

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 840

(Ano X)

(10/02/2018)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2018

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF) - Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional Universidade de Granda/Espanha.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

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

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

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

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

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

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SHN. Q. 02. Bl. F, Ed. *Executive Office Tower*. Sala 1308. Tel. 61-991773598 ou 61-3326-1789
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



08/02/2018 Luiz Flávio Gomes

» [Auxílio-moradia: quando indevido, é parasitismo patrimonialista](#)

ARTIGOS

09/02/2018 Guilherme Alexandre França de Lacerda

» [Universalização do direito à educação no ensino básico no século XXI: o caso brasileiro e latino americano](#)

09/02/2018 Fábio Mattos Leal Dias

» [A Legislação Anti-Feminicídio na América Latina](#)

09/02/2018 Caroline Damasceno Fonseca

» [A teoria da captura e a necessidade de independência das agências reguladoras no Brasil](#)

09/02/2018 Yuri Alexander Nogueira Gomes Nascimento

» [Da diferença entre princípios jurídicos e princípios morais na obra de Ronald Dworkin](#)

08/02/2018 Guilherme Alexandre França de Lacerda

» [Inteligência Artificial - os efeitos dessa tecnologia disruptiva na profissão jurídica](#)

08/02/2018 Guilherme Alexandre França de Lacerda

» [O Direito como sistema: visões de Hans Kelsen e Niklas Luhmann e uma possível comparação teórica.](#)

08/02/2018 Bernardo Mello Portella Campos

» [Excesso de prazo e a razoável duração do processo penal brasileiro](#)

08/02/2018 Fábio Mattos Leal Dias

» [Cortes Constitucionais e o senso comum do saber jurídico: a falsa ideia de defesa dos direitos civis de minorias](#)

08/02/2018 Rafaela Afonso Barreto

» [Os Princípios Jurídicos de Direito Penal](#)

07/02/2018 Brunna Frota Silva

» [Evolução dos parâmetros utilizados pelo judiciário para a legitimação da adoção à brasileira](#)

07/02/2018 Fábio Mattos Leal Dias

» [Análise das políticas educacional para o ensino básico do governo Lula e propostas de intervenção](#)

07/02/2018 Rafaela Afonso Barreto

» [As Modalidades de Responsabilidade pelo Dano Ambiental](#)

06/02/2018 Fábio Dias Costa

» [Análise acerca da natureza jurídica do tipo penal do art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro](#)

06/02/2018 Alice Santos Veloso Neves

» [Aspectos da nova regulação das atividades minerárias no Brasil](#)

06/02/2018 Silvia Primila Garcia Raskovisch

» [Novas perspectivas conferidas ao mandado de injunção](#)

06/02/2018 Bernardo Mello Portella Campos

» [O impacto desproporcional e o diálogo das Cortes](#)

05/02/2018 Alice Santos Veloso Neves

» [Pedido de Revisão nos Processos Administrativos Sancionadores](#)

05/02/2018 Ricardo Miranda Barbosa

» [O papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade](#)

05/02/2018 Silvia Primila Garcia Raskovisch

» [Recorte histórico dos conceitos de falência e recuperação de empresas no Brasil](#)

05/02/2018 Cíntia Muniz Rebouças de Alencar Araripe

» [\(Des\) controle dos incentivos fiscais](#)

MONOGRAFIA

08/02/2018 Maurício Schibuola de Carvalho

» [Em defesa da ação de direito material: uma análise teórico-pragmática sobre o instituto da ação de direito material à luz do Novo Código de Processo Civil](#)

06/02/2018 William Paul

» [A biologia evolutiva em uma proposta de abordagem ao ensino médio](#)

AUXÍLIO-MORADIA: QUANDO INDEVIDO, É PARASITISMO PATRIMONIALISTA

LUIZ FLÁVIO GOMES: é professor e jurista, Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madri e Mestre em Direito Penal pela USP. Exerce o cargo de Diretor-presidente do Instituto Avante Brasil. Atuou nas funções de Delegado, Promotor de Justiça, Juiz de Direito e Advogado. Atualmente, dedica-se a ministrar palestras e aulas e a escrever livros e artigos sobre temas relevantes e atuais do cotidiano.

Os donos do poder, que dividem em favor deles o bolo do orçamento público, praticam três tipos de parasitismo que desidrata diuturnamente o Estado brasileiro (a literatura interpretativa do Brasil – Sérgio Buarque de Holanda, Faoro etc. - chama isso de patrimonialismo):

1º) o político: agentes públicos que cuidam do dinheiro de todos como se fosse patrimônio privado, ingressando aqui todo tipo de fisiologismo, nepotismo, clientelismo, favoritismo, troca de favores, distribuição de cargos, nomeações de amigos incompetentes, manipulação de emendas parlamentares etc.

2º) o corporativo: agentes públicos ou privados (sindicatos, por exemplo) que contam com acesso ao poder para conquistar benesses indevidas; e

3º) o empresarial: agentes econômicos e financeiros que conseguem satisfazer seus interesses privados mediante o acesso ou a influência no poder político, alcançando isenções fiscais indevidas, empréstimos subsidiados, concessões fisiológicas, financiamentos privilegiados, sistema tributário favorecido etc.

O auxílio-moradia indevido, que é desfrutado por ministros de Estado, juízes e tantas outras corporações, insere-se na categoria do parasitismo sanguessuga do dinheiro público.

Um exemplo dessa escatologia ocorre quando um casal de juízes habita a mesma casa e recebe o penduricalho chamado auxílio-moradia, que se converteu numa espécie de “premiação” para aqueles agentes

estatais que já conseguiram comprar um imóvel na vida. É um tipo de reconhecimento do “mérito”.

Normalmente os programas de ajuda estatal são voltados para quem não tem imóvel (Minha Casa Minha Vida, por exemplo). Em várias ocasiões o auxílio-moradia, no entanto, é dado para os que têm imóvel próprio.

Esse auxílio-moradia concedido indiscriminadamente transforma-se num tipo de “aluguel” (um rendimento extra) pago com dinheiro público a quem já conseguiu seu imóvel. Mais uma vez é nossa República na contramão do que deveria ser o justo e equitativo.

A filha de um ministro, que é desembargadora, tem dois imóveis no Leblon. Como premiação extra, por já ter conseguido dois imóveis na vida, também recebe o auxílio-moradia. A ação que questiona os excessos do benefício está parada no STF há três anos. Seu relator é precisamente seu pai.

É triste ver os poderes estatais indo para o fundo do poço por causa dos seus próprios agentes. São as pessoas que fazem as instituições. Os agentes públicos que denigrem suas funções praticam uma espécie de alterofagia (devastação do outro) das suas próprias instituições, que vão morrendo por falta de credibilidade.

