo 285-A só possui incidência legítima quando houver a total rejeição do pleito autoral. Não existe situação mais benéfica ao demandado. Nesse sentido, afirma Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2009, p. 32): "... o juiz já sabe de antemão que o pedido será julgado improcedente, o que não depende

de nenhuma alegação do réu, nem de qualquer prova. Não se justificaria que o processo prosseguisse, quando já se sabe qual será o resultado.”

No mais, eventual interposição do recurso de apelação rende ensejo a citação para contra-razoar, configurando uma racional e necessária postergação da manifestação do réu, em prol da própria instrumentalidade processual. Faculta-se, ainda, ao juiz a retratação de seu posicionamento, uma vez considerando a inadequabilidade da sentença paradigma com o caso ora sujeito a sua apreciação, consubstanciando mais um esforço assecuratório do desenrolar devido e justo do processo.

### 3.5 A motivação das decisões

Consagrada, constitucionalmente, no inciso IX do artigo 93, a motivação das decisões enuncia que todas as decisões oriundas do Poder Judiciário hão de ser devidamente fundamentadas, sob pena de nulidade. O que reflete uma espécie de controle popular sobre o exercício da função jurisdicional. O artigo 458, inciso II do Código de Processo Civil delimita, como requisito das sentenças, os fundamentos fáticos e jurídicos em que alicerçaram o magistrado no seu convencimento. Afirma o artigo 165 do mesmo compêndio legal que, não obstante de modo conciso, as decisões interlocutórias também devem ser fundamentadas. No mais, Nelson Nery Junior (2004, p. 218) afirma:

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram “substancialmente” fundamentadas as decisões que afirmam que “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido”. Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação. De todo modo é fundamentada a decisão que se reporta a parecer jurídico constante dos autos, ou às alegações das partes, desde que nessas manifestações haja exteriorização de valores sobre as provas e questões submetidas ao julgamento do juiz. Assim, se o juiz na sentença diz acolher o pedido “adotando as razões do parecer do Ministério Público”, está fundamentada a referida decisão, se no parecer do Parquet houver fundamentação dialética sobre a matéria objeto da decisão do magistrado.

Destarte, observa-se que a motivação das decisões exterioriza-se como manifestação do Estado Democrático de Direito, tratando-se, por conseguinte, de elemento de ordem pública, conquanto que também relacionada com os interesses particulares dos litigantes. Daí a razão pela qual o direito processual civil brasileiro não admitir decisões desleixadas, no que toca a resoluções detalhadas das questões do caso concreto em julgamento.

Registre-se que os argumentos e teses adotadas devem, expressamente, abordar todas as questões trazidas a julgamento pelos sujeitos do processo. Tanto que o Superior de Tribunal de Justiça já emitiu o entendimento mediante a consolidação da Súmula nº 211, permitindo a interposição do recurso de embargos de declaração para suprir omissão atinente a eventual não apreciação de questão.

Ademais, o cerne da relevância do estudo sobre a motivação das decisões relacionadas com o julgamento liminar de improcedência do pedido reside na adequabilidade da reprodução do teor da sentença paradigma. Nos moldes operacionais do artigo 285-A, ocasionalmente, o magistrado pode se deparar com certa dificuldade em enquadrar o caso ora em julgamento com a sentença que proferiu resolução de outras questões, ainda que juridicamente semelhantes.

Ao se utilizar a sentença paradigma de rejeição liminar do pleito autoral, o juiz há de, devidamente, fundamentar sua incidência, conforme a regra geral consagrada constitucionalmente. Alexandre Freitas Câmara (2007, p. 59) comenta:

O juiz que se limita a repetir fórmulas e textos legais, achando que assim fundamenta suas decisões, é um mau juiz, que com toda certeza proferiu tal decisão com parcialidade [...] A decisão mal fundamentada é equiparável à não-fundamentada no que se refere à sua legitimidade constitucional, sendo assim tão eivada de nulidade quanto esta. Isso porque, tanto quanto a decisão não-fundamentada, a decisão mal fundamentada impede a adequada fundamentação do recurso que a parte eventualmente queria interpor, além de ser inadequada para permitir a verificação da legitimidade da atuação do juiz, tornando impossível o controle difuso da atividade jurisdicional. Assim sendo, tais decisões devem também ser consideradas nulas.

Deve-se enunciar que a sentença *prima facie* de total de improcedência, igualmente, como qualquer outra sentença, possuirá relatório, fundamentação e dispositivo. Daí a razão pela qual a reprodução do teor da sentença anteriormente prolatada, conforme os dizeres do artigo 285-A, não significa a simples cópia da sentença paradigma. Esta será utilizada pelo juiz como elemento de fundamentação do caso repetitivo. Registre-se ainda, que o paradigma judicial, como já comentado em capítulo anterior, deve encontrar respaldo no entendimento dominante dos tribunais superiores. Muito embora a lei não se manifesta nesse sentido, entende-se ser esta a melhor interpretação de modo a proporcionar maior efetividade processual.

Ademais, considerando que se trata de pleitos repetitivos, o magistrado há de demonstrar a consolidação de seu entendimento, uma vez que se pressupõe a apreciação reiterada da matéria jurídica ora, novamente, em análise. Trata-se, então, de verdadeiro precedente judicial de primeiro grau com eficácia interna, cujo acatamento é meramente facultativo.

#### **4 Conclusão**

Ao longo da evolução das relações sociais, observa-se que os homens

abdicaram de certas liberdades e prerrogativas, de modo a propiciar a criação de uma entidade incorporada capaz de conter os ímpetus individualistas em prol da coletividade. A aludida entidade consubstancia-se no atual denominado Estado, órgão soberano suficiente para assegurar o cumprimento das normas jurídicas.

Em suma, insurgindo-se determinado conflito de interesses no mundo fático, ao invés de obter-se soluções parciais mediante critérios próprios dos litigantes, o Direito impõe que seja convocado o Estado-juiz, suficientemente capaz de pacificar a querela de forma legítima. Este afirmará a vontade do ordenamento jurídico para o caso concreto e, ante a eventual desobediência, imporá que os fatos realmente coincidam com a vontade legal.

Destarte, à função estatal de pacificação de litígios, concede-se o nome de jurisdição. Enquanto esta se manifestar como forma de eliminação de conflitos de interesses de natureza não penal nem especial, atribui-se ao direito processual civil a competência para regulamentar tal atividade jurisdicional, enunciando princípios e trilhando procedimentos.

No entanto, principalmente nos últimos anos, a legislação processual civil brasileira constitui alvo de diversas reformas, especialmente no que concerne a aspectos ensejadores da dinamicidade e otimização dos ritos procedimentais. As mutações dos compêndios legais objetivam solucionar a manifesta insatisfação dos jurisdicionados ante a incômoda ineficácia jurisdicional dos órgãos judiciais.

O Poder Judiciário aparenta ser incapaz de arcar com o contingente de ações, refletindo sua hipossuficiência diante de tantas querelas, questões e divergências judiciais. Atribuído isto ao formalismo processual consubstanciado em uma burocracia demasiada, verifica-se a eminente necessidade de elaborar mecanismos de desafogamento judiciário de modo a ensejar aceleração processual. A propósito, propugna-se o processo de resultado, mobilizando o ativismo dos processualistas pátrios na veemente luta por um processo ideal.

Diante desse contexto sócio-jurídico, vigorou a Lei 11.277/06, a qual inseriu ao Código de Processo Civil o artigo 285-A, possibilitando-se a incidência do denominado julgamento liminar de improcedência do pedido. Trata-se de uma rejeição superantecipada da petição inicial, dispensando-se a citação do réu, consubstanciando em uma excepcionalidade cujas condicionantes estão claramente expressas no artigo em tela.

Sem dúvidas, a maior causa da inserção do aludido instituto jurídico reside na repetência desmesurada de causas versando sobre a mesma questão jurídica, comumente visualizada no cotidiano forense brasileiro. A intitulada tutela de massa, em que se aprecia diversos pleitos juridicamente semelhantes, embora cada ação esteja identificada por titulares de direito diversos, reflete um desnecessário dispêndio laboral, constituindo um grande empecilho à celeridade e efetividade processual.

No entanto, dentre os doutrinadores e operadores do direito processual, a rejeição liminar do pleito autoral, prevista no artigo 285-A, acarretou uma afoita preocupação, principalmente, em consideração às garantias fundamentais do processo. Bem verdade, que o artigo 285-A representa uma quebra de paradigma procedimental, em especial, no que concerne à imprescindibilidade de citação, pelo menos na tutela inicial de primeira instância. O que não deveria gerar tamanho clamor a ponto de se vislumbrar a mobilização do Conselho Federal da Ordem dos Advogados, ajuizando-se uma ação direta de inconstitucionalidade em desfavor do aludido artigo, como de

fato ocorreu.

Ademais, no tocante às garantias fundamentais do processo, deveras relevante se esclarecer que inexistente ditame tão absoluto, de forma a se evitar uma ponderação de princípios em prol de um objetivo maior, benéfico ao interesse da coletividade. Não obstante, em toda a conjuntura processual objeto deste estudo, visualiza-se a clara preponderância da razoável tempestividade, efetividade e segurança processual.

Destarte, há de se enunciar, reiteradamente, que a incidência do artigo 285-A impede pela total declaração de improcedência dos pedidos do autor, refletindo em uma faculdade à disposição do magistrado. Por conseguinte, o réu deve ser completamente beneficiado, caso contrário, haveria de se aceitar o entendimento daqueles que se manifestam em detrimento ao julgamento liminar de improcedência do pedido.

Registre-se ainda, que não há de abordar sobre suposta sentença paradigma vinculante. Os dizeres do artigo 285-A são claros ao se exteriorizar uma prerrogativa ao juiz, o qual pode ou não utilizar a técnica de rejeição liminar. Esta constitui um atributo adicional do magistrado para enfrentar o diário contingente judicial que lhe é submetido a sua apreciação.

Diante do que foi amplamente abordado ao longo deste trabalho, declara-se, por fim, a inexistência de qualquer afronta a garantias fundamentais do processo, de forma a ensejar eventual inconstitucionalidade do dispositivo processual que prevê a prerrogativa de rejeição superantecipada nos casos repetitivos. O devido processo legal, por conseguinte, o contraditório e a ampla defesa estão intactos, não se visualizando qualquer mitigação nos mesmos como, ocasionalmente, insiste-se defender. É factível enunciar que as críticas rendidas ao novel mecanismo jurídico parecem, amplamente, superadas.

Observa-se, por fim, que a aplicação da técnica de aceleração processual do artigo 285-A ensejará na redução processual nas prateleiras forense. O que poderá desencorajar aqueles que se utilizam da máquina judiciária para se submeter às repudiadas aventuras jurisdicional que tão-somente surtam efeitos negativos à sustentabilidade de um Poder Judiciário efetivo.

## 5 Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Volume 2.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, Senado, 1973.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal nº 11.277 de 07 de fevereiro de 2006**. Acresce o art. 285-A à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, Senado, 2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.695**. Relator: Ministro César Peluso.

BUENO, Cássio Scarpinella. **A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Volume 2.

\_\_\_\_\_. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Volume 1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2007. Volume 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002. Volume 1.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. Volume 1.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Volume 1.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Volume 2.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos Constitucionais do Processo** (sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais). São Paulo: Malheiros, 2002.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. *In*: TUCCI, José Rogério Cruz e. (Coordenador). **Garantias Constitucionais do Processo Civil – Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Volume 1.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Tomo IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. Volume 1.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As novas reformas do Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. (Coordenador). Garantia do Processo sem dilações indevidas. *In*: **Garantias Constitucionais do Processo Civil – Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria; Tucci, José Rogério Cruz e. **Devido Processo Legal e Tutela jurisdicional**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1993.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

## LEI MARIA DA PENHA – IMPLICAÇÕES POLÍTICAS, JURÍDICAS E SOCIAIS

**Bárbara Enrica Vieira Lovati**

*Bacharelada em Direito pela Universidade Federal do Ceará.*

### INTRODUÇÃO

Fruto da luta incansável do movimento feminista, a implantação da Lei 11.340/2006 - Lei Maria da Penha<sup>1</sup> - no Ordenamento Jurídico brasileiro, configura-se como uma conquista de importância fundamental para a busca da efetivação da igualdade entre homens e mulheres prevista no inciso I do art. 5º de nossa Constituição Federal de 1988<sup>2</sup>.

Sancionada desde o dia 07 de agosto de 2006, tendo entrado em vigor no dia 22 de setembro do mesmo ano, a Lei Maria da Penha se estabelece como o instrumento legal de que podem dispor as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar<sup>3</sup>.

A lei reflete os anseios presentes na sociedade brasileira de se pensar acerca das relações de gênero e demonstra a necessidade de se entender que tais relações são construídas sobre um poder simbólico de dominação masculina milenar, cuja triste característica tem sido a violência doméstica.

Muito se tem discutido acerca da constitucionalidade da Lei Maria da Penha, tendo os seus defensores afirmado a constitucionalidade da mesma, com esteio no § 8º do art. 226 da Constituição Federal<sup>3</sup>, onde está prevista a criação de mecanismos para coibir a violência familiar com vistas a alcançar, dentre outras metas, a igualdade proclamada no supracitado inciso I do art. 5º da CF/88.

Visando contribuir para o estudo das diversas implicações da Lei Maria da Penha, pretendemos, inicialmente, ratificar a constitucionalidade da referida lei e estabelecer sua relação com a busca de uma igualdade material entre os gêneros. Posteriormente, abordaremos as relações de gênero e poder, bem como realizaremos os estudos acerca das implicações políticas, jurídicas e sociais da mesma decorrentes.

### 1 IMPLICAÇÕES POLÍTICAS

Dentre as implicações políticas da novel lei, podemos indicar o fato de que com o advento da Lei Maria da Penha, o Brasil dá resposta à pressão exercida pelos movimentos feministas nacionais e internacionais em prol de uma política eficaz de proteção às mulheres em situação de violência doméstica.

Após haver sido condenado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) por violação ao direito fundamental da mulher, ante a ineficiência da persecução penal, no caso da tentativa de homicídio sofrida pela cidadã Maria da Penha Maia Fernandes, o Brasil se viu diante de forte pressão dos movimentos feministas nacionais e internacionais, os quais exigiam medidas eficazes no combate à violência doméstica contra a mulher no país, tendo, depois de diversos embates, deliberado o Congresso Nacional acerca da criação de uma lei específica para regular tais situações, que além de prever formas mais

severas de punição para os agressores, também dispõe acerca de Medidas Integradas de Prevenção.

Ao tipificar a violência doméstica e familiar contra a mulher como uma das formas de violação aos direitos humanos<sup>4</sup>, a Lei Maria da Penha dá cumprimento, 11 anos após ser ratificada pelo Estado brasileiro, à Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, realizada pela OEA, assim como instrumentaliza ações previstas na Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAM), da Organização das Nações Unidas (ONU).

A ONU reconheceu com a CEDAM que, apesar da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 afirmar o princípio da não-discriminação, pelo qual todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que cada pessoa pode invocar todos os direitos e todas as liberdades nela proclamados, sem distinção alguma, inclusive de sexo, infelizmente, as mulheres continuam sendo objeto de grandes discriminações e maus-tratos, sem terem plenamente reconhecida a importância de sua contribuição para o bem-estar da família e o progresso da humanidade.

### **1.1 Constitucionalidade, Igualdade Formal e Material**

Muito embora a igualdade tutelada no caput do art. 5º da CF/88 seja uma igualdade “perante a lei” e, portanto, uma igualdade formal, vale ressaltar a importância de tal isonomia ser acompanhada pela isonomia material, que, neste caso, se busca alcançar através de mecanismos que visem nivelar as profundas desigualdades existentes entre o tratamento dado a homens e o dado a mulheres.

Infere-se do conteúdo do inciso I do art. 5º da CF/88, que a igualdade, em tal inciso tutelada, pretende-se material, vez que “[...] mais relevante ainda é que não se trata aí de mera isonomia formal. Não é igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações”.<sup>5</sup>

Sendo toda ação voltada para a emancipação feminina plenamente constitucional, vez que ao tratar de forma desigual os desiguais busca-se o mínimo de equidade que deve existir em uma democracia. São admitidas, portanto, ações que beneficiem mulheres em situação de hipossuficiência até o limite em que tais ações nivelam, materialmente, homens e mulheres. Alexandre de Moraes participa de tal entendimento, in verbis:

A correta interpretação desse dispositivo [art.5º, I, CF/88] torna inaceitável a utilização do *discrimen* sexo, sempre que o mesmo seja eleito com o propósito de desnivelar materialmente o homem da mulher; aceitando-o, porém quando a finalidade pretendida for atenuar os desníveis.<sup>6</sup>

Ocorre que, ao estabelecer apenas a mulher vítima da violência doméstica como seu sujeito passivo, a Lei Maria da Penha estaria, segundo seus opositores, criando um privilégio injustificado e estabelecendo uma desigualdade inconstitucional entre homens e mulheres. Tal posicionamento, conforme maior parte da doutrina, não é válido, vez que na própria Constituição Federal se fazem diversas diferenciações



entre homens e mulheres<sup>7</sup>.

Pode-se considerar, ainda a favor da referida lei, o fundamento e fim último de nosso Estado Democrático, a dignidade da pessoa humana, disposto no art. 3º, inciso III, da CF/88<sup>8</sup>.

Na medida em que as mulheres conquistaram o status de detentoras de direitos (à educação, ao trabalho, à saúde), as agressões antes legitimadas por uma suposta “defesa da honra” masculina passaram a ser vistas como formas de aviltamento à dignidade humana feminina, merecedoras de um espaço público de denúncia.

## 1.2. Relações de Gênero e Poder

Com a conquista da condição de cidadã e não mais vista como mero apêndice da figura masculina, passou, a mulher, a ser sujeito de uma nova honra.

Se antes sua honra consistia na virgindade e, posteriormente a esta, na fidelidade conjugal, atualmente, a honra feminina consiste, sobretudo, na sua emancipação, seja econômica, emocional ou social e na sua conquista de liberdade de escolha dos próprios caminhos. E qualquer conduta no sentido de tolher essa sua capacidade de autodeterminação configura-se como afronta à sua dignidade tão arduamente conquistada.