Quando várias instituições de um país não são confiáveis, o próprio país é visto como de segunda categoria. Temos que reconstruir a República brasileira, mas antes é preciso implodir o sistema vigente, que é corrupto, vetusto e degenerado.

O eleitor é o grande responsável pela implantação de uma nova República. Resta saber se em 2018 ele será um eleitor cidadão ou, mais uma vez, um cúmplice de ladrão.

UNIVERSALIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO ENSINO BÁSICO NO SÉCULO XXI: O CASO BRASILEIRO E LATINO AMERICANO

GUILHERME ALEXANDRE FRANÇA DE LACERDA:
Bacharelado do Curso de Direito da UnB -
Universidade de Brasília.

RESUMO: Este artigo, que será baseado em pesquisa bibliográfica, objetiva analisar o contexto do avanço democrático que se estabeleceu em relação ao acesso à educação básica no Brasil, além de realizar algumas considerações sobre a América Latina no século XXI. Assim, a pesquisa é dividida em seis partes, sendo a primeira a introdução. A segunda parte traz dados que indicam que de fato houve maior oportunidade de acesso no tocante ao direito à educação básica, que está quase universalizada no começo dessa segunda década do atual século. A terceira parte retoma a noção moderna em relação ao direito à educação e em seguida mostra a maneira que o direito à educação assentou-se no caso brasileiro. Na quarta parte, com o intuito de se evidenciar o aspecto qualitativo da educação brasileira e latino-americana, serão levantado dados de provas padronizadas como o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica (SAEB) e também o Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (PISA). Na quinta parte mostrar-se-ão fatores determinativos para o contexto da educação na América Latina no século XXI. Finalmente, na sexta parte, isto é, na conclusão constatar-se-á que apesar dessa conquista popular, não houve um mesmo avanço em relação ao aspecto qualitativo do ensino.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Consolidação da educação como direito fundamental. 3. O moderno direito à educação e seu estabelecimento no caso brasileiro. 4. Analisando dados. 5. Fatores que estabelecerem o problema qualitativo do sistema educacional na América Latina no século XXI; 5.1. Pobreza e desigualdade; 5.2. Segmentação e a diferenciação dos sistemas escolares; 5.3. Os sentidos do direito à educação. 6. Conclusão.

Palavras-chave: Direito à educação; ensino básico; qualidade do ensino; exclusão educacional; desigualdade; educação; expansão do ensino; acesso educacional.

1. Introdução

Na atualidade, a perspectiva global que se evidencia no tocante à educação é de compreendê-la como um direito básico, fundamental para a estruturação de qualidade de uma sociedade. Nesse sentido, será, primeiramente, exposto neste trabalho como essa noção se estabeleceu, além de mostrar a tendência mundial de expansão dos investimentos em educação, e em seguida, restringir o reflexo da consolidação dessa consciência no século XXI na América Latina, sobretudo, o caso brasileiro.

Mostrar-se-á que de fato houve uma expansão do acesso à educação, que foi praticamente universalizado, principalmente para a educação básica (infantil, fundamental e médio). Para isso, serão analisados dados levantados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) [1].

Sem embargo, essa mesma evolução não se estendeu para o aspecto qualitativo da educação, em outras palavras, ainda constata-se que a qualidade do ensino prossegue baixa, de modo geral, nessa região. Para tanto, resultados de sofisticados sistemas de avaliações da educação básica utilizado no Brasil como o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica (SAEB), e também avaliações internacionais como o Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (PISA) [2] serão utilizados para evidenciar tal problema qualitativo do sistema educacional brasileiro, o que reflete, de certo modo, a condição geral da América Latina

Nesse sentido, a noção de direito à educação que permeará este paper será a definição exposta por Gilda Araújo (2011) de que modernamente “o direito à educação pode ser traduzido basicamente em dois aspectos: a oportunidade de acesso e a possibilidade de permanência na escola, mediante educação com nível de qualidade semelhante para todos”. Entendido essa definição, pretendo concluir que apesar dos grandes avanços democratizantes do acesso à educação, não podemos nos tentar a afirmar que atualmente na América Latina, de modo geral, tem-se o pleno direito à educação, visto que, o que efetivamente se tem é uma “universalização sem direitos”, entendido por Pablo Gentili (2009)

como o processo que se deu ao acesso a escola, que está inserido em um contexto de decadência das condições essenciais para a permanência nesse sistema escolar. Assim, torna-se problemático alcançar a dimensão de direito à educação como proposto pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que será descrito ao longo do texto. Ou seja, pretende-se concluir que o processo de universalização do direito à educação não alcançou os objetivos propostos como direito fundamental na América Latina no século XXI.

Por fim, e corroborando a conclusão pretendida nesse artigo, serão abordados os fatores que contribuíram para que o direito à educação se estabelecesse de tal maneira, que ainda é evidente no século XXI, principalmente na América Latina, o que não é diferente para o Brasil. Em suma, esse artigo analisará criticamente o processo de acesso à educação no ensino básico na América Latina no século XXI, principalmente no Brasil.

2. Consolidação da educação como direito fundamental

O intuito deste artigo não é realizar uma progressão histórica de como a educação se firmou como direito fundamental. O objetivo é apenas mostrar os fatos em âmbito global e local (América Latina, principalmente Brasil) que contribuíram para que isso ocorresse.

Assim, o historiador Eric Hobsbawn (1995), no seu livro *A era dos extremos*, assevera que a partir de 1940 houve em escala mundial uma preocupação com a educação, e que, portanto, desse período em diante, foi ganhando progressivamente certa centralidade (apud ARAUJO, G. 2011, p.285). Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi fundamental para essa consolidação, visto que ela afirma, com um forte potencial democrático, que a educação, da perspectiva dos direitos humanos, é um bem que maximiza, potencializa, abre e sustenta outros direitos. Em outras palavras, segundo a Declaração, a educação é um direito humano fundamental, e ao mesmo tempo um bem público, pois é o que nos indica ou um pressuposto para que possamos enxergar que somos seres humanos livres e iguais em direito. (GENTILI, 2009, p.1072). Portanto,

A educação é um direito humano fundamental porque é a base, o início e, ao mesmo tempo, a aspiração e o ponto de chegada de toda luta pela justiça social e pela igualdade, de toda luta contra a humilhação e o desprezo aos quais são submetidos milhões de seres humanos por terem nascido pobres (GENTILI 2007 apud GENTILI 2009, p. 1072).

Dando continuidade ao raciocínio de Gilda Araújo (2011), é errôneo afirmar que o Brasil não seguiu essa tendência mundial que Hobsbawn aponta, pois esse país já possuía no sistema normativo, desde 1934, essa característica de avanços em relação à educação, que antes era negado tanto no tocante ao acesso quanto à permanência. A autora relata que a grande dessemelhança é que em nosso caso, o direito à educação não era algo que deveria ser imposto pelo Estado, ou seja, não era responsabilidade estatal, e sim responsabilidade do indivíduo, visto que, desde 1940, segundo o Código Penal Brasileiro, pais e responsáveis que não asseguravam esse direito incorriam em crime de abandono intelectual, cuja pena poderia pagamento de multa ou até reclusão. E ainda ressalva que mesmo quando a responsabilidade passou a ser estatal, era ausente uma concepção universalista que lhe efetivasse.

Portanto, foi somente com a Constituição Federal de 1988^[3] que houve a efetiva mudança no tocante à responsabilidade e obrigação estatal em oferecer o direito à educação.^[4] E, de acordo com Gilda Araújo (2011), foi isso que levou à defasagem temporal quanto aos índices de escolarização obrigatória entre o Brasil e muitos países europeus, visto que aquele apenas atingiu recentemente os índices que os outros alcançaram desde o início da última metade do século XX. Assim, no Brasil, “De 1824 até 1988, as inscrições do direito à educação nos textos constitucionais eram assinaladas por uma concepção de que o mínimo era o bastante.” (ARAÚJO, G. 2011, p. 289).

Gentili (2009) ressalta, ainda, que historicamente os mais pobres, principalmente, não tiveram o direito à educação reconhecido na legislação nacional, ou se reconhecido, estabeleceu-se de forma indireta ou restrita. Isso é, também, entendido como a razão para o tolhimento ao acesso das

grandes setores da população aos níveis mais básicos de escolaridade, ainda que fosse demandado pela legislação.

Dessarte, conclui-se que a consolidação da educação como direito universal, apesar de suas peculiaridades, foi o principal motivo pelo qual houve praticamente uma universalização, desde meados de 1990, do ensino básico, principalmente, do ensino fundamental (VELOSO, F. ANO, p. 216). Sendo que, no começo deste século, já se evidenciava essa mudança. Realça-se, ainda, que

Em 2009, 98% das crianças de entre 6 e 14 anos de idade frequentavam a escola. Entre 1995 e 2009, também se verificou um importante aumento na taxa de atendimento dos jovens entre 15 e 17 anos. Em 1995, 64% dos jovens nessa faixa etária frequentavam a escola. Esse percentual elevou-se para 85% em 2009 (IBGE, 2010 apud VELOSO, F. 2011, p. 216).

Corroborando esses dados, o UNICEF (2006) evidencia que na América Latina, em geral, a taxa líquida de inscrição/assistência à escola primária aumentou para 0,6% no intervalo de 1998 a 2001, sendo que a meta prevista para essa região era de uma manutenção de um aumento de 0,4%. E continua, afirmando que “a probabilidade de que os meninos e as meninas com menos de 5 anos terminem seus estudos primários em 2015 é igual ou superior a 95% na Argentina, Chile, Colômbia, Equador, México, Panamá, Peru e Uruguai, e se situa entre 90% e 95% no Brasil, Costa Rica e Venezuela” (UNICEF, 2006, p.44 apud GENTILI, 2009, p. 1061).

3. O moderno direito à educação e seu estabelecimento no caso brasileiro

Como o intuito desta pesquisa é evidenciar que apesar do avanço democrático em relação ao acesso à educação, o aspecto qualitativo desse sistema educacional não acompanhou tal expansão. Para isso, é capital entender como o Brasil respondeu ao processo de demanda por oportunidade de acesso à educação que se evidenciou mundialmente a partir de 1940. Dessa maneira, isso será mostrado baseado no

artigo *Qualidade de ensino: uma nova dimensão da luta pelo direito à educação* de Romualdo de Oliveira e Gilda de Araújo.

Assim, como supracitado, modernamente o direito à educação não é entendido simplesmente como possibilidade de acesso, sendo necessário, também, avaliar os aspectos de possibilidade de permanência na escola, que é mediado por uma qualidade no nível educacional que seja semelhante para todos (ARAUJO, G. 2001, p. 287).

Nesse sentido, antes de se entender o direito à educação como modernamente estabelecido, tinha-se simplesmente a noção de se ofertar um acesso à educação, buscando sua universalização. Processo esse que foi tendência mundial a partir de 1940. Assim, essa noção básica, conseqüentemente, permeou as políticas educacionais no território latino-americano, que entendia a construção de novas escolas e locais de ensino como suficiente para atender tal demanda por escolarização (BEISIEGEL, 1964 apud OLIVEIRA, R; ARAUJO, G. 2005). Dessarte, nesse período, o governo dedicou-se a luta pelo acesso sem se preocupar com os aspectos de qualidade, principalmente, no tocante aos docentes, visto que lecionavam com baixas condições de trabalho, além de péssima remuneração (OLIVEIRA, R; ARAUJO, G. 2005).

Assim, Gilda Araújo e Romualdo de Oliveira (2005) prosseguem afirmando que apesar de ter aumentado políticas educacionais visando o referido objetivo, esse processo engendrou transtornos relacionados à permanência dos estudos desses novos usuários no sistema escolar, na medida em que esses não possuíam a mesmas experiências culturais comparativamente à parcela da população que, antes, já possuía acesso educacional. “Dessa forma, os obstáculos à democratização do ensino foram transferindo-se do acesso para a permanência como sucesso no interior do sistema escolar” (OLIVEIRA, R; ARAUJO, G. 2005, p. 10).

Evidencia-se que a continuidade dos estudantes no sistema educacional tornou-se um problema, visto que, no final da década de 1980, de cada 100 alunos que se inscreviam na 1ª série, 48 reprovavam e duas evadiam (Brasil, Ministério da Educação, 1998 apud OLIVEIRA, R; ARAUJO, G. 2005). Assim,

A década de 1990 é marcada pela tendência de regularização do fluxo no ensino fundamental por meio da adoção de ciclos de escolarização, da promoção continuada e dos programas de aceleração da aprendizagem que foram difundidos a partir da promulgação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) (Lei n. 9.394/96). (OLIVEIRA, R; ARAUJO, G. 2005, p. 10).

Porém, essas políticas educacionais que se propunham como indicadores de qualidade na medida em que visava combater a repetência e a evasão não incidiram de fato no aspecto de qualidade, visto que, o que ocorreu, na verdade, foi apenas a geração de maior “produtividade” do sistema educacional, pois só se aprovou mais alunos. Ou seja, tentou-se combater o problema de repetência e evasão escolar facilitando e acelerando a aprovação, e não combatendo o real motivo para tal problema. Assim sendo, surgiu um novo problema em relação a qualidade, pelo fato de que os próprios índices que se propunham como indício qualitativo deixaram de ser um medida precisa para aferir tal aspecto (OLIVEIRA, R; ARAUJO, G. 2005).