A violência contra a mulher, ocorrida no âmbito doméstico e familiar, configura-se como extremamente aviltante, na medida em que a mulher é agredida dentro de seu próprio lar, ou ainda fora dele, mas, justamente, por quem deveria amá-la e respeitá-la, sendo a violência, ocorrente nas relações familiares, a que interessa à Lei Maria da Penha e não qualquer violência meramente baseada no gênero, o que é exposto no art. 5º, incisos I a III, da lei em tela<sup>9</sup>.

Importa ressaltar, destarte, o quanto é vergonhoso para uma mulher assumir que é agredida por seu próprio marido ou companheiro, no qual depositou esperanças e sonhos de uma vida em comum. O quanto é difícil reconhecer o fracasso de um relacionamento que, inicialmente, baseado no afeto e na confiança, tornou-se fonte de dor e medo.

Destarte, resta patente que, não é só o fato de ser agredida física ou moralmente o que mais dói na mulher vítima de violência doméstica e familiar. Dói-lhe, sobremaneira, o fato de ser agredida por seu companheiro, marido, filho, irmão ou qualquer outra figura masculina próxima, a qual dispunha de sua confiança.

Assim, percebe-se o quanto foi longo o caminho trilhado para trazer para o espaço público o que se tinha como problema familiar e, portanto, privado, que deveria ser resolvido em casa. Longo foi o percurso de conscientização de mulheres as quais, no decorrer de gerações, submeteram-se ao silêncio ante violências praticadas, em geral, por seus maridos ou companheiros.

Denunciar as práticas de violência doméstica, por sua vez, pressupõe a existência de espaços seguros, onde a vítima possa declarar seu sofrimento, amparada pela certeza de que algo será feito em seu favor.

Nessa esteira, a Lei Maria da Penha vem dar maior consistência às ações promovidas pelo Poder Público, no intuito de combater a violência doméstica e familiar contra a mulher, como forma de coibir a violência no âmbito das relações familiares, consoante disposto no art. 226, § 8º, da Carta Magna de nossa República.

## 2 IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

No que concerne às implicações jurídicas, são várias as mudanças trazidas pela Lei Maria da Penha ao Ordenamento Jurídico brasileiro, no intuito de tornar mais eficazes os mecanismos de controle e punição da violência doméstica contra a mulher.

Interessante notar que, ainda antes da vigência da referida lei, já haviam sido disponibilizados mecanismos na legislação brasileira para tornar mais severa a punição dos agressores domésticos, bem como já se desenvolviam trabalhos voltados para a proteção de mulheres em situação de violência doméstica, como atestam os Conselhos Estaduais e Municipais de Combate à Violência contra a Mulher e a própria criação de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DDMs).

Há diversos antecedentes legislativos visando ao combate à violência doméstica. O primeiro, ocorreu em 2002, através da Lei nº 10.455/02, que acrescentou ao parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099/95 a previsão de uma medida cautelar, de natureza penal, consistente no afastamento do agressor do lar conjugal na hipótese de violência doméstica, a ser decretada pelo Juiz do Juizado Especial Criminal.

Outro antecedente ocorreu em 2004, com a Lei nº 10.886/04, que acrescentou ao art. 129 do Código Penal um subtipo de lesão corporal, constante nos parágrafos 9º e 10, que disciplinam a violência praticada no âmbito das relações familiares, aumentando a pena mínima de 3 (três) para 6 (seis) meses.

Logo, o que se tem é um conceito de violência doméstica genérico, abrangendo de forma ampla os integrantes do círculo familiar e não especificamente a mulher, muito embora seja esta a vítima em grande parte dos casos de violência doméstica.

Caberá à Lei Maria da Penha priorizar os casos de violência doméstica contra mulheres, de forma, já vista, plenamente constitucional. Percebemos, assim, que nem todo caso de violência doméstica tem como vítima a mulher e, por sua vez, nem toda violência contra a mulher é decorrente de violência doméstica.

Ocorre que, apesar da existência de dispositivos legais anteriores à Lei Maria da Penha para coibir a violência doméstica, estes eram encontrados de forma esparsa no ordenamento jurídico brasileiro, tidos como agravante genérica dos delitos (art. 61, II, e, do CP), como medida cautelar constante no parágrafo único do art. 69 da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), ou mesmo como circunstância qualificadora na parte especial do Código Penal, como no art. 129, §§ 9º e 10, no qual era cominada pena de 6 meses a 1 ano de detenção para os agressores domésticos, segundo dispunha a citada Lei 10.886, de 2004.

Apesar da existência de tais antecedentes legais, nenhum destes foi capaz de diminuir as assombrosas estatísticas com relação aos crimes de violência doméstica. Tais dispositivos não abrangiam a totalidade das situações de violência doméstica vivenciadas pelas mulheres, assim como se mostravam pouco eficazes, face à possibilidade de punição do infrator com a prestação de penas pecuniárias, haja vista que os casos, ao serem elencados dentro dos crimes de menor potencial ofensivo, eram julgados em Juizados Especiais Criminais, o que proporcionava ao agressor a oportunidade de dispor dos institutos despenalizadores constantes na Lei nº 9.099/95.

## **2.1. Alteração de circunstância agravante**

A Lei Maria da Penha alterou, segundo dispõe seu art. 43, a circunstância agravante genérica constante na alínea f do inciso II do art. 61 do Código Penal, que, destarte, contém o conceito de “violência contra a mulher na forma da lei específica.”<sup>10</sup>

De tal forma, fica prevista, na parte geral do Código Penal, a violência doméstica contra a mulher como circunstância agravante, conforme venha a dispor a Lei Maria da Penha, vez que, da redação anterior da referida alínea podia-se depreender como agravante apenas os crimes cometidos com abuso de autoridade ou prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.

## **2.2 Aumento da pena do crime de lesão corporal decorrente de violência doméstica**

Com as alterações promovidas pela Lei 11.340/06 no art. 129, §§ 9º e 11, do Código Penal, que, destarte, prevê a pena de três meses a três anos de detenção para os agressores domésticos, vê-se que o crime de lesão corporal decorrente de violência doméstica não mais pertence à categoria dos crimes de menor potencial ofensivo<sup>11</sup>, sendo retirada a competência para julgamento de tal crime dos Juizados Especiais Criminais.

Com o aumento da pena máxima de um para três anos de detenção, passou o crime de lesão corporal resultante de violência doméstica a extrapolar a competência dos Juizados Especiais Criminais, tendo a Lei Maria da Penha disposto acerca da criação dos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM) para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher com vistas a acelerar os processos.

Tem-se ainda, com as alterações promovidas no art. 129, a previsão da circunstância majorante constante no §11, segundo o qual, na hipótese do §9º do citado artigo, a pena será aumentada de um terço, se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.

Interessante perceber que, se antes da vigência da Lei Maria da Penha, a pena mínima do crime de lesão corporal decorrente de violência doméstica era de seis meses, com o advento da nova Lei, passou o crime em tela a ter, como mínima, a pena de três meses, o que poderia parecer algo controverso com a finalidade da Lei, pois pelo sistema trifásico de aplicação da pena, temos que o juiz tende a aplicar a pena mínima cominada. Logo, se a pena mínima foi reduzida, poderia de pensar que a punição tornou-se menos severa. Contudo, um exame mais apurado irá demonstrar que, se antes, havia a substituição da pena privativa de liberdade pela pena de multa, tal substituição não é mais possível, restando ao agressor cumprir a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, se aquela for fixada em quantidade inferior a 1 (um) ano<sup>12</sup>.

## **2.3 Proibição de prestação de penas pecuniárias**

Preconiza a nova Lei<sup>13</sup> que fica proibida a aplicação de penas pecuniárias como punição aos crimes decorrentes de violência doméstica, prática comum antes da nova lei, cujos casos eram julgados nos Juizados Especiais Criminais e se fazia comum a substituição da pena de detenção, que podia variar de seis meses a um ano,

por penas alternativas, como o pagamento de multas ou cestas básicas.

Não vedou a Lei Maria da Penha, no entanto, se cabível, a aplicação das outras penas restritivas de direitos que, se descumpridas, são passíveis de conversão em prisão, ex vi do art. 44, § 4º, do Código Penal<sup>14</sup>.

Quis a lei, com isto, que o réu acusado da prática de qualquer crime resultante de violência doméstica e familiar contra a mulher, independente da pena cominada, seja, na hipótese de condenação, apenado com pena que, ainda que venha a ser substituída por pena restritiva de direitos, possa, em caso de descumprimento injustificado, ser convertida em prisão, de modo que o apenado se sinta afligido com a sanção penal imposta e, deste modo, se demova da ideia de persistir na prática de crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher.

#### **2.4 Possibilidade de prisão preventiva para o agressor**

Por força do art. 42, da lei ora comentada, acrescentou-se o inciso IV ao art. 313 do Código de Processo Penal, que passou a admitir como condição de admissibilidade o fato do crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher.<sup>15</sup>

A Lei Maria da Penha trouxe, no seu artigo 20, a possibilidade de que, tanto no inquérito policial quanto na instrução criminal, seja decretada pelo juiz a prisão preventiva do agressor, fazendo-o de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da própria autoridade policial.

#### **2.5 Modificação na Lei de Execuções Penais**

Já o parágrafo único do art. 152 da Lei nº. 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), passou a dispor que “[...] nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.” Tal modificação tem nítido caráter psicossocial e visa atender à demanda no direito penal brasileiro por medidas sócio-educativas e não meramente carcerárias, uma vez que, é sabido serem os resultados obtidos com as segundas, de muito pouca eficácia quando comparados aos resultados obtidos com as primeiras.

Tal medida é positiva no sentido de fazer com que o agressor passe a ter uma clara noção de que a sua conduta é nociva à sociedade, à sua família, à sua companheira e a si próprio.

#### **2.6 Criação dos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.**

A Lei Maria da Penha prevê a criação e implementação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM), que terão competência para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Fica assim revogada a competência dos Juizados Especiais Criminais, face a sua ineficiência no combate à violência doméstica. Os JVDFMs disporão ainda, de competência cível delegada, vez que serão responsáveis pela parte cível das questões que envolverem violência doméstica, como

a determinação de pensões alimentícias, a revogação de procuração outorgada ao agressor e anulação de venda de bens comuns.

Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM) poderão contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, integrando profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde.

Importa ressaltar que, a competência dos JVDFM não compreende apenas o crime de lesão corporal resultante de violência doméstica (que teve sua pena aumentada), abrange também, outros crimes aos quais o Código Penal continua cominando penas não superiores a dois anos e que, portanto, deveriam ser de competência dos Juizados Especiais Criminais.

Ocorre que, em virtude do exposto no art. 41, da Lei Maria da Penha<sup>16</sup>, tem-se que muito embora a pena cominada ao crime seja inferior ou igual a dois anos a competência para o processo, o julgamento e a execução das causas será da competência dos JVDFM, desde que tais crimes sejam decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Em face do exposto, vê-se a relevância que o quesito “violência doméstica e familiar contra a mulher” assume, derogando até mesmo a competência dos Juizados Especiais Criminais e instituindo juizados próprios, exclusivamente voltados para as lides que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher.

## **2.7 Concessão das Medidas Protetivas de Urgência**

Compete aos juízes a concessão das Medidas Protetivas de Urgência, que, segundo dispõe o § 1º do art. 19 da lei, “poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida”, não havendo necessidade, no último caso, de ser o pedido subscrito por advogado, e independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público.

O pedido da ofendida será tomado a termo pela Autoridade Policial, que deverá: “remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência” (art. 12, III).

Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, também no prazo de 48 (quarenta e oito) horas (art. 18), deliberar acerca do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência a serem adotadas, além de comunicar a decisão ao Ministério Público para que este adote as providências cabíveis.

As medidas serão aplicadas isolada ou cumulativamente, podendo ser ainda substituídas ou revistas a qualquer tempo, se conveniente ao caso. Podem variar de Medidas Protetivas de Urgência que Obrigam o Agressor a Medidas Protetivas de Urgência à Ofendida. Dentre as primeiras constam:

Art. 22 [...]

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

- a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
  - b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
  - c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
- IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
- V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Na prática, torna-se bastante difícil a fiscalização do cumprimento de tais medidas protetivas, sendo que sua inobservância importa em crime de desobediência e pode ensejar a decretação de prisão preventiva, cabendo à vítima ou aos protegidos pelas medidas fazerem chegar ao conhecimento das autoridades tal descumprimento.

## **2.8 Renúncia à representação somente em Juízo**

Importante lembrar o que dispõe a Lei 11.340/06 acerca da possibilidade da ofendida somente renunciar à representação (na verdade, retratar-se da representação já feita), nas ações penais públicas a esta condicionadas, perante o juiz, em audiência especial para tanto, antes do recebimento da denúncia e ouvido o MP, segundo dispõe o art. 16 da Lei Maria da Penha<sup>17</sup>. Ocorre que, antes da nova Lei, tal renúncia poderia se dar ainda perante a Autoridade Policial, o que gerava toda uma série de idas e vindas às Delegacias, onde a maioria das vítimas dava início a procedimentos policiais que acabavam por não ter andamento, face à retomada da vida conjugal por parte das vítimas com seus respectivos agressores.

Diante da impossibilidade de renúncia à representação durante a fase inquisitorial, tornou-se diverso o tratamento dado pelas DDMs à vítima de violência doméstica, vez que esta é, inicialmente, cientificada de que uma vez instaurado o Inquérito Policial não poderá mais voltar atrás em sua decisão, ficando certa a remessa dos autos policiais às Varas Criminais, enquanto não são estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

## **2.9 Comunicação à vítima acerca dos atos processuais**

De acordo com o art. 21, caput, da lei, a vítima deve ser comunicada de todos os atos processuais, especialmente, sobre o ingresso e saída do agressor de estabelecimento prisional. Com esta alteração, a vítima passa a ser partícipe do processo e destinatária de toda a atuação estatal. A comunicação à vítima das decisões tomadas visa diminuir a sensação de impunidade, pois, eventualmente, a justiça aplicava uma sanção e como a vítima não era comunicada ficava com a sensação de que nada fora realizado.

## 2.10 Proibição de entrega de intimações ou notificações

Com a nova lei, fica vedado que a vítima entregue intimações ou notificações ao agressor, segundo disposto no parágrafo único do art. 21<sup>18</sup>. Como ambos, normalmente, estão residindo juntos, o oficial de justiça deverá entregar a comunicação processual pessoalmente ao agressor. Este dispositivo também possui aplicação na fase das investigações, pois era comum a vítima registrar a ocorrência e a autoridade policial solicitar que ela mesma entregasse a notificação de comparecimento ao agressor, o que gerava novas agressões.

## 3 IMPLICAÇÕES SOCIAIS

Muitas são as implicações da Lei Maria da Penha no que tange ao aspecto social. As mudanças são amplamente sentidas, já que a agredida não é mais obrigada a conviver com a banalização da violência perpetrada pela falta de um controle rígido das infrações penais cometidas pelo agressor.

Segundo a titular da DDM de Fortaleza<sup>19</sup>, a violência doméstica contra mulheres segue um caminho de ações em cadeia, no qual, primeiro, a vítima é alvo de injúria e ameaças. Posteriormente, sofre lesões corporais leves, até o ponto em que as lesões tornam-se mais graves e a mulher passa até mesmo a correr risco de vida.

### 3.1 Aumento do número de denúncias

Quando um agressor doméstico é preso em flagrante ou em decorrência de decretação de prisão preventiva, ou mesmo quando é encaminhado à programa de reeducação e ressocialização, não é apenas a ele que é imputada medida cautelar ou pena, é também ao machismo reinante na sociedade brasileira que se impõe sanções penais, de modo que este é rechaçado a cada decisão judicial que favorece uma mulher vítima de violência doméstica.

Percebe-se, em geral, que as mulheres sentem-se mais seguras em procurar a Delegacia para obter informações sobre a lei e denunciar seus agressores. Contudo, quando vislumbram a possibilidade de punições mais rígidas, desestimulam-se em denunciar seus agressores ou mesmo desistem de registrar a queixa. Tal fato ocorre, sobretudo, quando o companheiro ou esposo é o principal, quando não o único, provedor da família, e o medo de sua prisão e condenação a uma pena privativa de liberdade acaba por contribuir para a impunidade.

### 3.2 Medidas Reeducativas

O modelo de reparação social que prevê a possibilidade de reeducação e ressocialização do agressor configura-se como uma solução não carcerária para o agressor, significando, sobretudo, a busca pelo equilíbrio e harmonia da relação familiar rompida, através de tratamento com profissionais especializados no aspecto psicológico tanto da vítima como do agressor.

Segundo dispõe o novo conteúdo do parágrafo único do art. 152 da Lei de Execuções Penais, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação, que visam, sobretudo, ajudar homens com

problemas de alcoolismo e envolvidos com o uso de drogas, que mostram-se como os principais elementos responsáveis pela desestruturação do vínculo familiar.

Os adeptos da teoria tradicional do direito penal vão repelir a aplicabilidade de tal justiça restaurativa, mas há de se atentar para o fato de que a maioria das mulheres, ao registrar denúncias de violência doméstica, na realidade, deseja, apenas, poder conviver em paz com seu companheiro, sem temer qualquer atitude violenta por parte deste.

## CONCLUSÃO

A exigência de criação de uma lei, em geral, reflete o fato de que algo não vai bem na sociedade. Reflete a necessidade de o Estado intervir através de sua jurisdição em situações nas quais uma formação educacional ou moral não foi suficiente.

Alguma relação que deveria se pautar na observância de regras éticas ou morais foi deturpada e já não se pode esperar das pessoas a obediência aos mesmos preceitos antes quase naturalizados sem que se faça necessária certa coerção.

No caso da Lei Maria da Penha, necessária se fez sua criação, em face da situação de desarmonia e desrespeito reinante em diversos lares brasileiros, nos quais mulheres são sujeitas a toda sorte de degradações. Se assim não fosse, não seria necessária a criação nem desta, nem de diversas outras leis que visam assegurar um mínimo de dignidade a pessoas em situação de hipossuficiência.

## Notas de Fim

<sup>1</sup> A cearense Maria da Penha Maia Fernandes tornou-se um símbolo nacional na luta contra a violência doméstica e familiar contra a mulher. No ano de 1983, foi vítima, por duas vezes, de lesões irreversíveis à sua saúde, provocadas por seu marido, que tentou assassiná-la, deixando-a paraplégica.

<sup>2</sup> Art. 5º, I - "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;"

<sup>3</sup> Art. 226, § 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."

<sup>4</sup> Art. 6º da Lei Maria da Penha.