Portanto, tornou-se necessário um terceiro indicador de qualidade: testes padronizados em larga escala. O intuito desses testes é analisar a qualidade do sistema educacional a partir da avaliação das capacidades cognitivas, partindo do pressuposto de que, assim, seja possível averiguar se o discente absorveu ou não os conteúdos (OLIVEIRA, R; ARAUJO, G. 2005).

4. Analisando os dados

Como exposto, tornou-se necessário a utilização de testes padronizados em larga escala. Nesta parte do trabalho, portanto, serão analisados os resultados de alguns desses testes, caracterizados como indicadores de qualidade. Para isso, tomaremos como exemplos de testes o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica (SAEB)^[5], e também uma avaliação internacional, o Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (PISA).

Antes disso, porém, cabe ressaltar que não podemos afirmar que com esses avanços democráticos latino-americanos (“indicadores de melhorias nas condições de acesso a um direito, combate à segregação, alienação ou negação de oportunidades”)^[6] como explicitado anteriormente não resolveram as condições que historicamente produziram tais barreiras ou recusas à consolidação de tal direito. Ou seja, não podemos sustentar que houve uma efetiva inclusão educacional, o que será objetivo desta seção, na medida em que irá evidenciar isso por meio de análises de estatísticas qualitativas no tocante à educação. Pablo Gentili (2009) constata que não podemos fazer tais assertivas, apesar de todos os ganhos dessas conquistas populares, pois *“A inclusão é um processo democrático integral, que envolve a superação efetiva das condições políticas, econômicas, sociais e culturais que historicamente produzem a exclusão.”* (GENTILI, 2009, p. 1062).

Nesse sentido, Cornejo Espejo (2012) demonstra essa mesma noção da análise dos dados de tais avanços, ressaltando que devemos “principalmente superar a tentação de avaliar os processos de reforma única e exclusivamente com base em critérios de produtividade, eficácia dos sistemas e no uso de meios e atuações em provas padronizadas” (ESPEJO, 2012, p. 28, tradução nossa).

Apesar de não ser o único modo para averiguação da qualidade do ensino, a análise de provas padronizadas é, mesmo assim, uma adequada maneira de constatar tal aspecto qualitativo. Dessa forma, cabe, agora, analisar os testes que anteriormente foram indicados: SAEB, no intervalo de 1995 a 2007 e o PISA, mais especificamente as aplicações deste nos anos 2000, 2003 e 2012.

A partir da exploração do Sistema de Avaliação da Educação Básica (SAEB), e analisando o desempenho dos participantes em Língua Portuguesa^[7], verifica-se que no intervalo de 1995 a 2001 ocorreu uma queda considerável desse desempenho das três séries analisadas, e que nos anos seguintes (2001 a 2007), houve uma relativa estagnação desse desempenho em porcentagens baixíssimas, sendo que no ano de 2007 a 4ª série do ensino fundamental atingiu uma taxa de desempenho adequado

de 28%, a 8ª série obteve 21% e a 3ª série do ensino médio 25%. (VELOSO, 2011, p. 217).

É evidente constatar que os dados supracitados corroboram a noção de Romualdo Oliveira e Gilda Araújo expressa na seção “O moderno direito à educação” deste *paper*, visto que mostra essa decadência da qualidade a principalmente a partir de 1995, justamente a década marcada pela adoção de ciclos, da promoção automática e de programas de aceleração de aprendizagem, que, como já mencionado, gerou propriamente o problema de qualidade do sistema educacional brasileiro.

Constata-se, também, a precária qualidade do ensino latino americano, inclusive do brasileiro analisando o Programa Internacional de Avaliação de Alunos (PISA), que é realizado pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), e coordenado, no caso do Brasil, pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira ^[8]. Esse programa compara o desenvolvimento cognitivo dos alunos de 15 anos de diversos países por meio de uma avaliação que é feita trienalmente. Em sua primeira edição, no ano 2000, 31 países participaram, sendo que o Brasil preencheu a última posição (OLIVEIRA, R.; ARAÚJO, G.; 2005).

Em 2003, correspondente à segunda edição do PISA, a proporção dos jovens de 15 anos com desempenho escolar abaixo do nível mínimo de proficiência no Brasil foi de 78% em matemática, 57% em leitura e 64% em ciência, enquanto a Coreia do Sul apresentou, respectivamente, 2%, 0% e 2% nesses mesmos dados, o que explicita a insatisfatória qualidade que foi levando durante toda esta pesquisa. (FILMER; HASAN; PRITCHETT, 2006 apud VELOSO, 2011).

A última edição do deste ocorreu em 2012, em que 65 países participaram. Seus resultados não mostram grande variação em relação aos países latino-americanos, sendo que os oito participantes deste território aglomeram-se nas últimas quinze colocações ^[9].

Cabe ressaltar que no caso específico brasileiro, observou-se certa estagnação da pontuação, ou uma melhora demasiadamente lenta, visto

que a variação da pontuação das modalidades entre o PISA de 2000 e de 2012 do Brasil foram: 17,1% em matemática; 3,5% em leitura; e 8,0% em ciências (O Globo [s. d.]).

Conclui-se contundentemente, portanto, que apesar dos evidentes avanços democráticos em relação ao acesso à educação, evidencia-se, ainda, uma qualidade que avança a passos curtos sem acompanhar conquistas no tocante à acessibilidade educacional. Nesse sentido, Pablo Gentili (2009, p. 1062) expõe brilhantemente que

Historicamente, negou-se aos pobres o direito à educação impedindo seu acesso à escola. Hoje, esse direito é negado quando não lhes é oferecida outra alternativa a não ser a de permanecer em um sistema educacional que não garante nem cria condições para o acesso efetivo a uma educação de qualidade, quando se limitam as condições efetivas de exercício desse direito pela manutenção das condições de exclusão e desigualdade que se transferiram para o interior do próprio sistema.

5. Fatores que estabelecerem o problema qualitativo do sistema educacional na América Latina no século XXI

Explanado e concluído que mesmo havendo um avanço democrático importante em relação ao direito à educação, na América Latina, assim como no Brasil, não se constata o mesmo progresso no quesito educacional qualitativo no século XXI. Portanto, o intuito desta seção será entender alguns motivos para tal fato. Para isto, utilizar-se-á, principalmente, o artigo O direito à educação e as dinâmicas de exclusão na América Latina (2009) de Pablo Gentili.

Antes disso, cabe ressaltar dois conceitos que explicam, para o autor, a forma como o processo de formação dos sistemas educacionais latino-americanos se deu. Esses conceitos são a universalização *sem direitos* e a *expansão condicionada*. Nas palavras do autor:

“Por ‘universalização sem direito’ entendo o processo de acesso à escola produzido em um contexto de deterioração das condições necessárias

para que a permanência nesta permita tornar efetivas as dimensões atribuídas e reconhecidas ao direito à educação desde 1948. [...] Por ‘expansão condicionada entendo o processo mediante o qual os sistemas nacionais de educação tenderam a crescer no contexto de uma intensa dinâmica de segmentação e diferenciação institucionais, que concede aos sujeitos que transitam pelos circuitos que constituem esses sistemas um status e um conjunto de oportunidades altamente desiguais.’ (GENTILI, 2009, p. 1064).

Assim, Gentili (2009) indica três motivos, mas não os únicos, para entender como ocorreram esses processos supracitados. Esses são: **pobreza e desigualdade; segmentação e a diferenciação dos sistemas escolares; e os sentidos do direito à educação.**

5.1 Pobreza e desigualdade

Em seu estudo, o autor mostra que com a manutenção ou até mesmo a intensificação dos altos índices de pobreza e indigência que tendem a ocorrer na América Latina, o grupo que propende a ser mais atingido é a população com menos de 18 anos ^[10], fazendo com que se ocultem seriamente as oportunidades de vida e seus direitos, o que, conseqüentemente, impacta demasiadamente no sistema escolar, visto que, neste caso, assim como a generalização dos direitos, o direito à educação apresenta-se fragilizado. Nesta mesma pesquisa, Gentili (2009, p.1067) mostra que a maior probabilidade de estar inserido nessa condição (pobreza ou indigência), e conseqüentemente estar excluída da escola, ou então ter oportunidades restritas à escolaridade demasiadamente degradada “é ter nascido negro, negra ou indígena, em qualquer país da América Latina ou Caribe”.

Assim, conclui-se que a desigualdade social presente nos países latino-americanos no atual século é intrínseca com a desigualdade educacional, na medida em que o próprio sistema escolar está inserido nesse contexto de extrema pobreza. Ou seja, conseguiu-se aumentar as

oportunidades dos mais pobres, que, agora tem acesso à escola, mas que não está desvinculado, obviamente, de sua conjuntura. Portanto, o que ocorre de fato é apenas uma multiplicação da desigualdade, visto que tanto os ricos quanto os pobres estão passando mais tempo na escola, mas como a condição e alternativas daqueles são melhores, o sistema educacional, que se propõe como instrumento redutor da pobreza e desigualdade acaba virando um meio para o objetivo oposto, pelo fato de que, a desigualdade educacional mantém-se constante, ou, ainda, aumenta (GENTILI, 2009).

Outro ponto a ser ressaltado é que

A opção dos pais por escolas privadas não responde em muitos casos somente a um problema de qualidade institucional diferencial. Os pais estão muitas vezes comprando um lugar no extremo favorável da segregação, procurando evitar que seus filhos devam enfrentar situações de estratificação e segregação no sistema público. Quando a educação pública é percebida não só como de menor qualidade, mas também de composição social problemática, se completa o círculo da segregação, fortalecendo processos de diferenciação que alimentam e se veem alimentados pela perda de coesão social. A alternativa de saída do bem público é, neste caso, improdutiva para melhorá-lo e eficaz para destruir sua qualidade. (FILGUEIRA, 2007, p.36 apud, DEL VALLE, 2010, p.594).

5.2. Segmentação e a diferenciação dos sistemas escolares

Nesse diapasão de segmentação e diferenciação, é até mesmo contraditório falar em “sistema educacional”, visto que não é o que se observa na realidade, isto é, há um aparelho educacional demasiadamente heterogêneo no sua própria dinâmica de funcionamento. Cabe ressaltar, também, que se tem conquistado a noção de escolaridade fundamental e comum a todos como proposta pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 apenas nos espaço formal, em outras palavras, apenas na legislação. Ou seja, garantem-se pela lei tais características, mas na

realidade isso não ocorre, visto que, como referido, há nesse sistema, principalmente por motivos que os próprios princípios democráticos negam, como segregação por cor, gênero, etnia, região, renda, etc. Em suma, as desigualdades educacionais aumentaram por conta de um sistema mais complexo e heterogêneo, cada vez menos igualitário e mais diferenciado, segmentado e polarizado. (GENTILI, 2009).

Assim, Gentili (2009, p. 1071) constata que se evidencia nesse meio:

Acesso e progressão educacional diferenciada;
Discriminação pedagógica e conquistas escolares desiguais em virtude de critérios de gênero, desigualdades regionais, raciais e étnicas;
Herdabilidade das oportunidades educacionais;
Qualidade educacional desigual; Injustiça curricular;
Distribuição desigual das oportunidades educacionais: docentes diferentes, escolas diferentes, recursos pedagógicos diferentes, “concorrências” diferentes, aprendizagens diferentes, expectativas educacionais diferentes, sucessos e fracassos diferentes.

5.3 Os sentidos do direito à educação

Uma das dimensões do direito à educação é justamente aquela que emergiu a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, como exposto nas primeiras partes deste trabalho. Recapitulando, constata-se que essa noção é ambiciosa, na medida em que enxerga nos direitos, principalmente pelo direito à educação, como meios para se alcançar igualdade e justiça social. Esse sentido entende a educação como um direito humano fundamental que fornece suporte, é a base, para outros direitos, além de ser uma medida socializante (GENTILI, 2009).

Porém, mais de 65 anos depois do estabelecimento dessa noção, isso pode soar de forma ridícula e utópica, que muitas vezes esses adjetivos são estabelecidos para desejos muitas vezes inalcançáveis. Nesse diapasão, o enfraquecimento dessa perspectiva não ocorreu só por essa razão. Outro motivo, e até mais determinante, foi o embate entre

diferentes sentidos e dimensões do direito à educação que ocorreu durante a segunda metade do século XX e perdura até hoje. Outro sentido que existe é o de perspectiva econômica, que entende a educação como um fator de produção que aprimora as características individuais e capacitam as pessoas como agentes econômicos para que possam concorrer com mais veemência no mercado competitivo. Dessa maneira, os benefícios educacionais servem para aprimorar as habilidades econômicas dos agentes para que possam adquirir posições melhores na medida em que tem sua produtividade aumentada. Essa perspectiva apesar de ter força, é parcialmente enganosa e falsa, e que ganhou certo domínio até os dias de hoje. Por essa razão, muitos entendem isso como o motivo para a atual crise do sistema educacional, visto que além de contradizer com os princípios éticos levantados pela Declaração de 1948, condenava os argumentos de associações feitas entre educação e política, cidadania ou igualdade (GENTILI, 2009).

Assim, existem dois sentidos principais, um extremamente democrático e pregador da igualdade e justiça social, sustentada nos direitos humanos, e que estabelece a educação como direito fundamental, além de disseminar um direito inclusivo, coletivo e integrador, sendo assim uma concepção socializante. Enquanto o outro sentido é extremamente mercantilizado, e defensor dos interesses econômicos do mercado, defensor de um direito individual, que se configura como uma concepção privatizadora (GENTILI, 2009).