<sup>5</sup> SILVA, 1999, p. 220.

<sup>6</sup> MORAES, 2000, p. 65

<sup>7</sup> Art. 7º, XVIII e XIX, art. 40, § 1º, art. 143, §§ 1º e 2º e art. 201, § 7º.

<sup>8</sup> Art. 1º "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana;"

<sup>9</sup> Art. 5º "Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio



permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.”

<sup>10</sup> Art. 61 “São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

[...] II - ter o agente cometido o crime:

[...] f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica”.

<sup>11</sup> Assim considerados aqueles cuja pena máxima não é superior a dois anos. (Art. 61 da Lei 9.099/95).

<sup>12</sup> Art. 54 “As penas restritivas de direitos são aplicáveis, independentemente de cominação na parte especial, em substituição à pena privativa de liberdade, fixada em quantidade inferior a 1 (um) ano, ou nos crimes culposos.”

<sup>13</sup> Art. 17 “É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa”.

<sup>14</sup> Art. 44, § 4o “A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.”

<sup>15</sup> Art. 313 “Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

[...] IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”.

<sup>16</sup> Art. 41 “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995.”

<sup>17</sup> Art. 16 “Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.”

<sup>18</sup> Art. 21 Parágrafo único. “A ofendida não poderá entregar intimação ou notificação ao agressor.”

<sup>19</sup> BARREIRA, Irllys; ALMEIDA, Rosemary, 2007, p. 212.

**REFERÊNCIAS**

BARREIRA, Irllys; ALMEIDA, Rosemary. Violência contra mulheres: visibilidade e silêncio. **O Povo**, Fortaleza, 29 out. 2007. Segurança, Violência e Direitos, p 210-223.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**. 8. ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira S.A., 1992, vol.1.

BOURDIEU, P. **A Dominação Masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BRASIL. **Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Brasília, DF: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, Presidência da República. 2006.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência doméstica**. Análise da Lei “Maria da Penha”, nº. 11.340/06. Bahia: Podivm, 2007.

DIAS, Maria Berenice. A violência doméstica na Justiça . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1178, 22 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8959>>. Acesso em: 12 dez. 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Lei Maria da Penha e suas inconstitucionalidades. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1507, 17 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10291>>. Acesso em: 12 dez. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

## USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

**José Lopes de Sousa Júnior**

*Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR;  
servidor efetivo do Ministério Público do Trabalho/PRT 7ª Região;  
pós-graduando em Direito Processual – Grandes  
Transformações pela UNISUL/LFG.*

### RESUMO

Esse artigo aborda a usucapião especial urbana, dando enfoque à função social. Foram abordados requisitos gerais, além dos requisitos específicos para aquisição da propriedade imóvel pela via da prescrição aquisitiva. O advento da Lei 10.257/2001, Estatuto da Cidade, regulamentando os Arts. 182 e 183 da Constituição Federal, evidenciou sua notória função social. O Estatuto da Cidade busca a melhor distribuição do espaço urbano, através de política urbana adequada, além da participação efetiva da sociedade, através do plano diretor participativo dos municípios. Em suma, procurou-se demonstrar a importância da usucapião especial urbana, consubstanciado no direito de moradia.

### INTRODUÇÃO

A modalidade de usucapião, objeto desse artigo, é mais conhecida como especial urbana, constitucional ou ainda pro habitatione, vem regulada na Carta Magna brasileira de 1988, em seu art. 183, §§ 1º ao 3º e pelo Código Civil vigente, em seu art. 1240, §§ 1º e 2º, sendo regulamentada de forma mais amigável, pela Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, conhecida como Estatuto da Cidade, em seus arts. 9º ao 12.

A usucapião especial urbana apresenta como requisitos a posse ininterrupta e pacífica, exercida como dono, o decurso do prazo de cinco anos, a dimensão da área (250 m<sup>2</sup> para a modalidade individual e área superior a esta, na forma coletiva), a moradia e o fato de não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Diferentemente do Código Civil pretérito, o vigente passou a dispor sobre a prescrição aquisitiva especial urbana e como já dito antes, o Estatuto da Cidade veio regulamentar o texto constitucional e nessa regulamentação, os legitimados a usucapir são o possuidor individualmente ou em litisconsórcio, os possuidores em comosse e até a associação de moradores regularmente constituída, na qualidade de substituto processual.

O instituto da usucapião tem sua origem em Roma, na Lei das XII Tábuas, como resultado da fusão de outros dois, a usucapio e a longi temporis praescriptio, o qual tem como sentido, a aquisição da propriedade pela posse de um bem, durante um certo tempo previsto em lei. Desta maneira, verifica-se que a usucapião presta relevante papel social, desde essa época, chamando atenção que a modalidade especial urbana, como uma das formas mais recentes, contribui de forma incontestável o seu papel social, sendo esta a razão da pesquisa.

Diante dessas circunstâncias sociais, é inegável o alcance da usucapião especial urbana, seja individual ou coletiva, uma vez que implementa o sonho da moradia, concretiza-o, tendo na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto

da Cidade, a base legal de sua utilização, inserido numa política urbana voltada a uma melhor utilização do espaço urbano.

Sacramenta-se o alcance do direito de propriedade pelo possuidor, quando este a consegue pela via da usucapião, com o proferimento da sentença pelo Poder Judiciário, através de um Juiz competente, ou seja, da autoridade judicial que responda pela comarca onde esteja situado o imóvel e de posse da sentença, esta deve ser registrada no ofício da circunscrição do imóvel, para assim, sacramentar o domínio. Movimenta-se, com isso, tanto o direito subjetivo, quanto o processual.

Diante do enfoque introdutório, o objetivo da pesquisa é analisar a usucapião especial urbana, como instrumento materializador da função social da propriedade, abordando os seus requisitos, relatando as inovações introduzidas pelo Estatuto da Cidade, comparando suas modalidades (individual e coletiva), indicando quais bens podem ou quais não podem ser usucapidos, verificando os aspectos registraes, consoante o Direito Imobiliário e demonstrando a importância social da mesma, como pacificadora da sociedade.

## 1 DIREITO DE PROPRIEDADE

A expressão propriedade é originária da língua latina, havendo dúvida se deriva de *proprietas* (*propius*) que significa pertencer a uma pessoa, seja bem corpóreo ou incorpóreo ou de *domare* (*dominus*) que corresponde a domínio. No Brasil, propriedade e domínio são usados como sinônimos.

É um direito real que se consubstancia no fato de uma pessoa ser titular de direitos e obrigações sobre uma coisa, que pode ser móvel ou imóvel, cuja titularidade confere o direito de usar, gozar e dispor dessa coisa, assim como reivindicá-la quando preciso, exercendo o seu direito de sequela, ou seja, quando alguém detiver ou a reter de uma forma injusta, poderá reavê-la.

Para melhor compreensão Sílvio Rodrigues cita a definição de Lafayette, o qual afirma que domínio (propriedade) “é o direito real que vincula e legalmente submete ao poder absoluto de nossa vontade a coisa corpórea, na sua substância, acidentes e acessórios”.<sup>1</sup>

Dessa definição, alguns pontos básicos devem ser abordados, tais como o *jus utendi*, que é o direito de usar a coisa de acordo com a vontade do proprietário, de modo não abusivo, o *jus fruendi*, que é o direito de fruir, de ter a possibilidade de explorar economicamente a coisa, colhendo os frutos advindos e o *jus abutendi* que é o direito de dispor, utilizá-la da maneira que aprouver, desde que não a faça de modo indevido ou de maneira abusiva, já que há a condicionante do Art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal, que é o fato da propriedade atender a sua função social.

Aliás, só a pessoa que possui o *jus abutendi* é quem pode ser reconhecida como proprietária da coisa, já que é um direito que abrange os outros dois, pois uma pessoa pode estar usando uma coisa que não lhe pertence.

### 1.1 Histórico

O direito de propriedade remonta a uma época anterior ao Direito Romano, ainda nas sociedades primitivas, porém só era praticado em relação aos bens móveis, já que o solo era uma universalidade pertencente a todos os membros das tribos, sem

dominação por parte de uma pessoa específica, como hodiernamente.

Como nos tempos primitivos, a vida tribal era pautada pela socialização dos recursos, dividindo-se tudo que era conquistado. Não se justificava o exclusivismo da propriedade, pois a cultura do solo e a criação de animais eram voltadas aos anseios da comunidade, satisfazendo suas necessidades e, quando as condições vitais chegavam a perecer, havia a mudança para locais que a facilitassem. Contudo, na Babilônia e na Índia, a propriedade privada era protegida, já que o pastor de animais deveria ter a autorização do proprietário da terra, para que seus animais pudessem pastar, sob pena de ter que pagar uma indenização.

Já em Roma, a propriedade ganha contornos legais, sendo legiferada na Lei das XII Tábuas e esse direito era consubstanciado no fato de o cidadão receber a terra para cultivá-la, exercendo uma propriedade temporária, como um arrendamento, embora após a colheita a mesma voltasse para a coletividade, era o *dominium ex jure quiritium*, ou seja, a propriedade seria adquirida quando atendidas certas condições. Com este precedente, ao longo dos tempos, a mesma terra foi sendo destinada às mesmas pessoas, observando-se uma espécie de vínculo entre ambos, já que havia a construção de casas por esses indivíduos, construindo moradia para sua família e seus escravos, consagrando o direito de propriedade romano. A propriedade imóvel era um importante divisor das classes sociais, cabendo aos patrícios, romanos abastados, o seu domínio, enquanto a plebe nada possuía. Com o passar do tempo e o crescimento da plebe romana, essa classe social auferiu alguns direitos, através dos tribunos da plebe, magistratura de defesa dos plebeus, que acabou por conseguir uma reforma agrária (Leis Licínias), distribuindo a terra entre essa casta social, o que ficou conhecida como propriedade bonitária, atrelada ao *jus gentium*, ou seja, o direito das gentes (plebeus).

Diante do exposto, a Lei das XII Tábuas consagra o *jus utendi, fruendi et abutendi*, contudo, devido ao passar dos tempos e da evolução do Direito Romano, o domínio de forma absoluta sobre a gleba, antes ilimitado, passou a conviver com o seu uso nocivo e a correlata reprimenda, assim como o *Digesto* teceu comentários acerca do direito de vizinhança.

Nesse período, a propriedade tinha marcas profundas da religiosidade, pois o lar era destinado a um deus, que o protegia, assim como toda a família, ficando patente o cunho sagrado da moradia.

Por sua vez, na Idade Média, que em seu início foi marcada pelos feudos, quando a terra era pertencente aos senhores feudais de forma vitalícia e perpétua, que em seu feudo tinha poderes absolutos, realizando a justiça e controlando a economia do meio que lhe aprouvesse, além do domínio da Igreja Católica, aliás, uma grande proprietária desse período, viu-se uma mudança nesse panorama, passando a terra a pertencer aos reis, ao Estado soberano, já que a propriedade estava intimamente ligada à ideia de soberania nacional. Mas, ainda nessa época histórica, a situação começa a se reverter, pois uma nova classe social surgia e com a chegada da burguesia, ávida por mais riqueza e conquista de novos mercados e, contrariando os anseios dos senhores feudais e dos reis, o fracassado Estado monárquico cede força ao liberalismo econômico e as pressões políticas burguesas, desaguando na Revolução Francesa.

Com a Revolução Francesa, o individualismo da propriedade volta à tona, estando presente no Código de Napoleão, o qual teve o condão de possibilitar ao Imperador a imposição de uma forte dominação francesa em toda a Europa. Já do

século XIX em diante, busca-se um sentido social, que propicie riqueza não só para alguns, mas para uma coletividade, equilibrando a sociedade mundial, é a função social da propriedade.

## 1.2 Direito Fundamental

O fundamento do direito de propriedade está inserido na Constituição Federal de 1988, em seu Art. 5º, incisos XXII e XXIII, e, como direito fundamental que é, ganhou e ganha cada vez mais, uma importância além fronteira do direito privado, não sendo meramente um direito individual, pois, em virtude do consequente cunho social a que está atrelado, passou a respeitar princípios gerais, como o da função social e da dignidade da pessoa humana, transformando os paradigmas da propriedade.

Assim, a Constituição disciplina o direito de propriedade como direito fundamental, deixando a cargo do Código Civil, o norteamento das relações civis referentes ao domínio, no bojo do Art. 1228, do codex retrocitado, nos seguintes termos “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

Como direito e garantia fundamental, está inserido no rol das cláusulas pétreas (Art. 60, § 4º, inciso IV da CF), que são aqueles pontos que não podem ser abolidos pela via da emenda constitucional e que dão o sustentáculo jurídico a uma nação, conferindo a segurança, seja na seara do Direito, seja no campo social. Apesar de toda essa transformação pela qual passou, o direito de propriedade continua sendo um direito líquido e certo e que não pode ser restringido de forma aleatória.

## 1.3 Princípios da Ordem Econômica e sua repercussão social

Os princípios constitucionais da ordem econômica, em grande parte influenciados pela doutrina social da Igreja Católica, estão elencados no Art.170 da CF, preconizando que a economia nacional deve ser fundada na valorização do trabalho humano, pois o trabalho dignifica o homem e, na livre iniciativa, cabendo ao Estado monitorar os excessos do mercado, buscando uma existência digna a todos, estabelecendo a justiça social, que pode ser entendida como a efetivação do bem comum entre as pessoas.

Essa busca da ordem econômica nacional é baseada nos princípios da soberania nacional, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, favorecimento às empresas nacionais de pequeno porte, propriedade privada e função social da propriedade

A soberania nacional que prega a Constituição Federal nesse mister econômico deve ser entendida de uma forma estrita, já que soberania e independência nacionais são tratadas nos Arts. 1º e 4º, respectivamente da Carta política pátria. Nesse sentido estrito, a soberania nacional econômica propõe a não sujeição brasileira às imposições de economias estrangeiras mais fortes ou de uma burguesia oligopolista ou monopolista, mas sobretudo tentar reduzir as desigualdades sociais.

Vista como um espectro da livre iniciativa e como uma forma de efetivá-la, a livre concorrência ao lado da reprimenda ao abuso do poder econômico busca proteger o mercado, evitando a especulação, a subida disparada dos preços, enfim atuar de

forma a conter as manifestações abusivas do capitalismo.

Quanto aos princípios da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais e o da busca do pleno emprego, José Afonso da Silva os chama de Princípios de Integração, pois “estão dirigidos a resolver os problemas da marginalização regional ou social”<sup>2</sup>, já que o consumidor é a mola-mestra da economia, enquanto o meio ambiente deve ser sempre protegido de forma que as indústrias, empresas condicionem as suas atividades no sentido de respeitá-lo. A redução das desigualdades sociais fala por si só, pois é até um objetivo fundamental da República brasileira e o pleno emprego que é uma busca de reação à recessão, fazendo emergir trabalho para quem quer e precisa laborar.

Em relação às empresas brasileiras seja ela de grande, médio ou pequeno porte, deve ser dado apoio total e irrestrito às mesmas para que possam se desenvolver e competir, tanto do ponto de vista financeiro, como tecnológico, com as empresas estrangeiras. Todavia, uma atenção especial às pequenas e médias empresas têm que ser viabilizada, pois como estas não contam com um processo de automação abundante, haverá uma maior necessidade de captação mão de obra, conseqüentemente uma maior geração e circulação de riqueza interna, movimentando vários princípios já mencionados.

No que concerne ao princípio da propriedade privada, também um direito individual e fundamental, ele veio garantir que o proprietário não vai ter seu bem confiscado de uma maneira arbitrária pelo Estado, dando a guarida necessária para a utilização engajada com o sentido social buscado pela Constituição Federal, ao passo que movimenta o sistema financeiro e econômico do país, através da geração de trabalho e renda, quando direcionada de uma forma coerente, com os ditames legais. Já a função social da propriedade será objeto do capítulo quarto.

#### **1.4 Caracteres e espécies de propriedade**

São caracteres da propriedade, o caráter absoluto que ela ostenta, hoje, um tanto quanto reduzido, a exclusividade do exercício do direito, em regra, e a perpetuidade em relação à dominação.

É absoluto porque, além de ser oponível de uma forma erga omnes, o seu titular poderá usar, gozar e dispor do seu bem de maneira ampla, só estando condicionado às limitações do Poder Público ou de particulares.

A exclusividade é o princípio que versa sobre a condição da coisa pertencer a uma só pessoa, salvo os casos de condomínio, o qual implica numa divisão de frações ideais para cada condômino. O exercício exclusivo do direito de propriedade denota a não concorrência por parte de terceiros.

Já a perpetuidade deixa claro que o direito subsiste mesmo sem o exercício comprovado do mesmo, já que o não uso da coisa, de modo algum o descaracteriza. Vale ressaltar que o caráter perpétuo não significa, de modo algum, que o bem pertencerá sempre a uma mesma pessoa, pois ela pode aliená-la ou perder a titularidade, em razão de uma limitação. Acerca dos caracteres, Maria Helena Diniz assim pondera:

A propriedade recebe no novo Código Civil, uma abordagem peculiar, que revela seu sentido no mundo contemporâneo, mantendo sua natureza de direito real (Art. 1225, I) pleno sobre algo, perpétuo e exclusivo (CC, Arts. 1228, caput, e 1231), porém não ilimitado, por estar seu exercício condicionado ao pressuposto de que deve

ser socialmente útil. Reprimido está, juridicamente, o exercício anti-social do direito de propriedade.

Quanto às espécies de propriedade, ela pode ser plena, limitada, perpétua ou resolúvel. Ela é plena quando todos os seus elementos estão reunidos numa só pessoa, podendo este, usar, gozar e dispor do seu bem, de forma absoluta, exclusiva e perpétua, bem como exercer o seu direito de sequela, quando necessário. Será limitada ou restrita quando tiver o seu uso, gozo ou disposição restringidos, ou ainda sofrer alguma limitação em seu direito. Perpétua devido a sua duração ilimitada e resolúvel ou revogada, quando no seu próprio título constitutivo existe um fator de sua extinção, como uma condição resolutiva para o seu perecimento.

### **1.5 Limitações ao direito de propriedade e a função social**

Em virtude de o interesse público estar se sobrepondo ao particular, inclusive na seara do direito de propriedade, como vem sendo demonstrado nesta pesquisa, o Estado lançou mão de medidas para efetivar essa condição, através de imposições ou regulamentações advindas do poder de polícia que lhe é peculiar. Essas limitações têm as mais diversas naturezas de direito, como o constitucional, administrativo, civil, eleitoral, militar, entre outros.

Entende-se por limitações, as circunstâncias que obstruem as características da propriedade, de forma a impedir que o exercício do direito seja efetivado de forma absoluta, exclusiva e perpétua. As limitações podem ocorrer através das restrições, servidões e desapropriações.

As restrições limitam o caráter absoluto da propriedade, obstaculizando o jus abutendi, o fruendi e o utendi, já que o proprietário não vai poder usar e ocupar o bem como melhor lhe aprouver, nem poderá fazer modificações em sua estrutura, muito menos aliená-la. Têm-se como figuras mais comuns entre as restrições, o direito de vizinhança (Arts. 1277 a 1313, CC), que preceitua algumas condições de convivência entre as pessoas, no respeito a parâmetros ensejadores da harmonia social, como não incomodar deliberadamente o vizinho, quanto a sua segurança, sossego, saúde. A passagem forçada é o direito que assiste ao proprietário de prédio rústico ou urbano encravado em outro, ter acesso à via pública mediante o pagamento ao vizinho de uma certa quantia, a título de indenização, por ceder-lhe esta passagem, assim como o proprietário do imóvel inferior deve receber o escoamento natural das águas, vindas de um superior, conforme determinação dos Códigos Civil e das Águas, em virtude dos benefícios incontáveis proporcionados pela mesma. O que não se admite é a retenção dolosa da água, como forma de prejudicar outrem, ou quando aceito o represamento, este venha prejudicar o proprietário ou possuidor inferior, situações que ensejarão indenizações. Os limites contíguos entre os imóveis, também, devem ser observados, de forma que um proprietário não adentre no limite territorial do outro, razão pela qual há a ação demarcatória, no sentido de “proceder com ele à demarcação entre os dois prédios, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruídos ou arruinados, repartindo-se proporcionalmente entre os interessados as respectivas despesas.” (Art. 946, I, CC), assim como proteger o seu imóvel, murando ou cercando-o.

Até mesmo na seara da responsabilidade civil, existe dispositivo legal que acaba por restringir o direito de propriedade, no que pertine à necessidade de o dono



do imóvel ou aquele que o habita ter por ele um zelo pelo mesmo, sob pena de gerar problemas, em que tenha que arcar com o pagamento de uma indenização, devido ao dano causado, conforme os Arts. 937 e 938, da legislação civil pátria, *in verbis*:

Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

Tem-se por servidão, a limitação que atinge o caráter da exclusividade, impondo um ônus à coisa, surgindo as figuras do serviente, que é o imóvel que sofre a servidão e o dominante, que é o bem em favor do qual se grava o ônus. As servidões podem ser públicas, reguladas no Art. 5º, inciso XXV da Carta Magna, podendo ensejar indenização no caso de haver dano ao imóvel utilizado pelo Poder Público, mesmo sendo de uma forma temporária. Há também as servidões particulares, que se encontram dispostas nos Arts. 1378 e seguintes do Código Civil pátrio. Nesse mesmo passo, pode haver a requisição de terras particulares, em caso de iminente perigo público e em tempo de guerra (Art. 22, III da CF).

Como formas de limitações, de cunho constitucional, pode-se citar a desapropriação, que afeta o caráter da perpetuidade, mediante a qual o Poder Público transfere compulsoriamente o domínio do particular para o seu ou para entes delegados, sendo observados os fatores da necessidade ou utilidade pública ou interesse social, mediante indenização em dinheiro, conforme explicita o ar. 5º, inciso XXIV da CF, embora muitas vezes essa indenização não seja justa, além da desapropriação-sanção, pela falta de compromisso social da propriedade urbana ou rural, que será indenizada, através de títulos da dívida pública ou agrária e que encontra guarida constitucional nos Arts. 182 e 184. Há, também, a impossibilidade de aquele que descobre minas, jazidas, recursos minerais ou qualquer potencial de energia hidráulica não poder explorá-las de forma absoluta, já que precisam de uma autorização especial para ter direito ao produto da lavra, pelo fato de constituírem propriedade distinta do solo, sendo um domínio da União. Outro limite é o confisco de terras que são utilizadas no propósito de cultivar drogas, como a maconha ou a planta de coca, pois gera o caos social, dependência química nas pessoas, entre outros fatores degradantes, dentre outras.

No âmbito administrativo as limitações são muito variadas, e, por esse motivo, citaremos algumas a título de ilustração. Assim, há a proibição de demolição ou modificação de bens tombados pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, como monumentos históricos, os quais, até mesmo para serem restaurados, passam por todo um procedimento técnico específico, em razão do seu valor histórico-cultural. A limitação de altura para construção de edifícios próximos aos aeroportos, como medida de segurança, tanto na decolagem, como na chegada da aeronave ao solo, a proibição de edificação em terrenos marginais às estradas de rodagens, as dispostas no Código Florestal, que emprega às florestas particulares, o interesse social, em razão da existência de espécies raras da flora, o poder de polícia dos órgãos competentes, fiscalizando as condições de habitação das pessoas, como

também, expedindo as autorizações (licenças) para a construção.

Por fim, apresenta-se a função social da propriedade disposta no Art. 5º, inciso XXIII da CF, que trata sobre os direitos e garantias fundamentais, como também no Art. 170, II e III, norteadores da ordem econômica e financeira, além do 184 e do 186 que pontuam sobre a política agrícola e fundiária e da reforma agrária, assunto que não será abordado nessa pesquisa. No entanto, esse enfoque acerca da função social será abordado mais adiante, de forma minuciosa, em capítulo específico, já que por ora destaca-se, tão somente, a aplicabilidade da função social como limitação do direito de propriedade e princípio da ordem econômica e financeira do Brasil.

## 2 ABORDAGEM HISTÓRICA DA USUCAPIÃO

Etimologicamente, usucapião, palavra de origem latina, significa tomar pelo uso. Contudo, no Direito Romano, só o fato de ter uma coisa como sua não caracterizava o domínio, sendo imprescindível a associação do fator tempo para a efetivação desse mister.

A primeira fonte legislativa a tratar sobre a matéria em questão foi a Lei das XII Tábuas, a qual, estabelecia o prazo de 2 (dois) anos para os imóveis e 1 (um) para os móveis serem usucapidos. Num momento posterior, o elemento tempo, em Roma, no que pese a aquisição da propriedade imóvel pela usucapião, passou para 10 (dez) anos entre presentes e 20 (vinte) entre ausentes.

Apesar da Lei das XII Tábuas conferir força à usucapião, existiam outros trabalhos legislativos, ainda em Roma, que obstaculizavam a sua utilização de uma forma desmedida. Nesse sentido, Maria Helena Diniz cita Arangio Ruiz, dizendo que: “a Lei Atínia a proíbia para coisas furtadas, as Leis Júlia e Plúcia impediam a usucapião de coisas obtidas pela violência, e a Lei Scribônia vedava a usucapião de servidões prediais”<sup>2</sup>.

Nesse meio tempo, além do uso e do tempo, mais dois requisitos foram agregados à usucapião, o justo título e a boa fé, sendo o primeiro uma espécie de documento que comprovasse aquele uso, mas que não conferisse a propriedade e o outro seria uma atitude que não contrariasse a moral e os bons costumes romanos. Essa lógica romana tinha o condão de proteger as propriedades do cidadão romano e da província romana, evitando que os peregrinos delas se apoderassem. Mas como o crescimento do território pertencente à Roma dava-se extra muros, posteriormente aos peregrinos foi estendido o direito de usucapir as terras conquistadas.

Assim, a usucapião passou também a ser conhecida como a *praescriptio longi temporis* (prescrição, aquisição ao longo do tempo), contando, inclusive, com o aceite do Imperador Justiniano. Já o Imperador Teodósio deu conotações diversas à usucapião e a *praescriptio longi temporis*, tratando uma como forma aquisitiva e a outra como extintiva.

Hodiernamente, a usucapião é entendida, tanto como uma maneira de adquirir, quanto de perder o direito de propriedade, caracterizando a Teoria Monista, presente no Código Civil francês e defendida por Domat, segundo o qual: “a prescrição é uma maneira de adquirir e de perder o direito de propriedade de um a coisa ou de um direito pelo efeito do tempo”.

No Brasil, o primeiro diploma legal a versar sobre o assunto foi a Lei nº 601, de 1850, cujo teor era de que o posseiro adquiriria o domínio da terra, desde que a sua

ocupação fosse destinada à produção e moradia, fatores bastante assemelhados aos atuais.

Após essa Lei, a usucapião ganhou paradigma constitucional, com a Carta de 1934, celebrando a usucapião pro labore, destinada ao pequeno produtor rural, o que foi repetido pela Carta de 1937, já o Decreto-Lei nº 710/38 veio salientar que as terras públicas poderiam ser usucapidas. Posteriormente, veio a Constituição de 1946 fazendo alterações textuais, pontuando que a terra a ser usucapida se limitava a vinte e cinco hectares, tendo essa dimensão, sido aumentada em 1964, com a Emenda Constitucional nº 10, que elevou a cem hectares, no máximo.

O Estatuto da Terra, Lei nº 4504/64, também foi muito importante, pois regulou a matéria, diante das omissões da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 01, de 1969. Uma outra Lei, a de nº 6969/81, contribuiu de forma positiva, diminuindo o prazo da prescrição aquisitiva.

Nota-se, com a existência de todas as leis citadas, que a usucapião era algo mais voltado ao setor rural, talvez na tentativa do Poder Público de fortalecer o interior do País, já que em certa época, poderia ocorrer, até mesmo, a usucapião de terras estatais.

Hodiernamente, temos a Constituição Federal de 1988, regulando a usucapião, juntamente com o Código Civil e o Estatuto da Cidade, em busca da concretização de uma nova política social urbana e rural, no que tange à efetivação do direito de propriedade. Ressalta-se que nesta nova concepção do instituto, as terras públicas não podem ser usucapidas.

## 2.1 Conceito

Diante do que está sendo exposto, pode-se verificar que usucapião é um modo de aquisição e perda da propriedade, de forma originária, já que não depende de um contrato e, que se materializa pela posse ininterrupta, durante um certo lapso temporal, podendo ser estabelecida uma nova situação jurídica, através de sentença judicial, mediante instauração de um processo judicial<sup>3</sup>.

No mesmo sentido da idéia conceitual acima, Sílvio Rodrigues, citando o Imperador Modestino, afirma: “Tal definição não foge, em muito, do conceito de MODESTINO (D. , Liv. 41, Tít. III, frag. 3), segundo o qual usucapião é a aquisição do domínio pela posse continuada por um tempo definido na lei.”<sup>4</sup>

Assim, verifica-se o quão é importante tal instituto, pois reunidos os requisitos legais, o usucapiente poderá galgar a sua propriedade, estabelecendo-se a função social da propriedade, sobre a qual esta pesquisa será aprofundada em capítulo posterior.

## 2.2 Tipos

O Código Civil brasileiro consagra quatro espécies de usucapião, sendo chamadas de extraordinária, ordinária, especial urbana e especial rural, as quais apresentam requisitos comuns, como também, peculiaridades para as suas impetrações, sendo que cada uma vislumbra um sentido único que é uma melhor distribuição da terra, com fulcro social.

O Art. 1238 do Código Civil traz à lume a usucapião extraordinária, que é aquela decorrente de posse pacífica, ininterrupta, exercida com animus domini,

podendo ser por um prazo de 15 (quinze), independentemente de justo título ou boa-fé ou de 10 (dez) anos, quando ficar evidenciada uma posse-trabalho, que é aquela em que o possessor utilizou a terra, realizando obras ou serviços produtivos no local.

Por sua vez, o Art. 1242 do mesmo codex exemplifica a usucapião ordinária, trazendo como diferencial o tempo da posse, já que nesta espécie o prazo vai ser de 10 (dez) anos de uma forma incontestada ou de 5 (cinco) anos, caso o bem tenha sido adquirido onerosamente e depois tenha ocorrido o cancelamento do registro, seja por irregularidade ou vício formal, precisando para tal, que o possuidor more naquele local ou tenha realizado investimentos social ou econômico, sendo indispensável o justo título e a boa fé.

Temos também a usucapião especial rural ou pro labore, também conhecida como constitucional rural, prevista no Art. 191 da Carta Magna e no Art. 1239, do Código Civil brasileiro, na qual o usucapiente tem que utilizar a terra para fins de trabalho, produzindo e nela residindo; que não seja proprietário de outro imóvel, rural ou urbano; a posse sem oposição durante 5 (cinco) anos; que a terra não tenha mais de 50 (cinquenta) hectares e nem seja pública.

E por fim, a usucapião especial urbana, pro habitatione ou constitucional, nas suas modalidades individual e coletiva, objeto de estudo deste trabalho monográfico, que marca sua presença no Art. 1240 do Código Civil e no Art. 183, §§ 1º ao 3º, da Constituição Federal de 1988 e nos Arts. 9º e 10 da Lei nº 10.257/2001, o Estatuto da Cidade.

### 2.3 Requisitos

Os requisitos são de ordens reais e formais. Os reais são pertinentes ao que pode ser usucapido, como bens e direitos suscetíveis à prescrição, já que não são todas as coisas que podem ser adquiridas por essa via. Maria Helena Diniz, em seus estudos diz que:

jamais poderão ser objeto de usucapião: a) as coisas que estão fora do comércio, pela sua própria natureza, por não serem suscetíveis de apropriação pelo homem, como o ar, a luz solar etc.; b) os bens públicos que estando fora do comércio são inalienáveis [...]; c) os bens que, por razões subjetivas, apesar de se encontrarem in commercio, dele são excluídos, necessitando que o possuidor invertesse o seu título possessório.<sup>5</sup>

Outro impeditivo é a cláusula de inalienabilidade que pode gravar um bem, fazendo com que este seja retirado da possibilidade de ser usucapido, devido a um caráter erga omnes imposto por tal cláusula e ao seu caráter real. Ou seja, somente a res habilis poderá ser usucapida, sendo estas, as comercializáveis e, até, algumas glebas públicas não utilizadas ou devolutas.

Já os requisitos formais, tanto quanto os reais, são imprescindíveis à configuração do direito pretendido e, dependendo de cada modalidade de usucapião, sofrerão algumas variações, mas, de forma geral, temos como elementos: a posse, o tempo, o justo título, a boa fé e a sentença judicial.

A posse conhecida como ad usucapionem tem que ser exercida com intuito de dominação, propriedade, além de ser mansa, pacífica, contínua e pública. O intuito de dominação vem a ser o fato de se estar na coisa, como se sua fosse. É mansa e pacífica quando não há contestação do proprietário ou de seus sucessores. Contínua,

pois é caracterizada pelo longo tempo de utilização, podendo até ser admitida a sucessão da posse em alguns casos. (Art. 1243, CC).

Toda a doutrina conjuga os requisitos da usucapião de uma forma uniforme e, em sendo assim, Silvio Rodrigues afirma o que vem a ser estes requisitos formais, como se observa a seguir:

Titulus – A lei condiciona a usucapião ao fato de o possuidor ter justo título, isto é ser portador de documento capaz de transferir-lhe o domínio, se proviesse do verdadeiro dono. [...] Fides – Necessário também se faz esteja o prescribente de boa-fé. E ele o está quando ignora o vício, ou obstáculo, que lhe impede a aquisição da coisa ou do direito possuído. [...] Possessio – É pressuposto da usucapião a posse mansa e pacífica, pois, de acordo com sua própria definição, trata-se de modo de adquirir o domínio pela posse, ou seja, pela atribuição de juridicidade a uma simples relação de fato. [...] Tempus – A usucapião se consuma dentro de um período fixado na lei [...], tendo em vista não só a proteção do interesse particular como a do interesse coletivo. [...] Sentença judicial – Determina a lei que o usucapiente, adquirindo o domínio pela posse mansa e pacífica do imóvel, pode requerer ao juiz que assim o declare por sentença.

Inobstante aos requisitos existentes e já vistos, há modalidades de usucapião que chegam a dispensar alguns deles, como na usucapião extraordinária que assim o faz, em relação ao justo título e a boa fé, pelo fato de serem presumidas, presunção *jure et de jure*, devido ao longo tempo, 15 anos, como possuidor, não admitindo prova em contrário.<sup>6</sup>

Todavia, em razão da delimitação do tema desta pesquisa, os requisitos dos demais tipos de usucapião não serão abordados de maneira aprofundada, como serão destacados os inerentes à usucapião especial de imóvel urbano.

### 3 A USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA

Resgatando a Constituição de 1934, a usucapião especial ou constitucional voltou a figurar no cenário constitucional com a Carta Magna de 1988, abordando a usucapião de imóveis urbanos, o que dantes era restrito aos rurais.

A Constituição de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, é o diploma legal que veio reinserir a usucapião constitucional, legitimando-a, de forma que o direito à propriedade pudesse ser efetivado de uma maneira mais contundente, proporcionando uma justiça social ampla, já que esse é um objetivo incessante do Estado Democrático de Direito.

Contudo, o texto constitucional necessitava de uma regulamentação, pois, até aquele momento, possuía mais um caráter de norma programática do que de auto-aplicabilidade. Esta regulamentação ocorreu em 2001, com a publicação em 10/07/2001, do Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257, que veio estabelecer as recomendações pertinentes a uma nova política urbana, inserindo-se no contexto da usucapião constitucional ou especial, tratando de todas as questões pertinentes à aquisição da propriedade por esta via. O Código Civil, por sua vez, dedica-se ao instituto de uma forma muito similar ao que está expresso pela Constituição Federal.

Assim, o instituto abordado, como meio de aquisição originária da propriedade que é, tem a sua concepção no fato de o indivíduo possuir uma área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados como se sua fosse, por um

período de cinco anos, de forma ininterrupta e sem a oposição do proprietário, nem de terceiros, utilizando este imóvel como sua moradia ou da família, não podendo ser proprietário de outro imóvel, seja ele urbano ou rural. Esta é a concepção na sua forma individual.

Já o que se entende pela modalidade coletiva da usucapião especial urbana é que as áreas ou edificações urbanas superiores a duzentos e cinquenta metros quadrados podem ser usucapidas pela população de baixa renda, no intuito de moradia, se por cinco anos houve a posse ininterrupta e sem oposição por parte do(s) proprietário(s), não sendo possível identificar a quota parte de cada um dos possuidores, desde que não sejam proprietários de outros imóveis.