Para finalizar esse embate entre tais sentidos e a atual crise, Pablo Gentili (2009, p.1075-1076), indica que “o futuro do direito à educação e a luta contra a exclusão refletem-se no mesmo horizonte. Um horizonte no qual a conquista da justiça social e a igualdade educacional deverão sustentar os pilares de um projeto de emancipação e de liberdade para nosso continente”.

6. Conclusão

Mostrou-se claro que o Brasil atingiu apenas na década de 1990 os avanços democráticos em relação ao direito à educação que países desenvolvidos atingiram, em geral, em meados do século XX. Essa pode ser entendida como uma das razões para a perceptível deficiência do

sistema educacional que se constata, especialmente no aspecto qualitativo, neste país, assim como na América Latina no atual século. Cabe reafirmar que esse aspecto não é entendido como explicação para essa debilidade apenas por conta do atraso temporal, mas principalmente pela maneira como se deu os avanços democráticos no Brasil, como foi apresentado na terceira seção (“O moderno direito à educação e seu estabelecimento no caso brasileiro”).

Nesse sentido, concluo que o território latino-americano no século XXI apresenta expressivos avanços em relação aos aspectos quantitativos, porém não se evidencia da mesma forma no tocante à perspectiva qualitativa. Os motivos para isso, apesar de não serem os únicos, mostram que devido ao contexto de extrema desigualdade e pobreza existente no território latino-americano o sistema educacional mostra-se o oposto do que lhe é esperado, isto é, ao invés de propor a redução de tais problemas, na realidade ele mostra-se como mantedor ou até mesmo um agravador dessas adversidades. Tais motivos salientam também que existe uma exclusão que é interna do próprio sistema educacional, ou seja, evidencia-se nesse processo de universalização do acesso do direito à educação uma “exclusão includente” ou mesmo uma “universalização sem direitos” (GENTILI, 2009). Ainda, mostro que a perspectiva econômica que se tem da educação é outro motivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Gilda Cardoso de. **Estado, política educacional e direito à educação no Brasil: "o problema maior é o de estudar"**. Educ. rev., Curitiba, n.39, p.279-292, Abr. 2011. Disponível em: . Acesso em: 07 de Junho de 2015.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1998. 292 p.

CORNEJO ESPEJO, Juan. **Retos impuestos por la globalización a los sistemas educativos latinoamericanos**. RMIE, México, v.17, n.52, março de 2012. Disponível em: . Acesso em: 07 de junho de 2015.

DEL VALLE, Alejandro H. **Productivismo, estratificación y servicios educativos en América Latina.** Rev.latinoam.cienc.soc.niñez juv, Manizales, v. 8, n.1, Jan. 2010. Disponível em: . Acesso em: 07 de junho de 2015.

GENTILI, Pablo. **O direito à educação e as dinâmicas de exclusão na América Latina.** Educ. Soc., Campinas, v.30, n.109, p.1059-1079, Dez. 2009. Disponível em: . Acesso em: 05 de junho de 2015.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de; ARAUJO, Gilda Cardoso de. **Qualidade do ensino: uma nova dimensão da luta pelo direito à educação.** In: Rev. Bras. Educ., Rio de Janeiro, n. 28, p. 5-23, Abr. 2005. Disponível em: . Acesso em: 05 de junho de 2015.

Os resultados do PISA 2012. Disponível em: . Acesso em: 23 de junho de 2015.

O que é o PISA. Disponível em: . Acesso em: 23 de junho de 2015.

VELOSO, F. **A evolução Recente e Propostas para a Melhoria da Educação no Brasil.** In: BACHA, E. L.; SCHWARTZMAN, S. Brasil: A Nova Agenda Social. Rio de Janeiro: Editora LTC, p. 215-253, 2011.

UNICEF. **Logros y perspectivas en materia de género en educación;** informe GAP, primera parte. Nova York, 2006, p. 44-49.
NOTAS:

[1] Em inglês: United Nations Children's Fund.

[2] Em inglês: Programme for International Student Assessment.

[3] Vide capítulo III (DA EDUCAÇÃO, DA CULTURA E DO DESPORTO) seção I (DA EDUCAÇÃO). Cabe aqui, ainda, destacar o inciso VII do artigo 206 que mostra os princípios que o ensino deve ser embasado: "VII - garantia de padrão de qualidade". (BRASIL. Constituição, 1988).

[4] "A partir da Constituição Federal de 1988, alterada pela emenda constitucional n. 14, de 1996, o ensino fundamental de oito anos, obrigatório, dos 7 aos 14 anos, e gratuito para todos, foi considerado explicitamente direito público subjetivo, podendo os governantes ser

responsabilizados juridicamente pelo seu não oferecimento ou por sua oferta irregular.” (GILDA, A; OLIVEIRA, R. 2005, p. 5).

^[5] Outros exemplos de programas nacionais, mas que não serão utilizados nesta pesquisa são o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) e a Prova Brasil.

^[6] GENTILI. **O direito à educação e as dinâmicas de exclusão na América Latina**, 2009, p. 1062.

^[7] “Os dados de qualidade da educação baseiam-se na definição de desempenho adequado a cada série adotada pelo movimento Todos pela Educação. Para a 4ª série do ensino fundamental, o desempenho adequado em Língua Portuguesa é uma pontuação acima de 200 pontos na escala do Sistema Nacional de Avaliação do Ensino Básico (SAEB), enquanto para a 8ª série o ponto de corte é de 275 pontos. Para a 3ª série do ensino médio, o desempenho adequado é acima de 300 pontos.” (VELOSO, 2011, p. 217).

^[8] Disponível em: . Acesso em: 23 de junho de 2015.

^[9] O Chile e a Costa Rica são os únicos países que conseguem por pouco sair desta margem, mas apenas parcialmente visto que aquele país ocupa a 47º na parte de leitura (empatado com a Costa Rica), e em 46º em ciências. Subtraindo esses dois países, nestes aspectos (leitura e ciência), todos os oito participantes latino-americanos ocupam e as posições inferiores a 51º (quinze últimas colocações) no PISA-2012.

^[10] Em países como Uruguai, Argentina, Venezuela, Panamá, Brasil, México, Equador, Colômbia, El Salvador, Bolívia, Chile, Guatemala, Paraguai, Nicarágua e Honduras, os índices de pobreza entre a população de 0 a 18 anos chegam a ser quase o dobro que o da população com 19 a 64 anos (CEPAL, 2008 apud GENTILI, 2009, p.1076).