### 3.1 Modalidades

São três as modalidades de usucapião especial ou constitucional, sendo o rural, positivado no Art. 191 da Constituição Federal de 1988, como também no Estatuto da Terra, Lei nº 4504/64 e no Código Civil de 2002 e o urbano, que é subdividido em individual e coletivo, tendo o primeiro tratamento constitucional, em lei ordinária, que é o Estatuto da Cidade e no Código Civil de 2002, enquanto o último foi uma inovação da Lei nº 10257/2001, alargando o campo de incidência da usucapião especial, como será visto adiante. Lembre-se, por oportuno, que a primeira modalidade citada não é objeto da presente pesquisa.

Constitucionalmente, a usucapião especial urbana está focada no Título VII, que trata da Ordem Econômica e Financeira, em seu Capítulo II, que norteia as questões da Política Urbana, contudo esta política da urbe deve ser acompanhada pelo desenvolvimento do campo, ensejando o crescimento uniforme do país, com as devidas reduções das desigualdades sociais.

Já a Lei nº 10.257/2001, além de regulamentar a Política Urbana celebrada pela Constituição, cita como um dos seus instrumentos, a usucapião especial de imóvel urbano, em seu Art. 4º, inciso V, alínea “j”, que ladeada por vários outros institutos e mecanismos efetivarão uma urbanização centrada, respeitando o homem e o meio-ambiente.

A modalidade individual tem guarida constitucional no Art. 183 e seus parágrafos, cujo texto é repetido *ipsis literis* no Código Civil de 2002, enfocando as premissas básicas para efetivação da usucapião, *in verbis*:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Por sua vez, o Estatuto da Cidade enfoca a usucapião especial individual, de uma forma bem semelhante ao tratamento constitucional, entretanto, alarga o seu

horizonte de incidência, quando diz em seu texto que não só a área ou o solo urbano são passíveis da usucapião, como também as edificações (edifícios ou casas, enfim, construções de um modo geral), conforme o Art. 9º, caput. Todavia, é bom ressaltar que as particularidades serão observadas em momento oportuno, no que pertine aos requisitos de cada modalidade.

Note-se, ainda, que a usucapião especial apresenta a modalidade coletiva, inovação introduzida pela Lei nº 10.257/2001, em seu Art. 10, caracterizando uma importante evolução do instituto, na tentativa de consolidação da função social da propriedade, já que nem a Constituição nem o Código Civil trataram deste tipo de usucapião, que estabelece, in verbis:

Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

Enfim, essas são as modalidades da usucapião especial, particularmente a urbana, que dentre as suas generalidades apresentam requisitos intrínsecos para a sua operacionalização, com o intuito de aqueles que não possuam moradia passem a tê-la.

### 3.2 Requisitos

A usucapião especial urbana individual, pro habitatione ou constitucional, como deflui do seu próprio conceito, tem alguns requisitos para a sua admissibilidade, sendo esses: a característica de ser um imóvel (edificação) ou área urbana; a dimensão máxima de 250 m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados); não ter outra propriedade (seja urbana ou rural) registrada no nome daquele usucapiente; estar na posse do local há 5 (cinco) anos de forma ininterrupta e sem oposição de outrem, como também a destinação que deve ser dada ao imóvel ou área equivalente que é de moradia própria ou da família, não podendo ser utilizada com outra finalidade, a não ser que no próprio local, seja destinado uma parte ao auferimento do seu sustento, como da família.

A concepção de família tem um sentido lato sensu, enquadrando-se a aquela legalmente constituída, através do casamento, assim como os conviventes em união estável (§ 3º, Art. 226, da CF) e a entidade familiar que é aquela composta pelo pai ou mãe e seus filhos (§ 4º, Art. 226, da CF).

Outro requisito de fundamental importância para a aquisição da propriedade pela usucapião é o provimento jurisdicional, que, após ser proferido pelo juiz de direito competente para o feito, deve ser imediatamente registrado no Ofício de Registro Imobiliário da circunscrição onde se localiza o imóvel, para que finalmente seja efetivada a aquisição da propriedade, tornando o seu efeito erga omnes, tanto na modalidade individual, como na coletiva, sendo que nesta, o juiz fixará uma fração ideal do imóvel a cada possuidor. Ao ser deferida, a modalidade pro habitatione, a priori, não deve obediência ao Plano Diretor municipal, nem preencher os requisitos urbanísticos, salvo casos de fraude à lei, pois como se trata de uma aquisição originária, o acatamento de todas essas rígidas regras seria retirar a efetividade do instituto.

No mister da usucapião coletiva, em relação à sentença que a declara existente, ocorre a constituição de um condomínio entre as pessoas que estavam na

posse daquela área urbana e, que de acordo com Diliani Mendes Ramos, tem as seguintes características:

- a) Igualdade de frações, quer dizer, cada possuidor tem fração ideal da área urbana que foi objeto da ação de usucapião, salvo acordo escrito, feito antes da inserção da carta de sentença no registro imobiliário, que estabeleça quotas diversas;
- b) Indistinação das frações idéias. Assim, não há que se falar áreas comuns e autônomas;
- c) Indivisibilidade. Dessa forma, salvo deliberação favorável de dois terços dos condôminos, em caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio, não podem os condôminos dividir a área urbana entre si;
- d) Validade das decisões por maioria dos presentes;
- e) Vinculação dos discordantes ou ausentes (as decisões da maioria dos presentes vinculam os discordantes e os ausentes).<sup>7</sup>

Ainda em relação ao condomínio constituído, em função da declaração da usucapião coletiva, apesar de ter sido formado de uma maneira *sui generis*, ou seja, um condomínio especial, como afirma o Estatuto da Cidade, não há no referido diploma legal disposição expressa quanto a sua administração, aplicando-se por analogia, o regime da Lei 4591/1964, devendo ter eleição de um síndico, convocação de assembléia e elaboração de estatuto condominial. Contudo, nesse condomínio não são criadas unidades autônomas, como no civil ou no da Lei nº 4591/1964, existindo uma cota parte ou fração ideal para cada possuidor e o mesmo só poderá ser extinto, após ter ocorrido à urbanização do local, além da anuência dos condôminos, em deliberação qualificada no sentido da extinção. Isso veio em socorro ao direito de moradia, um direito social, previsto no Art. 6º da CF e como forma de não ocorrer a sua extinção. Ainda em relação ao condomínio especial, após a sua decretação, um co-proprietário não pode requerer a usucapião, novamente, contra os outros condôminos, pois o próprio Estatuto da Cidade veda essa possibilidade ao dispor que esse instituto só poderá ser utilizado uma única vez, além do fato do mesmo já ser proprietário de um imóvel, já a alienação, venda, troca, pode ser realizada por qualquer deles, sem necessidade de respeito ao direito de preferência, podendo ser efetuado o negócio, seja com terceiro, seja com algum proprietário comum, mas de modo que não seja uma alienação por mero casuísmo, mas por uma necessidade, pois do contrário, seria uma deixa à especulação imobiliária.

O Estatuto da Cidade, solidificando a igualdade entre as pessoas sem discriminação de raça ou sexo, conforme ditame constitucional explícito no caput do Art. 5º e no inciso I, que estabelece que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, em seu Art. 9º, parágrafo terceiro exprime a extensibilidade tanto ao homem, como a mulher, enfim, só às pessoas naturais, o direito de usucapir, *in verbis*:

Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por



cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.(grifo nosso)

E nesse diapasão, José Carlos de Moraes Salles discorre que “a declaração da usucapião especial urbana pode ser pleiteada tanto pelo brasileiro nato como pelo naturalizado e pelo estrangeiro residente no País”<sup>8</sup>, deixando claro o respeito aos direitos, tanto de um, como do outro, conforme o caput do Art. 5º da Constituição Federal.

Contudo, a Lei nº 10.257/2001 traz obstáculos, impedimentos ao instituto, na tentativa de evitar que caia na descrença, como também para não permitir a sua utilização de forma inadequada, evitando a indústria da usucapião especial urbana, assim como se observa com alguns assentamentos do movimento dos sem-terra, que, quando conseguem as terras, as comercializam, para posteriormente conseguirem outras. Dessa forma, o parágrafo segundo do Art. 9º, arremata que “o direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez”, pois ocorrendo o contrário o direito de usucapir perderia sua função social, transformando-se em instrumento de especulação imobiliária.

Outro óbice à usucapião é a impossibilidade de terras públicas serem usucapidas, como citado anteriormente no Art.183, § 3º da CF, além da existência da Súmula nº 340 do STF, cujo teor é o de que “desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”. No entanto, há a concepção de que as terras devolutas não são bens dominicais, podendo ser usucapidas. Contudo, Hely Lopes Meirelles enfatiza que as terras devolutas “são todas aquelas que, pertencentes ao domínio público de qualquer das entidades estatais, não se acham utilizadas pelo Poder Público, nem destinadas a fins administrativos específicos”<sup>9</sup>, contudo são públicas, não podendo ser alvo da prescrição aquisitiva. Ademais, a própria Constituição Federal as trata como bens indisponíveis, conforme o § 5º, do Art. 225 e o dispositivo 102, do Código Civil, in verbis:

Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

[...]

Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.

Outro ponto relevante é a questão da sucessão hereditária dentro da usucapião especial urbana individual, pois o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor (o de cujus), desde que, para isso, ele resida no imóvel, por ocasião da abertura da referida sucessão e é o que está disciplinado no Art. 9º, parágrafo terceiro da Lei nº 10.257/2001. Nesse sentido, o Código Civil, em seu Art. 1206 estabelece que a posse será transmitida ao herdeiro do possuidor, sendo preservadas todas as suas características. Vale ressaltar que a modalidade pro habitatione só admite essa forma de sucessão, que é a *successio possessionis*, já que nas outras modalidades pode ocorrer tanto esta, como a *accessio possessionis*, que é o aproveitamento à sua, da posse anterior.

A usucapião especial coletiva, já citada em linhas anteriores, traz algumas poucas diferenças em relação aos requisitos da modalidade individual, já que o tempo é o mesmo (cinco anos), tal como a finalidade (moradia), a ausência de oposição na posse ininterrupta e o fato de não serem proprietários de outro imóvel.

Destarte, são requisitos específicos da forma coletiva, a área urbana com mais de 250 m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados), podendo fazer parte da mesma, vielas, que não cheguem a ser vias públicas e até pequenas praças, e que não podem ser vistas como bens públicos, pelo fato de que não reúnem as condições para tal, além do que esses locais são utilizados em benefício do grupo, podendo vir a serem urbanizados, quando do seu reconhecimento, como área habitada, a ocupação deve ser feita por população de baixa renda, aquela que não tem condições financeiras de adquirir ou alugar um local para morar, sem prejuízo do seu sustento e o fato de estarem em composses que é a posse em comum de duas ou mais pessoas de uma forma direta, sem exclusão uma das outras (Art. 1199 do CC), sendo esta, uma condição que não permite a individualização de uma quota parte do terreno ou imóvel urbano. Ainda nesta, há a possibilidade da continuidade dos prazos possessórios, ou seja, o atual possuidor pode contabilizar a sua posse, o tempo da posse do seu antecessor, o que pode se dar, tanto pela *successio possessionis*, como pela *accessio possessionis*, bastando que sejam contínuas, não sendo necessário comprová-las, através de escritura pública ou documento particular, mas tão somente exercer a posse, com *animus domini*, previsão constante no Art. 10 da Lei nº 10.257/2001.

### 3.3 Processualística

Como se trata de um direito ainda recente, ou seja, instituído pela CF de 1988, a usucapião especial urbana deve ser aplicada às situações possessórias posteriores a sua entrada em vigência, não se admitindo pela lógica-jurídica que situações anteriores sejam contempladas pelo beneplácito desse instituto, até mesmo devido à existência de outras modalidades que possam amparar essa situação. Admitir tal possibilidade de retroação da *lex* seria fulminar de todo o direito de propriedade, que possui guarida constitucional, como um direito e garantia fundamental, além de por em xeque as seguranças jurídica e social.

São legitimados a usucapir, ou seja, partes legítimas para ingressar com uma ação de usucapião especial urbana, o possuidor, podendo estar até em litisconsórcio, no caso dos possuidores em composses, como também poderá ser requerido por uma associação de moradores regularmente constituída e autorizada para tal mister, agindo na qualidade de substituto processual. Essa legitimidade passa

pela capacidade estabelecida no Código Civil, em seu Art. 1º e nos Arts. 3º e 7º do Código de Processo Civil e Art. 5º, inciso XXI da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

[...]

Art. 3º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

[...]

Art. 7º Toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo.

[...]

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

Quanto ao litisconsórcio, a sua possibilidade veio como uma forma de acelerar a demanda, em favor da necessidade dos usucapientes, além de possibilitar a economia processual, embora cada um deles tenha que provar a sua posse, o que pode levar ao deferimento da pretensão para alguns e para outros não, nem sempre havendo a harmonia dos julgados, dependendo do caso concreto e da análise judicial, quanto aos requisitos de cada um, como do elemento probatório apresentado.

Durante o transcorrer da ação de usucapião especial urbana, qualquer ação que verse sobre o imóvel a ser usucapido sofrerá a paralisação do seu andamento, até a decisão final daquela, como forma de que seja efetivada a função social da propriedade, diante da desídia do proprietário e até como um mecanismo processual para desafogar o Poder Judiciário, evitando decisões divergentes. Nesse sentido, para melhor compreensão do fato, Sílvio de Salvo Venosa discorre: que “a lei reporta-se a ações futuras (“que venham a ser propostas”); estas ficarão sobrestadas. Não se sobrestarão, portanto, as ações já propostas, as quais podem ou devem, é evidente, receber julgamento conjunto”.<sup>10</sup>

A antecipação de tutela pode ser requerida tanto na usucapio individual, como na coletiva. O regramento a ser observado é o contido no Art. 273 e seus incisos I e II, do Código de Processo Civil, quando ficar evidente a possibilidade de ocorrer um dano irreparável ao(s) legitimado(s), como por exemplo o proprietário do local usucapiendo resolver demolir algum tipo de construção realizada pelo(s) possuidor(es), o que do ponto de vista financeiro seria muito prejudicial, traduzindo-se numa medida de caráter protecionista significativo. Contudo, o juiz deverá analisar se a medida antecipatória pode gerar a sua irreversibilidade, pois neste caso não é prudente concedê-la, pois como o objetivo é fazer justiça, uma antecipação do provimento sem os cuidados necessários é admitir a insegurança jurídica e social.

O foro competente para o ingresso da ação em tela é o da justiça estadual da comarca em que esteja situado o imóvel usucapiendo, situação essa que ganha força com a Súmula nº 11, do STJ, que estabelece que “a presença da União ou de qualquer de seus entes, na ação de usucapião especial, não afasta a competência do foro da situação do imóvel”, já que ações em que a União é parte, geralmente, tem o foro deslocado para a Justiça Federal. Essa disposição tem um forte cunho social, uma vez que evita o gasto excessivo por parte do usucapiente, já que não vai precisar se deslocar para uma localidade que esteja contemplada pela circunscrição jurisdicional federal para promover a sua ação de usucapião especial urbana, o que poderia representar um ônus pesadíssimo, comprometendo até a subsistência familiar. Assim, buscará a jurisdição estadual.

É imprescindível a presença do Ministério Público no feito, pois atuará como fiscal da lei, conforme preceitua o Art. 944 do CPC, já que a sua ausência é condição de nulidade da ação. Ocorre que o parquet poderá até propor a ação de usucapião especial coletiva, com guarida nos Arts. 127 da CF e 81 do Código processualista civil brasileiro, os quais conferem legitimidade ao MP, para agir nos casos previstos em lei.

Outra mudança implementada pela Lei nº 10.257/2001 é em relação ao rito que, hoje, pauta-se pela sumariada no desenrolar dos atos processuais, Art. 4º, § 1º do Estatuto da Cidade, proporcionando uma certa celeridade nas etapas do processo, e não mais o rito ordinário, positivado no CPC, em seus Arts. 941 a 945, como ocorria em tempos pretéritos. Assim, Ernane Fidélis dos Santos, acerca do rito sumário, afirma:

a marcha processual se faz diferente (Art.275,I). Ao despachar a petição inicial, o juiz já designa audiência e defere as provas a se produzirem (Art. 277., com redação da Lei nº 9.245, de 26-12-1995). O réu será citado para comparecer à audiência, na qual deverá arrolar testemunhas e poderá apresentar defesa (Art. 278, caput de acordo com a Lei nº 9.245/95). A conciliação, instrução e julgamento se fazem nesta mesma audiência (Arts. 278, 281, com redação dada pela Lei nº 9.245/95) [...]¹¹

Uma outra presença importante esculpida no Estatuto da Cidade, em seu Art. 13, caput, é a condição da ação de usucapião especial ser usada como meio de defesa, ante uma ação petítória ou possessória. Nesse sentido tem-se a Súmula nº 237, do STF, arrematando que a “usucapião pode ser argüida em defesa” e nesse diapasão, Sílvio de Salvo Venosa se posiciona quanto à defesa do possuidor, dizendo que “eles são demandados em ação reivindicatória pelo proprietário e apresentam a posse e demais requisitos como matéria de defesa ou em reconvenção, nesta pedindo o domínio da terra[...]”¹², posto que o proprietário, por total falta de compromisso com o seu imóvel, caracterizando uma desídia, não o utilizou, ensejando que uma outra pessoa viesse a possuí-lo, dando-lhe uma destinação legítima, que é a moradia, cumprindo a função social da propriedade, através da usucapião.

Além desses pontos abordados, não se pode deixar de mencionar o fato da gratuidade da justiça, em relação ao autor ou aos autores da ação, inclusive quanto às despesas de registro da sentença judicial, perante o Ofício de Registro de Imóveis, já

que sua destinação maior é voltada às pessoas de um menor potencial financeiro, na forma do Art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição e do Art. 12, parágrafo segundo, do Estatuto da Cidade, *in verbis*:

Art. 5º[...]

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;  
[...]

Art. 12 São partes legítimas para a propositura da ação de usucapião especial urbana:

[...]

§ 2º O autor terá os benefícios da justiça e da assistência judiciária gratuita, inclusive perante o cartório de registro de imóveis.

Outrossim, não se paga o imposto de transmissão inter vivos (ITBI), pois é uma aquisição originária, e o fundamento do ITBI é a transmissão de bens imóveis a qualquer título, por ato oneroso, pela natureza ou por acessão física, e de direitos reais, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição, conforme o Art. 156, II da CF, no qual não resta enquadrado a usucapião especial urbana.

Diante de todas essas considerações legais e doutrinárias, passaremos ao aspecto da função social da usucapião especial urbana, um pouco já falado neste capítulo e que será aprofundado no que segue.

#### **4 A IMPORTÂNCIA DO ESTATUTO DA CIDADE PARA EFETIVAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE**

Como já falado anteriormente, o Brasil, nos últimos anos, passou por uma profunda transformação, com a migração das pessoas do campo para a cidade, na busca de trabalho e, por conseguinte, melhores condições de vida.

Diante dessa rápida transformação, as cidades, como não possuíam, e até hoje não possuem, a estrutura necessária para abrigar todo esse contingente populacional, passou e passa por dificuldades sérias, pois essas pessoas, ao chegarem nos grandes centros, encontram situações contrárias às imaginadas, em virtude da falta de emprego e de uma condição de vida sub-humana, muitas das vezes. A única saída para tais pessoas foi a ocupação de áreas periféricas, gerando a favelização das cidades, conforme o Censo 2000<sup>13</sup> feito pelo IBGE, no qual se atestou que em 56,5% dos municípios com população entre 50 mil e 100 mil habitantes existem favelas, o mesmo acontecendo em 79,9% daqueles com população entre 100 mil e 500 mil habitantes. Não se pode esquecer de mencionar os sem-teto, que nem mesmo em favelas conseguem morar, pela superlotação, tendo como única alternativa, dormir sob marquises, pontes ou viadutos, ou seja, nas ruas.

No intuito de solucionar essa problemática e aliado a outros importantes instrumentos legais, como a Constituição Federal de 1988, veio em 2001, a Lei nº 10.257, o Estatuto da Cidade, definir a nova política urbana brasileira, na busca de desenvolver as funções sociais da Cidade, bem como da propriedade urbana.

Além dos fatos que ensejaram essa nova concepção urbana, os precursores do Estatuto da Cidade efetivamente foram os Arts. 182 e 183, da CF, já que a referida norma veio regulamentar, *in verbis*:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Art. 183 - Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Porém, a idéia de uma legislação que desse enfoque ao desenvolvimento urbano, remonta a 1982, quando estudos iniciais foram realizados nesse sentido, através do CNDU – Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano, que contou com as participações de Hely Lopes Meirelles e Miguel Reale, tendo, só em 2001, sido concretizado o Estatuto da Cidade, chamado por Diógenes Gasparini de “Lei de Responsabilidade Social”<sup>14</sup>, após sofrer uma série de mudanças e alguns vetos Presidenciais. Segundo Gasparini, o objetivo da referida lei é:

Estabelecer diretrizes gerais da política urbana, que, por sua vez, visa ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade. São funções sociais da cidade as ligadas à habitação, ao trabalho, à circulação e à recreação, enquanto são funções sociais da propriedade as relacionadas pelo Art. 2º desse diploma legal: ‘... direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações’.<sup>15</sup> (grifo do autor)

Como é sabido, o Estatuto da Cidade é uma legislação oriunda da competência legislativa da União, estabelecendo diretrizes que devem ser seguidas e complementadas pelos Municípios, e jamais contrariadas, pois são normas imperativas. À Administração Municipal compete a elaboração do plano diretor, legislando de uma forma amíúde, levando em consideração as peculiaridades locais.

#### **4.1 A função social da propriedade**

É notório que a luta por melhores condições de vida no Brasil remonta ao Império, com a busca pela abolição da escravatura, que, também, recai sobre a questão da terra e, nesse particular, a busca pela gleba foi e é traduzida por sua melhor distribuição, conhecida como reforma agrária. Sem dúvida, em todo esse passado,

várias tentativas foram feitas para efetivá-la, como o sistema das capitânicas hereditárias, as sesmarias, entre outras formas. Contudo, a maior parte delas tinha uma destinação que não cumpria a socialização da terra como um todo, já que era destinada a um público seleto de aristocratas, caracterizados pelos senhores de engenhos, latifundiários e coronéis.

No Brasil, a função social foi erigida a uma categoria constitucional, em 1934 com a Carta Política daquele mesmo ano, cuja Presidência da República cabia ao sr. Getúlio Vargas, por inspiração da Constituição mexicana de 1917 e a de Weimar (Alemanha) de 1919, que foram marcadas por profundas revoluções, traduzidas em melhores condições de vida para os seus nacionais, carta esta que trouxe a lume alguns direitos, consagrando o referido presidente como populista.

A Encíclica papal *Mater et Registra*, de 1961, do Papa João XXIII preconizava que o direito de propriedade é natural ao homem, porém deve o seu exercício ser galgado na função social, beneficiando o máximo de pessoas possível. De uma forma pretérita, as Encíclicas *Rerum Novarum*, em 1891, do Papa Leão XIII, assim como a *Quadragesimo Anno*, em 1931, do Papa Pio XI, apresentaram, também, forte caráter social a esse respeito, já que tentavam minimizar as mazelas sofridas pela população mundial, resgatando a propriedade como forma de dignificar o homem.

Outro instrumento legislativo que versou sobre a terra, e de maneira tímida, sobre o Estado de Bem Estar Social, foi o Estatuto da Terra de 1964, que intentou minimizar a tradição latifundiária, mas que não teve uma força tão grande, já que não conseguiu sobrepor a função social à forte idéia de supremacia da propriedade privada. Ela estendia alguns direitos aos camponeses, mas os mantinham numa posição secundária, em relação ao dono da propriedade. A única consequência jurídica imposta ao não cumprimento da função social da propriedade era a possibilidade da desapropriação, quando aquela não fosse atendida, mas era uma medida quase nunca aplicada, pois a pressão política nesse período era um impeditivo a essa aplicação.

Atualmente, positivada nos Arts. 5º, XXIII e 170, III da Constituição Federal, a função social da propriedade significa que o proprietário de um imóvel não poderá utilizar o seu bem de uma forma egoística, visando única e exclusivamente a sua vontade, e, sim, vislumbrando o interesse coletivo. Nesse mister da utilização da propriedade em meio a função social, Manoel Gonçalves Ferreira Filho tece o seguinte comentário:

Reconhecendo a função social da propriedade, sem a renegar, a Constituição não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas exige que o uso da coisa seja condicionado ao bem-estar geral. Não ficou, pois, longe o constituinte da concepção tomista de que o proprietário é um procurador da comunidade para a gestão de bens destinados a servir a todos, embora não pertençam a todos.<sup>16</sup>

Esse caráter social defluiu da necessidade e das reivindicações por uma gestão democrática do espaço urbano, de modo a expurgar o falso domínio, já que propriedade que não cumpre sua função é propriedade ao alvedrio da Constituição.

O Estatuto da Cidade, em seu Art. 39, expõem de forma clara os fatores que efetivam o princípio da função social da propriedade urbana, *in verbis*:

Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o

atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no Art. 2º desta Lei.

Contudo, o Brasil é um país que em um curto espaço de tempo passou de rural a eminentemente urbano, acarretando uma série de transformações, desaguando em problemas urbanísticos graves, o que gerou a favelização de muitas cidades e o surgimento de vários movimentos sociais, como o dos sem-teto. Desta maneira, esse mecanismo de ajustamento foi posto como uma forma de, pelo menos, amenizar a situação existente, transmutando o subjetivismo de disposição absoluta da propriedade que, sempre a marcou, à uma concepção voltada ao social, buscando uma maior solidariedade entre os seres.

Partilhando desse objetivo, Sílvio de Salvo Venosa expõe a necessidade de que o imóvel atenda a sua finalidade social, seja de moradia ou de produção, da seguinte maneira:

O que leva alguém a apossar-se de imóvel para obter um teto é a ânsia da moradia, fenômeno social marcante nos centros urbanos. Por outro lado, há interesse do Estado de que terras produtivas permaneçam em mãos trabalhadoras e não com o proprietário improdutivo.<sup>17</sup>

Inobstante a isso, o Estado deve estar sempre presente, dinamizando as relações, evitando incongruências sociais e jurídicas, e nesse sentido Sílvio de Salvo Venosa tem o seguinte pronunciamento:

O Estado não pode omitir-se no ordenamento sociológico da propriedade. Deve fornecer instrumentos jurídicos eficazes para o proprietário defender o que é seu e que deve ser utilizado em seu proveito, de sua família, e de seu grupo social. Deve, por outro lado, criar instrumentos legais eficazes e justos para tornar todo e qualquer bem produtivo e útil. Bem não utilizado ou má utilizado é constante motivo de inquietação social. A má utilização da terra e do espaço urbano gera violência.<sup>18</sup>

Ainda que a legislação tenha um escopo saudável, fomentando a socialização da propriedade, através da usucapião especial urbana, não se pode esquecer que a realidade brasileira é marcada pela corrupção e pela fraude, assim, algumas pessoas podem se valer, principalmente na usucapião coletiva, da boa vontade dos legitimados a usucapir para obter vantagens econômicas, como favores políticos também, já que a busca pela terra é algo bastante antigo no Brasil.

#### **4.2 Usucapião especial urbana como pacificadora da sociedade**

A usucapião especial urbana é um instrumento da política urbana que congrega interesses individuais e coletivos buscando solucionar a querela habitacional, tendo o Poder Público o dever de urbanizar as áreas, regularizando as moradias das pessoas e dando condições de uma vida digna as mesmas.

Chamada também de usucapião pro morare, ela visa estabilizar e tutelar a propriedade do possuidor, retirando qualquer vício ou dúvida acerca da sua posse, fomentando a efetiva ocupação do solo urbano. Como corolário de novas



transformações sociais, a usucapião especial urbana alojada no Estatuto da Cidade busca interatividade com a sociedade, com o objetivo de que seja amplamente utilizada, para então proporcionar o seu mister, qual seja o de pacificar o meio social, através da concessão de moradia, a quem não possui, melhor distribuindo o solo urbano, efetivando o princípio da dignidade da pessoa humana, assim, Celso Antonio Pacheco Fiorillo enfatiza a força da Lei nº 10257/2001, como norma de ordem pública e interesse social, quando assim dispõem:

As normas de ordem pública e interesse social, que passam a regular o uso da propriedade nas cidades, deixam de ter caráter única e exclusivamente individual assumindo valores metaindividuais na medida em que o uso da propriedade, em decorrência do que determina o Art. 1º, parágrafo único do Estatuto da Cidade, passa a ser regulado em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos assim como do equilíbrio ambiental.<sup>19</sup>

Uma dúvida acerca da usucapião especial e que por via de consequência atinge a pacificação social e jurídica é a dimensão do imóvel (terreno ou construção) usucapiendo, tendo este que ser necessariamente de 250 m<sup>2</sup> ou se pode haver a propositura da usucapião em uma área possuidora de metragem maior do que a citada, mas que de efetiva ocupação, atenda aos 250 m<sup>2</sup>.

Alguns posicionamentos são no sentido de que uma área maior do que 250 m<sup>2</sup> deve ter a usucapião regulada pelas leis civis, ou seja, pela usucapio ordinária ou extraordinária, de acordo com o tempo de posse exercida nesse imóvel. No entanto, uma outra corrente doutrinária defende que mesmo sendo uma área maior que a já citada, pode-se aplicar a modalidade especial urbana, desde que o pedido seja limitado ao numerário legal, (como por exemplo: uma área de 300 m<sup>2</sup>, poderá ser usucapida de forma especial urbana até os 250 m<sup>2</sup>, legalmente previstos), uma vez que o sentido maior desse instituto, como da Constituição Cidadã de 1988 e da Lei nº 10257/2001, será atendido, qual seja, o de estabelecer a função social da propriedade, propiciando moradia para quem não a tem.

Contudo, entendo que no caso aludido, o direito de propriedade deve ser respeitado, uma vez que as outras modalidades podem ser aplicadas e não a via específica da usucapião especial urbana, pois admiti-la seria banalizar o seu uso, uma vez que parte do imóvel iria sobejar, ficando até difícil de precisar qual quantidade de terra foi utilizada e qual não teve uma destinação. Ademais, o direito conferido ao proprietário estaria desprotegido, ocasionando uma insegurança jurídica tremenda. Além disso, não é cabível a fungibilidade nas ações de usucapião, pois cada uma delas possui requisitos específicos como foi abordado anteriormente. Essa é uma medida que tende efetivar uma tutela a própria, usucapio especial urbana, já que sua utilidade é de promover a habitação, distribuindo de forma equânime o solo urbano, não podendo ser utilizada descompromissadamente, em razão de especulação imobiliária, o que é aviltante.

Sendo assim, a atuação da autoridade judiciária é imprescindível, no tocante a sua decisão, pois esta vai estabelecer a socialização da propriedade, e também a justiça, não se podendo esquecer de que deve haver um entendimento no sentido de harmonizar os interesses do proprietário, com o do Estado-sociedade.

## Notas de Fim

- <sup>1</sup> LAFAYETTE, apud RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito das Coisas**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5. p. 77
- <sup>2</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 774.
- <sup>3</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro: Direito das Coisas. 18. ed..São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4. p.102.
- <sup>4</sup> RUIZ, Arangio apud DINIZ, Maria Helena., op. cit., 2002, v. 4. p. 142.
- <sup>5</sup> DOMAT, apud DINIZ, Maria Helena., op. cit., 2002, v. 4. p. 143.
- <sup>6</sup> MODESTINO, apud RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito das Coisas**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5. p. 108.
- <sup>7</sup> DINIZ, Maria Helena. op. cit., 2002, v. 4. p. 148.
- <sup>8</sup> RODRIGUES, Sílvio. op. cit., 2002, v. 5. p. 110-113.
- <sup>9</sup> RAMOS, Diliani Mendes. Principais inovações introduzidas pelo Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) na ação de usucapião especial urbano. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 131, 3 jun. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5289>>. Acesso em: 01 set.2004.
- <sup>10</sup> SALLES, José Carlos de Moraes. Usucapião de bens móveis e imóveis. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 206.
- <sup>11</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 508.
- <sup>12</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo., op. cit., 2002, v. 5. p. 203.
- <sup>13</sup> SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de Direito Processual Civil**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1. p. 25-26.
- <sup>14</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo., op. cit., 2002, v. 5. p. 203.
- <sup>15</sup> Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/censo/default.php>>. Acesso em: 10 maio 2005
- <sup>16</sup> GASPARINI, Diógenes. **O Estatuto da Cidade**. São Paulo: NDJ, 2002, p. 5.
- <sup>17</sup> Id. ibid, p. 5.
- <sup>18</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 353.
- <sup>19</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo., op. cit., 2002, v. 5. p.202.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. São Paulo: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Estatuto da Cidade. Presidência da República -Casa Civil, Brasília, DF, 10 jul. 2001. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2005.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. São Paulo:

Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6015, de 31 de dezembro de 1973.** Lei de Registros Públicos. Presidência da República – Casa Civil, Brasília, DF, 31 dez. 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2005.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 340.** Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin>>. Acesso em: 30 maio 2005.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 11.** A presença da União ou de qualquer de seus entes, na ação de usucapião especial, não afasta a competência do foro da situação do imóvel. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/sumulas/doc.>>. Acesso em: 30 maio 2005.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Provimento nº 06,** de 13 de maio de 1999. Disponível em: <[http://www.tj.ce.gov.br/pdf/co\\_provimento\\_06\\_1999.pdf](http://www.tj.ce.gov.br/pdf/co_provimento_06_1999.pdf)>. Acesso em: 30 maio 2005.

## LIVROS E INTERNET

AGHIARIAN, Hércules. **Curso de Direito Imobiliário.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio. **Direito à moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade** – diretrizes, instrumentos e processos de gestão. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CENEVIVA, Walter. **Lei de Registros Públicos Comentada.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CABRAL, André Luiz Cavalcanti. **O usucapião especial de imóvel urbano coletivo** – uma demonstração de maturidade democrática. Disponível em: <[http://www.ccj.ufpb.br/primafacie/revista/artigos/artigo\\_10.pdf?f=14](http://www.ccj.ufpb.br/primafacie/revista/artigos/artigo_10.pdf?f=14)>. Acesso em: 13 mar. 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito das Coisas.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Estatuto da Cidade Comentado: Lei 10.257/2001: Lei do Meio Ambiente Artificial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GASPARINI, Diógenes. **O Estatuto da Cidade.** São Paulo: NDJ, 2002.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo 2000.** Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/censo/default.php>>. Acesso em: 10 maio 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. **Perfil do usucapião constitucional.** Disponível em: <<http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina74.doc>>. Acesso em: 13 mar. 2005.

PEREIRA, Luis Portella. **A função social da propriedade urbana**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

RAMOS, Diliansi Mendes. Principais inovações introduzidas pelo Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) na ação de usucapião especial urbano. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 131, 3 jun. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5289>>. Acesso em: 01 set.2004.

ROCHA, Ibraim José das Mercês. Ação de usucapião especial urbano coletivo. Lei nº 10.257/2001 (ESTATUTO DA CIDADE): enfoque sobre as condições da ação e tutela. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina>>. Acesso em: 10 set. 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das Coisas**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 05.

SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de bens móveis e imóveis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de Direito Processual Civil**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 01.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v. 05.

## EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA COMO ALTERNATIVA PARA CAPACITAÇÃO PROFISSIONAL A EXPERIÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

**Edilson Baltazar Barreira Júnior**

*Mestre e doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará  
Professor e coordenador do Curso de Especialização em Direito Público da  
Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará  
Analista Judiciário Adjunto e Diretor da Divisão de Recrutamento e  
Desenvolvimento de Pessoal do Tribunal de  
Justiça do Estado do Ceará  
Pesquisador associado ao Núcleo de Estudos em Religião, Cultura e Política da  
Universidade Federal do Ceará*

### 1 Introdução

A educação a distância (EaD) não é uma modalidade educacional nova. No Brasil, espalharam-se as mais diversas experiências nesta forma de ensino. Quem não se lembra dos cursos por correspondência do Instituto Universal Brasileiro ou do ensino televisivo das séries terminais do antigo 1º Grau veiculado pelas emissoras educativas?

Mesmo assim, no Brasil, com dimensões continentais, a educação a distância surgiu tardiamente. O rádio foi o primeiro meio de comunicação de massa utilizado para transmissão de projetos educacionais. Em 1937, o Ministério da Educação criou o Serviço de Radiodifusão Educativa. Entretanto, somente em 1960, a primeira ação sistêmica em EaD do Governo Federal teve início com o contrato firmado entre o Ministério da Educação (MEC) e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Niskier (1993) assevera que tal experiência consistiu na expansão das escolas radiofônicas por todos os Estados do Nordeste, dando início ao Movimento de Educação de Base (MEB) como um modelo de educação não formal.