A LEGISLAÇÃO ANTI-FEMINICÍDIO NA AMÉRICA LATINA

FÁBIO MATTOS LEAL DIAS: Estudante de graduação pela Universidade de Brasília - UNB

Resumo: O artigo analisa comparativamente a postura legal adotada na América Latina frente a problemática do feminicídio. Após uma análise ampla do continente, são estudados os casos chileno e mexicano.

Palavras-chave: Feminicídio; América Latina; México; Chile

Sumário: 1 – Introdução, 2 – A legislação anti-feminicídio na América Latina como um fenômeno recente, 3 – Análise individual, 3.1 – Chile, 3.2 – México, 4 – Conclusão, 5 - Bibliografia

1 - Introdução

A Assembleia das Nações Unidas reconheceu, em dezembro de 1993, a necessidade da concreta e real aplicação universal às mulheres dos direitos já entendidos como pertencentes à todo ser humano. Na resolução, a organização explicitou que “a efetiva aplicação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres contribuirá para a eliminação da violência contra as mulheres” (1993). Certamente, destaca-se como a mais severa violência contra a mulher o feminicídio.

O termo feminicídio possui diversas concepções variando ligeiramente a depender da cultura e do país em que se está inserido. O legislador brasileiro definiu como o “homicídio contra mulher por razões da condição de sexo feminino” (BRASIL, 2015). Este conceito assemelha-se, bastante, com a primeira definição formulada sobre o assunto pela feminista sul-africana Diana Russel. Embora a autora utilize-se o termo femicídio, ela o definiu como:

Es el asesinato de mujeres realizado por hombres motivado por el odio, el desprecio, el placer o por un sentido de propiedad sobre las mujeres.(ALBARRAN, 2015)

A fim de possibilitar a análise aqui pretendida, consideraremos feminicídio como sendo o assassinato de uma mulher por ser mulher.

A partir da definição do termo central desse artigo, pode-se passar para a análise que aqui se pretende realizar. Esta é: a abordagem legal, em uma perspectiva comparada, que tem sido tomada na América Latina frente a esse latente problema social.

Delimita-se como campo de estudo a América Latina, pois é inegável a frequente sincronia entre os países a ela pertencentes historicamente. Essa similitude, contudo, não exclui as peculiaridades de cada nação, possibilitando, destarte, uma análise da legislação anti-feminicídio em contextos semelhantes, mas sobre algumas variáveis diversas. Isso pode, possivelmente, levantar novas questões ou respostas quanto ao tema para os países latino-americanos.

Há de se esclarecer que este artigo não tem como pretensão exaurir a possibilidade de estudo da legislação anti-feminicídio na América Latina. Com efeito, pretende, ao contrário, demonstrar a importância e a relevância do estudo comparado para este tópico, principalmente se utilizando a América Latina como campo de estudo.

2 – A legislação anti-feminicídio na américa latina como um fenômeno recente

O primeiro fato a se destacar é que, embora a cultura de ofensa e desrespeito ao gênero feminino seja secular e enraizada no contexto latino-americano, somente 15 países possuem previsão legal quanto ao feminicídio. Além disso, o primeiro país a criminaliza-lo, a Costa Rica, somente o fez em maio de 2007 (LEGISLAÇÕES... 2015).

Nota-se, ainda, que embora as legislações sejam recentes, algumas preveem penas bastantes elevadas para o crime. Na argentina aplica-se prisão ou reclusão perpétua, na Bolívia há pena de 30 anos de prisão, no Chile, aplica-se a prisão perpétua qualificada, na Colômbia são previstos de 33 a 50 anos de prisão, em Honduras e na República

Dominicana, de 30 a 40 anos de prisão e no México, são 40 a 60 anos de prisão (LEGISLAÇÕES... 2015).

Nota-se, portanto que o Brasil é uma exceção dentre seus países vizinhos. Na legislação brasileira, o feminicídio somente configura uma agravante do tipo de homicídio qualificado. Não se trata, portanto de um tipo próprio. Além disso, a lei 13.104, que criou a agravante e a incluiu no Código Penal, somente foi editada em março de 2015, posicionando o Brasil como o mais recente país da América Latina a incluir o feminicídio em sua legislação (LEGISLAÇÕES... 2015).

3 – Análise individual

Analisaremos, agora, como é mais detalhadamente tratado o feminicídio em dois países latino americanos a fim de demonstrar que uma simples observação das penas não é suficiente para demonstrar como o problema está sendo tratado. Muito embora, ao se analisar as penas haja a impressão de que o legislador passou a se preocupar seriamente com o problema e esteja se esforçando para barra-lo, isto não é uma verdade necessária.

3.1 – Chile

O Código Penal chileno prevê o feminicídio como uma agravante, que eleva a pena à prisão perpétua qualificada. No entanto, ela “contempla apenas os crimes cometidos por companheiros e ex-companheiros, ou pelo pai de um filho da vítima.” (MONTES, 2016).

Como consequência dessa limitação, diversos crimes motivados por questão de gênero (configurando feminicídio de fato) não tem sido punidos adequadamente, por terem sido praticados por namorados, ou desconhecidos, por exemplo. O recente caso da estudante Alison Calderón encontrada enterrada no pátio do colégio onde estudava, renovou os debates sobre o assunto no país (MONTES, 2016).

3.2 – México

No México, a legislação prevê como feminicídio a privação de uma mulher da vida por razões de gênero, adotando uma noção bem ampla para a expressão “razões de gênero”. A lei considera que há razões de gênero, no crime, sempre que a vítima apresentar sinais de violência sexual, quando existirem históricos de violência do autor contra a vítima, entre outros casos (MÉXICO, 2012).

A lei penal mexicana, claramente trata o assunto de forma mais séria do que a chilena, buscando realmente abranger todos os casos de feminicídio de fato. Nota-se, contudo, que a aplicação da lei não parece ocorrer de forma adequada. O Observatório Nacional Cidadão de Feminicídio indica que seis mulheres são mortas por dia no país. Além disso, somente 1,6% dos casos ocorridos entre 2012 e 2013 resultaram em condenação (MUNDI, 2015).

4 - Conclusão

Como afirmado anteriormente, este artigo não pretende esgotar o assunto, mas somente demonstrar a necessidade de se analisar o feminicídio e sua criminalização a partir de uma perspectiva comparada. A análise dos efeitos concretos da previsão legal desse grave problema social bem como das variações nos textos que o preveem demonstram que não há somente uma forma de aborda-lo e talvez possa indicar um método mais efetivo que os demais.