O uso da televisão em EaD inicia-se a partir de 1966 com a criação de oito emissoras de televisão educativa. As pioneiras foram: TV Universitária de Pernambuco, TV Educativa do Rio de Janeiro, TV Cultura de São Paulo, TV Educativa do Amazonas, TV Educativa do Maranhão, TV Universitária do Rio Grande do Norte, TV Educativa do Espírito Santo e TV Educativa do Rio Grande do Sul. No entanto, o grande marco de televisão educativa se dá em 1967, com a criação da Fundação Padre Anchieta, pelo Governo do Estado de São Paulo, cujo objetivo era a promoção de atividades artísticas e culturais por meio do rádio e da televisão. No Ceará, apenas em 1974, a TVE começa a gerar tele-aulas.

Posteriormente, surgiram algumas iniciativas exitosas em EaD, cujo foco era o ensino universitário. Ressalta-se a aprovação, em caráter experimental, pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) do Programa de Pós-Graduação Tutorial a Distância (POSGRAD) gerenciado pela Associação Brasileira de Tecnologia Educacional (ABT).

No mundo, o marco inicial em EaD ainda é bastante controverso. Alguns historiadores desta modalidade educativa apontam para o século XVIII, quando destacam a experiência de um jornal em Boston, nos Estados Unidos, que publicava em suas páginas matérias educacionais. Outros estudiosos, porém, indicam que o pioneirismo é

da Universidade de Chicago, que em 1881 criou um curso de língua hebraica por correspondência.

A Rússia, conforme registra Oliveira (1985), desde 1920, já formava metade de seus engenheiros através de EaD. Na década de 1960, a Inglaterra criou o seu modelo de universidade aberta<sup>1</sup> conhecida como *Open University*, que graduava mais de dez mil alunos por ano. Nos Estados Unidos, ressalta a experiência da Universidade Tecnológica Nacional que era composta por um consórcio de várias instituições como a Universidade de Stanford, cujo objetivo principal era ministrar cursos de engenharia a distância. Nos anos de 1980, a China, sob orientação do Banco Mundial, formava mais de dois milhões e meio de alunos em cursos universitários por meio de EaD. A Índia também tem um grande programa de estudos universitários nesta modalidade de ensino.

Apenas a partir dos anos de 1990, com o desenvolvimento da internet e o acesso ao computador doméstico, é que a EaD ganhou uma ferramenta mais interativa viabilizando oportunidades educativas para que os sujeitos espalhados pelos mais variados locais do planeta pudessem urdir aprendizagens de modo colaborativo.

Esta revisão histórica é importante para mostrar que a educação a distância é uma alternativa ao modelo convencional, ou seja, aquele em que professores e alunos se encontram no mesmo espaço físico, a sala de aula. Portanto, uma definição simples de EaD “é o processo de ensino-aprendizagem, mediado por tecnologias, onde professores e alunos estão separados espacial e/ou temporalmente” (MORAN, 1994, p.1).

Este artigo pretende abordar sobre a primeira experiência em EaD do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e busca responder algumas questões: qual a recepção dos servidores para esta forma de ensino? Em que medida os treinamentos em EaD têm contribuído para mudanças efetivas no contexto da organização? Qual o nível de evasão?

A proposta deste artigo se justifica, pois discutir EaD como meio de capacitação funcional mostra que o Poder Judiciário Cearense não parou no tempo, quando reconhece os avanços tecnológicos e as mudanças qualitativas provocadas no mundo do trabalho. Tal condição, portanto exige uma reflexão entre tecnologia e educação.

O interesse pessoal pela temática se deve ao fato da recente participação no curso de formação de tutores para educação a distância, bem como em decorrência da atuação como gestor na área de treinamento do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

A pesquisa aborda o estudo de um caso específico, desta forma, pretendeu-se elaborar uma pesquisa social empírica investigando o fenômeno da educação a distância no contexto do Poder Judiciário Cearense sustentada com dados colhidos junto ao Departamento de Recursos Humanos do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

## **2 EaD e Tecnologia Educacional**

O mundo atual vem passando por várias reconfigurações sociais. Uma das características da sociedade moderna é o uso intensivo das tecnologias da informação e da comunicação nos setores econômicos, políticos, sociais e educacionais.

O conceito de educação a distância está longe de ser consensual. Algumas definições referem-se ao processo de “ensino/aprendizagem onde professores e alunos não estão normalmente juntos, fisicamente, mas podem estar conectados, interligados por tecnologias, principalmente, as telemáticas, como a internet. Mas também podem ser utilizados o correio, o rádio, a televisão, o vídeo, o CD-Rom, o telefone, o fax e tecnologias semelhantes” (MORAN, 1994, p.1). Mesmo não havendo uma unanimidade para uma conceituação de EaD, porém, muitos estudiosos, como Aretio (1987, p.59), concordam que os traços definidores são:

- 1 a separação professor-aluno;
- 2 a utilização sistemática de meios e recursos tecnológicos;
- 3 aprendizagem individual e autônoma;
- 4 apoio de uma organização de caráter tutorial;
- 5 a comunicação bidercional.

Portanto, da definição de Moran (1994) e das diretrizes elencadas por Aretio (1987), verifica-se que a utilização das mais diversas mídias possibilitou a disseminação e democratização da educação nos mais variados níveis e alcançando um grande número de pessoas.

Assim, estabelece uma relação entre tecnologia e educação. Surge então, o conceito de tecnologia educacional (TE), cuja concepção mais difundida, segundo Oliveira (1977, p. 5) “é a de equipamentos audiovisuais e outras ferramentas e utensílios com fins educacionais”, ou como define Lobo Neto:

A tecnologia educacional é, fundamentalmente, a relação entre a Tecnologia e a Educação, que se concretiza em conjunto dinâmico e aberto de princípios e processos de ação educativa, resultantes da aplicação do conhecimento científico e organizado à solução ou encaminhamento de soluções para problemas educacionais (*apud* NISKIER, 1993, p. 15).

O debate teórico em torno dos sentidos atribuídos à concepção de tecnologia educacional tem sido bastante frutífero, mas há quase uma unanimidade entre os especialistas em TE, entre os quais NISKIER (1993, p. 126), da necessidade de voltar ao sentido original do termo grego *technikós*, como arte aplicada, buscando fugir das conotações que a palavra possui, visto que muitas vezes é reduzida ao uso de equipamentos e meios na educação. Esta proposta meramente instrumental dominou a primeira fase da TE.

Assim, no conceito de TE formulado na primeira fase, identifica-se, claramente, um enfoque tecnicista, pois havia um desejo de resolver os problemas da educação com a simples introdução de instrumentais, muitas vezes sofisticados e caros. Sem perceber estavam colocando “remendos novos em odres velhos”, cuja implicação imediata era a inadequação desta prática, uma vez que a adição dos referidos meios ao sistema tradicional não era capaz de produzir as mudanças significativas nas carências levantadas pelos educadores. O que perpassava por esta concepção de TE era a percepção de que a educação não estava sendo eficiente como se esperava. Assim, no afã de solucionar os diversos problemas educacionais, laçam mão dos multimeios e instrumentos na tentativa de inovar (ABT, 1982).

Posteriormente, surge uma nova concepção de TE, cuja ênfase recaía na preocupação exagerada com técnicas de planejamento, bem como no processo de ensino. Esta formulação conceitual, segundo Oliveira (1977), ainda estava aliada à visão pragmática de eficiência que norteou a primeira fase. A implicação notória desta atitude é que ela impede a identificação clara de que o uso de instrumentos e meios metodológicos e tecnológicos poderiam produzir mudanças ao sistema educacional, desde que não houvesse um distanciamento da realidade com a implementação de uma visão mecanicista e automática. Portanto, conclui-se que o enfoque sistêmico dado aqui é o mesmo concebido na primeira fase, isto é, a de modernização e tecnificação do ensino.

A fase atual do desenvolvimento conceito de TE busca apresentá-lo de maneira ampliada, investindo na tentativa de revisão conceitual e de valores, a fim de levar uma renovação ao sistema educacional. A revisão não pretende que a TE abarque o conceito de educação nos seus múltiplos aspectos. Entretanto, busca a retomada de um horizonte mais abrangente, incorporando aspectos filosóficos, históricos, econômicos, sociais, culturais que levem à efetivação das mudanças, bem como da liberação dos modelos rígidos de inovação globalizante. Como ressalta Chaves, citado por Powarczuk (2002), não estaremos mais falando em educação a distância, mas de aprendizagem mediada pela tecnologia, pois:

Esse modelo deverá ser centrado no aprendente, em suas necessidades, em seus interesses, em seu estilo e em seu ritmo de aprendizagem. Quem quiser participar desse processo terá que disponibilizar, não cursos convencionais ministrados a distância, mas, sim, ambientes ricos em possibilidades de aprendizagem. (CHAVES *apud* POWARCZUK, 2002, p. 16).

As mudanças tencionadas para a TE não serão efetivadas de imediato, tendo em vista que os impactos serão diferentes. No entanto, não se pode perder vista a totalidade, sob a alegação de que as alterações são lentas e assim cair no imediatismo eficientista de efetivar mudanças apenas em partes fragmentadas do sistema. Tais mudanças devem ser acompanhadas de uma opção filosófica clara, que tenha em vista o desenvolvimento integral do homem, dentro do ambiente social dinâmico no qual ele vive, visto que o seu compromisso não é apresentar o novo simplesmente pela novidade, mas como um esforço constante que leve à renovação da educação.

### **3 Legislação para Educação a Distância no Brasil**

A última conceituação de tecnologia educacional debatida inclui um compromisso social e político que impõe uma discussão sobre as diretrizes oficiais para a educação a distância.

A EaD, assim como a modalidade presencial, carece de uma legislação específica. O Decreto-Lei nº 236, de 28 de fevereiro de 1967, regulamentou o exercício da liberdade da radiodifusão e definiu que este meio poderia ser utilizado em ações educativas:



Art 13. A televisão educativa se destinará à divulgação de programas educacionais, mediante a transmissão de aulas, conferências, palestras e debates.

Parágrafo único. A televisão educativa não tem caráter comercial, sendo vedada a transmissão de qualquer propaganda, direta ou indiretamente, bem como o patrocínio dos programas transmitidos, mesmo que nenhuma propaganda seja feita através dos mesmos.

Art 14. Somente poderão executar serviço de televisão educativa:

a União;

os Estados, Territórios e Municípios;

as Universidades Brasileiras;

as Fundações constituídas no Brasil, cujos estatutos não contrariem o Código Brasileiro de Telecomunicações;

§ 1º - As Universidades e Fundações deverão, comprovadamente possuir recursos próprios para o empreendimento.

§ 2º - A outorga de canais para a televisão educativa não dependerá de publicação de edital previsto do artigo 34 do Código Brasileiro de Telecomunicações.

Art 15. Dentro das disponibilidades existentes ou que venham a existir, o CONTEL reservará canais de Televisão, em todas as capitais de Estados e Territórios e cidades de população igual ou superior a 100.000 (cem mil) habitantes, destinando-os à televisão educativa.

Art 16. O CONTEL baixará normas determinando a obrigatoriedade de transmissão de programas educacionais nas emissoras comerciais de radiodifusão, estipulando horário, duração e qualidade desses programas.

O CONTEL era o órgão do Governo Federal responsável pela regulação do Código Brasileiro de Telecomunicações, o qual foi extinto quando da criação do Ministério das Comunicações. O valor desse Decreto-Lei para EaD foi inestimável, visto que regulamentou a utilização das emissoras de televisão para veiculação de programas educativos.

A Portaria 408, de julho de 1970, dos Ministérios da Comunicação e da Educação definiu os seguintes objetivos para os programas educativos: complementação do trabalho do sistema de educação regular; educação supletiva de adolescentes e adultos, além de educação continuada.

Portanto, os programas educacionais transmitidos pela televisão ainda estavam à margem dos sistemas oficiais de ensino<sup>2</sup>, quando muito eram apenas complementares. Esperava-se que a Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971, que fixou as diretrizes e bases para o ensino de 1º e 2º graus, avançasse um pouco mais, porém tratou da EaD de maneira tímida, pois se limitou ao ensino supletivo, quando declara no art. 25, § 2º:

Os cursos supletivos serão ministrados em classes ou mediante a utilização de rádios, televisão, correspondência e outros meios de comunicação que permitam alcançar o maior número de alunos.

Niskier (1993, p. 20) entende que esta era uma posição estreita de tecnologia educacional, pois prejudicava a eficiência escolar e sua possibilidade de aplicação nos sistemas regulares de educação, além de conter um preconceito subjacente, ou seja, ensino supletivo é para pobre.

Após vinte e cinco anos, entra no ordenamento jurídico a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabeleceu as diretrizes e bases da educação nacional (LDB), trazendo mudanças significativas para a EaD, que deixa de ter um caráter suplementar da educação formal ou mesmo de uma modalidade experimental para configurar-se como um modo de ensino no mesmo nível dos demais (BACHA FILHO, 2003). O texto legal determina:

Art. 80 – O Poder Público incentivará o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino a distância, em todos os níveis e modalidades de ensino, e de educação continuada.

§ 1º - A educação a distância, organizada com abertura e regimes especiais, será oferecida por instituições especificamente credenciadas pela União.

§ 2º - A União regulamentará os requisitos para a realização de exames e registro de diploma relativos a cursos de educação a distância.

§ 3º - As normas para a produção, controle e avaliação de programas de educação a distância e a autorização para a sua implantação, caberão aos respectivos sistemas de ensino, podendo haver cooperação e integração entre os diferentes sistemas.

§ 4º - A educação a distância gozará de tratamento diferenciado, que incluirá:

I – custos de transmissão reduzidos em canais comerciais de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

II – concessão de canais com finalidades exclusivamente educativas;

III – reserva de tempo mínimo, sem ônus para o Poder Público, pelos concessionários de canais comerciais.

Portanto, a LDB, de 1996, mudou radicalmente o *status* da EAD, que rompeu a condição marginal e veio instalar-se na escola e universidade, isto é, no contexto da educação formal. Esta norma incorporou as grandes mudanças sociais de nosso tempo aliada aos grandes avanços tecnológicos, como enfatiza Bacha Filho:

Enfrentar os desafios das novas tecnologias, superar conceitos e preconceitos, compreender a velocidade da informação e da competitividade de um mercado globalizado estão produzindo um cenário de intensa transformação social é fundamental para educadores e legisladores. Há um potencial imenso a ser explorado com a EAD, especialmente

no que se refere à democratização do acesso à educação. (2003, p. 29-30).

O art. 80, § 2º, da Lei nº 9.394/96 (LDB) definiu que a União iria regulamentar as ações em EaD. O Decreto Federal nº 2.494/98 tratou a EaD como uma forma de ensino, colocando no mesmo pé de igualdade com os outros níveis, exceção ao ensino fundamental regular. A referida norma, no art. 1º, expressa a concepção oficial de EaD, como sendo:

Educação a distância é uma forma de ensino que possibilita a auto-aprendizagem, com a mediação de recursos didáticos sistematicamente organizados, apresentados em diferentes suportes de informação, utilizados isoladamente ou combinados, e veiculados pelos diversos meios de comunicação.

O Decreto nº 2.494/98 foi revogado pelo Decreto nº 5622, de 19 de dezembro de 2005, que ampliou o conceito de EaD constante da norma anterior, ao definir no art. 1º, o seguinte:

Para fins deste Decreto, caracteriza-se a educação a distância como modalidade na qual a mediação didático-pedagógica nos processos de ensino e aprendizagem ocorre com a utilização de meios e tecnologias de informação e comunicação, com estudantes e professores desenvolvendo atividades educativas em lugares ou tempo diversos.

Os conceitos se aproximam, quando reconhecem que a EaD é ação pedagógica mediada por instrumentais das tecnologias da informação e da comunicação (TIC), criando condições de autonomia para o estudante.

É inegável a relevância das tecnologias da informação e da comunicação em um mundo globalizado, cujo impacto é sentido nas várias expressões sociais como a política, a economia, a arte, a ciência e a educação. No campo educacional, como pontuam Ferreira & Lobo (2005), as TIC têm viabilizado a construção de conhecimentos e saberes. Entretanto, ferramentas, como a internet, fornecem muitas informações, que não podem confundir-se com conhecimento, pois este é uma ação sócio-histórica construída pelos atores envolvidos e não um ente autônomo.

A frase “desenvolvendo atividades educativas em lugares ou tempos diversos” mantém a definição originária de EaD, visto que professores e alunos estavam em espaço e tempo diferentes. Os conteúdos eram remetidos por correspondência e posteriormente por outras mídias, como a televisão. Não havia interatividade entre professor e alunos, pois as dúvidas eram esclarecidas também por correspondência, fax ou telefone. O aluno era um solitário.

As diversas experiências em EaD já haviam quebrado o paradigma da territorialidade, com os novos meios de informação e comunicação, como a internet, altera também a noção de temporalidade. O novo modo de pensar a EaD se funda pela interatividade.

#### 4 A EaD no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

A relação entre trabalho e educação vem sendo enfocada por estudiosos das mais diversas áreas, tendo ganhado destaque com a revolução industrial. Manacorda (1991) destaca que, o contexto de luta de classes exacerbou a separação entre escola do doutor e a escola do trabalhador. Destaca ainda o mesmo autor, que a primeira revela-se livresca e desinteressada, enquanto a segunda preocupa-se com a formação profissional e prática.

O Brasil tentou superar essa dicotomia com a Lei nº 5.692/71, quando introduziu a profissionalização, no então ensino de 2º Grau, com isto tentava, no âmbito da escola, resolver a contradição própria das relações capitalistas de produção, bem como a separação entre teoria e prática como manifestação da divisão social e técnica de trabalho. Portanto, o ensino médio era, fundamentalmente, profissionalizante, e os estudos gerais ou clássicos assumiram um caráter de excepcionalidade.

Entendo que a Lei nº 5.692/71 ao instituir quase a obrigatoriedade da educação profissional no ensino médio, em vez de superar as contradições do mundo capitalista as acentuou. A nova LDB, Lei nº 9.394/96, surge em um cenário em que os pressupostos críticos começam a ser superados por uma nova forma de pensar a educação, aflorando os debates em torno da educação para o trabalho, mas sem criar ações dicotômicas entre teoria e prática. A mesma lei define como finalidade para o Ensino Médio, entre outras ações:

II – a preparação básica para o trabalho e a cidadania do educando, para continuar aprendendo, de modo ser capaz de se adaptar com flexibilidade as novas condições de ocupação ou aperfeiçoamento posteriores;

IV – a compreensão dos fundamentos científico-tecnológicos dos processos produtivos, relacionando a teoria com a prática, no ensino de cada disciplina.

A Lei nº 9.394/96 trouxe um capítulo exclusivo sobre a educação profissional, que destaca:

Art. 39 – A educação profissional, integrada às diferentes formas de educação, ao trabalho, à ciência e à tecnologia, conduz permanente desenvolvimento de aptidões para a vida produtiva.

Art. 40 – a educação profissional será desenvolvida em articulação com o ensino regular ou por diferentes estratégias de educação continuada, em instituições especializadas ou no ambiente do trabalho.

Estas orientações se conformam com as inúmeras transformações que se deram no mundo político-econômico e no interior do processo produtivo. Portanto, a educação se destaca como um espaço importante para a discussão das mudanças ocorridas no capitalismo.

Quando a LDB fomenta a articulação entre o ensino regular e “diferentes estratégias de educação continuada, em instituições especializadas ou no ambiente do

trabalho” reforça a importância do conhecimento para a existência e sucesso das organizações. Como o conhecimento é apreendido, compartilhado e desenvolvido pelos indivíduos, urge cada vez mais, no mundo corporativo, o desenvolvimento de ações de treinamento, desenvolvimento e educação.

Walter (2006) procedeu a uma rigorosa revisão de literatura sobre os conceitos de treinamento, desenvolvimento e educação chegando à seguinte síntese:

O treinamento é referente a ações educacionais de curta e média duração, composto por subsistemas de avaliação de necessidades, planejamento instrucional e avaliação, que visem à melhoria do desempenho funcional do indivíduo. O desenvolvimento é relacionado ao conjunto de experiências e oportunidades de aprendizagem, proporcionadas pela organização e que apoiaram o crescimento pessoal do funcionário, como por exemplo, ações educacionais de apoio a programas de qualidade de vida no trabalho, orientação profissional, autogestão de carreira e similares. Finalmente, a educação é relacionada a ou conjuntos de eventos de média e longa duração que objetivam a formação e qualificação profissional contínua dos empregados, como por exemplo, cursos de graduação e pós-graduação. (p.12).

Portanto, estes conceitos fundamentam a aprendizagem organizacional, a qual vem ganhando intensidade nos últimos anos em virtude de fatores como carência de pessoal qualificado, a elevada competitividade e a busca de novos caminhos que potencializem a administração de competências individuais e organizacionais (Walter, 2001).

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE) se insere neste contexto de educação corporativa, quando desenvolve ações de capacitação de seus servidores. Durante muito tempo, o treinamento no âmbito do TJCE ocorreu de forma assistemática e apenas no modo presencial.

Com a elaboração do plano estratégico do TJCE, a partir de 2007, foi possível identificar algumas “anomalias internas” que dificultavam as ações de capacitação como:

- a) falta de treinamento para formação de líderes e desprestígio da meritocracia;
- b) baixo investimento na capacitação dos servidores;
- c) ausência de “banco de ideias” que agrupe conhecimento acerca de práticas bem-sucedidas (gestão do conhecimento).

Diante de tal quadro, o plano sinalizou para alguns objetivos e ações estratégicas como:

- a) investir continuamente na identificação e desenvolvimento de competências e talentos humanos;
- b) unificar e democratizar o serviço de treinamento do Poder Judiciário, oferecendo oportunidades iguais a todos os servidores.

Portanto, o plano estratégico trouxe o grande desafio de educação corporativa que consistia na busca de uma resposta para a seguinte questão: como democratizar as ações de capacitação, alcançando todos os servidores, quando muitos estão espalhados por um extenso território?

A EaD foi a alternativa encontrada para viabilizar oportunidades iguais de treinamento a todos os servidores. O termo de referência intitulado *Educação a Distância para os Servidores do Poder Judiciário do Estado do Ceará* elaborado pela Secretaria de Administração justificou a escolha da modalidade:

O Programa de Educação a Distância do Poder Judiciário do Ceará é uma iniciativa estratégica de formação e qualificação, que oferece oportunidades de alto nível aos profissionais, de forma integrada ao seu processo de trabalho. Com isso, visa colaborar para a construção e consolidação do Sistema Judiciário com mais eficiência, eficácia e equidade [...] configura-se, assim, um espaço aberto, permitindo a participação ativa de todos os seus integrantes em condições de igualdade, migrando-se, progressivamente, da noção de curso (pontual) para a de programa de formação, estruturados em unidades de aprendizagem/módulos que possibilitam ao treinando estabelecer sua trajetória, baseado na realidade de seu processo de trabalho. (2008, p. 3-4).

Portanto, o documento alinhou o plano estratégico ao desenvolvimento organizacional, inserindo a EaD como parte do programa de educação continuada, que democratiza as vagas para treinamento<sup>3</sup>. A ênfase programática e sistêmica para a EaD é uma preocupação legítima para não cair nas ações assistemáticas ou pontuais como propõe o termo de referência. O texto reitera que a aprendizagem ocorra para o processo de trabalho. É bom lembrar, entretanto, o alerta de Adorno quando adverte que “é preciso romper com a educação enquanto mera apropriação de instrumental técnico e receituário para eficiência, insistindo no aprendizado aberto à elaboração histórica e ao contato com o outro não idêntico, o diferenciado. (1995, p. 27). No documento ecoa a advertência do pensador alemão, quando ressalta:

A implantação de uma base de educação a distância na justiça estadual não deve representar apenas a utilização de uma nova tecnologia educacional, mas a adoção de novos valores institucionais relacionados à educação profissional. A mudança de valores relacionada à educação profissional passa, também, por uma mudança de cultura, isso, em todos os segmentos envolvidos na relação de ensino. (2008, p. 4).

A EaD vista no termo de referência não pode se limitar apenas ao instrumental tecnológico, mas se consubstanciar em um programa de educação profissional levando em consideração as mudanças culturais.

Um projeto que consta do plano estratégico do TJCE aponta que, a médio prazo, os servidores deveriam ser treinados em conhecimentos jurídicos aplicados. Alinhado a esta orientação, o termo de referência definiu que o seu objeto consistia na contratação de uma instituição de ensino, credenciada pelo Ministério da Educação, que ministrasse, em curta duração, os seguintes cursos para 725 servidores: Direito Constitucional, Direito Penal, Direito Civil, Direito Processual Penal, Direito

Processual Civil, Direito Administrativo, Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado do Ceará e Regimento Interno e introdução à EAD e à Ação Tutorial.

O TJCE colheu as propostas de preços das seguintes instituições:

<b>INSTITUIÇÃO</b>	<b>VALOR/ALUNO (R\$)</b>
Fundação Cearense de Pesquisa e Cultura – FCPC/UFC	100,00
Universidade de Fortaleza – UNIFOR	300,00
Faculdade Integrada da Grande Fortaleza – FGF	180,00
Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP	301,20

Desta forma, o TJCE firmou contrato com a Fundação Cearense de Pesquisa e Cultura – FCPC da Universidade Federal do Ceará<sup>4</sup>, com dispensa de licitação, no valor de R\$ 85.000,00 (oitenta e cinco mil reais), considerando tratar-se de instituição sem fins lucrativos e de reconhecida competência ético-profissional.

O termo de referência também definiu quais as necessidades o treinamento por meio de EaD deveria satisfazer, inclusive indicando características para os ambientes virtuais de aprendizagem. Os cursos que seriam ministrados pela Fundação Cearense de Pesquisa e Cultura – FCPC da Universidade Federal do Ceará teriam que atender, entre outros, os seguintes pontos:

- a) curso na modalidade a distância será desenvolvido em ambiente interativo, na Internet, com meio magnético (CD ou DVD) e que disponibilize material para impressão, conteúdo em meio digital e acessado pela Internet;
- b) o ambiente para desenvolvimento do processo de aprendizagem, contendo salas de aulas virtuais, com suporte de comunicação tanto síncrona, como assíncrona (fóruns, webmails, chats), tanto entre os alunos, como entre estes e o professor-tutor;
- c) cada aluno deverá ter apoio de um professor tutor, responsável pelo acompanhamento e orientação sistemática do aluno. (TJCE, 2008, p. 5).

Portanto, o modelo de EaD buscado pelo TJCE baseia-se na iteratividade, pois:

É importante lembrar que o aspecto temporal, embora muitas vezes negligenciado, é de extrema importância: o contato regular e eficiente, que permite uma interação satisfatória e (segura) entre estudantes e a instituição “ensinante”, é crucial para a motivação do aluno, condição indispensável para a aprendizagem autônoma. A rigor, os problemas gerados pela separação no espaço – descontinuidade – podem ser mais facilmente superados por sistemas eficientes de comunicação simultânea entre os estudantes e professores

e entre os próprios alunos (BELONI *apud* POWARCZUK, 2002, p. 16)

Nesta atitude epistemológica, ressaltam Ferreira & Lobo (2005), que o papel do professor é de fundamental importância, pois figura como intermediador das discussões e das diversas atividades docentes. No caso específico da EaD, a mediação ocorre por meio de tecnologias digitais, fazendo com que o professor crie as condições de possibilidade para que os alunos construam o conhecimento de maneira autônoma e colaborativa.

A tutoria em EaD leva ao conceito de professor *on line* e a explicitação das competências necessárias para a sua atuação. Entre os papéis desempenhados por este ator educacional, que lança mão das TIC, Ferreira & Lobo (2005) destacam os seguintes: ação comunicativa, sensibilidade, senso crítico apurado, intuição, iniciativa.

Assim, implantado o modelo proposto pelo TJCE, em parceria com a Fundação Cearense de Pesquisa e Cultura – FCPC da Universidade Federal do Ceará, em que a internet foi utilizada como meio de treinamento a distância, chegou-se ao demonstrativo expresso quadro abaixo:

Curso	Carga Horária (H)	Matriculados	Evasão	Concludentes
DIREITO ADMINISTRATIVO	40	124	40 (32,25%)	84
DIREITO PENAL	40	122	26 (21,31%)	96
DIREITO CONSTITUCIONAL	40	116	21 (18,10%)	95
DIREITO CIVIL	40	120	32 (26,66%)	88
DIREITO PROCESSUAL PENAL	40	119	18 (15,12%)	101
INTRODUÇÃO A EAD E AÇÃO TUTORIAL	80	32	04 (12,5%)	28
TOTAL	-	633	141(22,27%)	492

Fonte: DRH-TJCE

O quadro acima mostra que a iniciativa inaugural do TJCE para capacitar seus servidores por meio da EaD pareceu satisfatória. Entretanto, alguns cursos apresentaram elevadas taxas de evasão.

Neste trabalho, evasão é entendida como o número de alunos que se matriculou e não cumpriu os requisitos para a conclusão do curso ou simplesmente abandonou. O fenômeno da evasão escolar tem sido objeto de muitas pesquisas, principalmente, em torno do modo presencial e focando a educação básica.

O que leva um estudante de EaD não concluir o curso? Alguns estudos tentaram responder esta questão, buscando encontrar os obstáculos que levam a evasão. Galusha citado por Walter (2006, p.55) aponta cinco possíveis barreiras para a não conclusão de um curso em EaD:

- a) insegurança com relação à aprendizagem a distância, movida por preconceito ou não perceber a relevância desta forma de estudos;
- b) falta de *feedback* ou contato com o professor/tutor;
- c) falta de suporte e serviços de tutoria, cronograma de estudos e assistência técnica;



- d) sensação de alienação e isolamento;
- e) primeira experiência de estudo na modalidade EaD.

Estas barreiras também seriam aplicáveis a EaD corporativa? Walter (2006, p. 64) relata os resultados de uma pesquisa feita com 13 grupos de coordenadores de EaD de diferentes organizações, cujo objetivo era investigar as altas taxas de evasão em cursos realizados via internet. Foram aplicados questionários com 375 alunos. Os fatores que mais influenciavam a evasão foram: falta de motivação (36%), desenho industrial inadequado (36%) e conflito na utilização do tempo com obrigações profissionais e familiares (33,1%).

No caso específico do objeto deste estudo, não há dados suficientes para apontarmos os fatores que levaram às altas taxas de evasão, como no curso de Direito Administrativo, que chegou a 32,25%. Porém, alguns obstáculos mencionados acima podem sinalizar como advertência para as próximas ações em EaD do TJCE.

### Considerações Finais

Ao longo deste artigo buscou-se mostrar o valor da educação a distância desde um simples treinamento até o ensino de pós-graduação. Esboçou-se um histórico da EaD, passando dos cursos por correspondência até chegar às avançadas tecnologias da informação e da comunicação aplicadas à educação.

Destacou-se também a decisão político-educacional expressa, fundamentalmente, na atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira, que conferiu a EaD um estatuto de educação formal e não apenas o caráter suplementar como no regramento anterior.

Estas informações corroboram a assertiva inicial de que a EaD é uma alternativa para a capacitação organizacional. Esta modalidade educacional foi o caminho encontrado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará para expandir e democratizar suas ações de treinamento, cujas deficiências foram apontadas pelo plano estratégico.

Observa-se um alto índice de evasão, superando os 20% (vinte por cento), cujas razões devem ser identificadas e corrigidas. Entretanto, isto não ofusca a experiência que viabilizou oportunidades de treinamento para aqueles excluídos das ações presenciais, inclusive capacitando alguns servidores para atuarem como tutores de aprendizagem em educação a distância.

### Notas de Fim

<sup>1</sup> Para Niskier (1993, p.81), o termo aberta refere-se ao fato de que esta modalidade de ensino é dirigida a todas as classes sociais utilizando meios de comunicação de massa.

<sup>2</sup> Sistema de ensino aqui entendido como integrando ao sistema educacional “é um conjunto complexo e organizado de entidades que, considerando a legislação de ensino, interage entre si e com o meio ambiente com finalidade de alcançar os objetivos estabelecidos para os diversos níveis de ensino” (FERNANDES, 1983).

<sup>3</sup> A Justiça Federal do Paraná também demonstrou a mesma preocupação de treinamento quando sublinha em seu informativo que: “como parte do planejamento

estratégico da Justiça Federal do Paraná relativo ao Programa Permanente de Capacitação dos Servidores, a Direção do Foro está realizando um estudo destinado à implantação do processo de ensino/aprendizagem a distância, o qual permitirá a participação de um maior número de servidores nos cursos ofertados” (TJPR, 2008, p. 6). Observa-se, portanto, que assim como para o TJCE, a EaD se revela para a JFPR, como alternativa de capacitação de seus servidores, bem como o alinha-se ao plano estratégico.

<sup>4</sup> Sobre a experiência da Universidade Federal do Ceará em EaD há o artigo de REBOUÇAS (2009) intitulado *Novos caminhos para o diploma*.

## Referências

- ADORNO. T. W. **Educação e emancipação**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TECNOLOGIA EDUCACIONAL (ABT). Tecnologia educacional: referencial teórico. **Tecnologia Educacional**, Rio de Janeiro, ano XI (47): 16-17, 1982.
- ARETIO, Lorenzo Garcia. Para uma definição de educação a distância. **Tecnologia Educacional**, Rio de Janeiro, ano XVI (78/79): 56-61, set/dez. 1987.
- BACHA FILHO, Teófilo. Educação a distância, sistemas de ensino e territorialidade. In: FRAGALE FILHO, Roberto (Org.). **Educação a distância: análise dos parâmetros legais e normativos**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.
- FERNANDES, Ricamar Peres de Brito. **Sistema educacional brasileiro: legislação e estrutura**. São Paulo: Atlas, 1983.
- FERREIRA, Simone de Lucena & LÔBO, Valéria Inês Tanajura. **De tutor a professor on line: que sujeito é esse?** In: Anais do XXV Congresso da Sociedade Brasileira da Computação. SBC-UNISINOS: São Leopoldo, 2005.
- JUSTIÇA FEDERAL DO PARANÁ. EaD – Ensino à Distância. **Justiça em Revista**. Curitiba, ano XXI (110): 6, set/out, 2008.
- MANACORDA, Mario Alighiero. **Marx e a pedagogia moderna**. São Paulo: Cprtez/ Autores Associados, 1991.
- MORAN, José Manuel. Novos caminhos para o ensino a distância. **Informe CEAD**, Rio de Janeiro, ano 1 (5): 1-3, out/dez. 1994.
- NISKIER, Arnaldo. **Tecnologia educacional: uma visão política**. Petrópolis: Vozes, 1993.
- OLIVEIRA, João Batista Araújo. **Universidade aberta: uma alternativa de ensino superior**. Brasília: Editora ABDF, 1985.
- \_\_\_\_\_. Tecnologia educacional: uma estratégia de inovação. In: OLIVEIRA, João Batista Araújo (Org.). **Perspectivas da tecnologia educacional**. São Paulo: Pioneira, 1977.
- POWARCZUK, Edgar. **A interação entre professor/tutor e aluno nas modalidades presencial e a distância do curso IPGN-SEBRAE**, 2002, p. (Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul).
- REBOUÇAS, Hérbely. Novos caminhos para o diploma. **Universidade Pública**,

Fortaleza, ano 9 (48): 16-21, mar/abr. 2009.

SAVIANI, Dermeval. **A nova lei da educação: LDB trajetória, limites e perspectivas.** Campinas: Autores Associados, 1997.

SCHUCH, Vitor Francisco (Org.). **Legislação mínima da educação no Brasil.** Porto Alegre: Sagra, 1988.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. **Educação a Distância para os Servidores do Poder Judiciário do Estado do Ceará.** 2008, p.1-8 (Termo de Referência).

WALTER, Amanda Moura. **Variáveis preditoras de evasão em dois cursos a distância.** 2006, p. (Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília).

Este número da revista foi composto na fonte Times New Roman, corpo 11.

O miolo foi impresso em papel tipo AP 75 g/m<sup>2</sup> e  
a capa em cartão supremo 240 g/m<sup>2</sup>. Impresso no Parque Gráfico do  
Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Departamento Editorial e Gráfico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Av. Ministro José Américo s/n - Cambéa - Fortaleza-CE.

Fone/Fax: (85) 3216.2634