Faz-se mister alertar, contudo, que não se pode ignorar, contudo, as peculiaridades do contexto onde a lei estará inserida, tal como ficou evidenciado pelo caso mexicano, em que a lei, embora bem estruturada, não é adequadamente aplicada. O estudo comparado do Direito, é uma ferramenta que pode indicar caminhos, mas jamais pode ser interpretado ingenuamente, desconsiderando-se o contexto normativo e social em que a legislação em análise está inserida. É necessário, portanto, realizar um estudo mais abrangente e detalhado sobre o assunto abarcando mais países e mais dados a fim de se alcançar um estudo denso o suficiente que possa apontar uma provável solução.

5 - Bibliografia

ALBARRAN, Jenny.Referentes conceptuales sobre femicidio / feminicidio: Su incorporación en la normativa jurídica

Venezolana. *Comunidad y Salud* [online]. 2015, vol.13, n.2, pp. 75-80. ISSN 1690-3293.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Sobre A Eliminação Da Violência Contra As Mulheres**. 1993. Disponível em: . Acesso em: 09 out. 2016.

BRASIL. Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. **Lei do Feminicídio**. Brasília, DF, 09 out. 2015.

LEGISLAÇÕES da América Latina que penalizam o feminicídio. 2015. Disponível em: . Acesso em: 08 out. 2016.

MEXICO. Lei nº D.O.F., de 14 de junho de 2012. **Código Penal Federal**. Ciudad de Mexico, 14 jun. 2012.

MONTES, Rocío. **Chile não consegue conter feminicídios**: A morte de 12 mulheres só este ano revela um problema até agora invisível e leis fracas. 2016. Disponível em: . Acesso em: 09 out. 2016.

PÉREZ, D. Marcial; GÓMEZ-ROBLEDO, M.. **Mais de 100 mulheres ao ano são assassinadas na Cidade do México**: O homicídio de quatro mulheres na capital mexicana retrata um doloroso problema do país. 2015. Disponível em: . Acesso em: 09 out. 2016.

A TEORIA DA CAPTURA E A NECESSIDADE DE INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

CAROLINE DAMASCENO FONSECA: Advogada e Juíza Leiga no Estado do Piauí. Graduada pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina - CEUT e Pós-graduada pela Estácio - CEUT;

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar o atual cenário das agências reguladoras brasileiras, demonstrando o crescente desvio de finalidade em que estas têm incorrido, ao permitir que influências externas de particulares, e até mesmo do próprio Estado, as afastem do interesse público, que é interesse primordial da Administração Pública e deve pautar a atuação dos agentes públicos em geral. Visa, ainda, trazer as soluções apresentadas pela chamada Teoria da Captura para a busca real da independência dessas agências, na busca de um efetivo controle de serviços públicos que vieram a ser prestados pela iniciativa privada com o fenômeno da desestatização.

Palavras-Chave: Agências Reguladoras. Captura. Independência. Fiscalização.

ABSTRACT: *This study aims to analyze the current scenario of Brazilian regulatory agencies, demonstrating the increasing diversion of purpose in which they have incurred by allowing external private influences, and even the state itself, the shift away from the public interest, which is primary interest of public administration and should guide the work gives public officials in general. It also aims to bring the solutions presented by the call Theory of Capture to the actual pursuit of independence of these agencies in the search for an effective utility control that have come to be provided by the private sector with the privatization phenomenon.*

Keywords: Regulatory Agencies. Catch. Independence. Oversight.

SUMÁRIO: 1 - Histórico das agências reguladoras no Brasil. 2 - A natureza jurídica das agências reguladoras.

3 - A teoria da captura e a necessidade de um modelo regulatório independente. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar o papel das agências reguladoras no país, abordando o contexto histórico em que estas foram criadas, até chegar à problemática do desvirtuamento de sua finalidade essencial que é

regular e fiscalizar determinados serviços públicos. Para tanto, abordará os entendimentos de renomados doutrinadores na área de Direito Público, especialmente no âmbito de Direito Administrativo, tais como José dos Santos Carvalho Filho, Alexandre Mazza, Matheus Carvalho, Justen Filho e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, escolhidos através de uma cuidadosa pesquisa bibliográfica, considerando, também, artigos de visível relevância escritos por profissionais e operadores do Direito, extraídos da internet. Será estruturado sob a forma de tópicos, fazendo-se, a priori, uma análise sobre o papel das agências reguladoras e um breve histórico acerca do seu surgimento no Brasil, até chegar-se ao panorama atual, momento em que será abordado o desvio de finalidade que se tem observado nas atividades regulatórias do país e a necessidade de efetiva independência desses órgãos.

Por fim, será feita a análise da Teoria da Captura que traz soluções para essa busca de independência das agências reguladoras, órgão com função importante na fiscalização e controle de serviços públicos e atividades econômicas desenvolvidas por pessoas privadas.

Percebe-se que as influências privadas e interesses particulares de agentes públicos põem em risco a prestação de serviços públicos adequados e de qualidade, afastando-se do interesse público primário e ferindo princípios como da eficiência, impessoalidade, moralidade, dentre outros.

A atividade regulatória dos serviços públicos é essencial na efetivação desses serviços da maneira que se espera do Poder Público e a independência das agências reguladoras é a chave mestra para se alcançar resultados satisfatórios para isso.

1 HISTÓRICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

Pode-se dizer que a ideia de um Estado regulador e o surgimento das primeiras agências reguladoras no Brasil se deu com o neoliberalismo, movimento com viés político e econômico, com vistas a reduzir a participação do Estado em importantes setores da economia.

Na metade dos anos 90, iniciou-se no Brasil uma reforma estatal e um processo de privatizações, onde o modelo de Estado interventor deu lugar ao modelo de Estado mínimo. Dessa forma, diversos setores econômicos passaram a ser transferidos para pessoas da iniciativa privada, deixando o Estado de ser agente econômico e transformando-se em agente fiscalizador e de fomento de tais atividades.

Foi nessa época, já na vigência da Constituição Cidadã de 1988, que o país teve seu auge de serviços públicos privatizados ou desestatizados, como alguns preferem chamar, através de autorizações, concessões e permissões administrativas. Decorrentes do plano Nacional

de Desestatização (PND), criado pela Lei nº 8.031 de 1990, que, posteriormente, foi alterada pela Lei nº 9.491 de 1997.

Nesse período, várias emendas constitucionais que permitiram a delegação da prestação de serviços públicos de competência do Estado para a iniciativa privada foram promulgadas, a exemplo das Emendas Constitucionais nº 5, que decretou o fim da exclusividade da prestação direta, pelos Estados-membros, dos serviços locais de gás canalizado; nº 8, que determinou o fim da exclusividade estatal na prestação dos serviços de telecomunicação; e a nº 9, que determinou a quebra do monopólio estatal das atividades de pesquisa, lavra, refino, importação, exportação e transporte de petróleo, gás natural e hidrocarbonetos.

Nesse contexto, surgiu a necessidade de se instituir órgãos fiscalizadores e reguladores de tais atividades que antes eram de responsabilidade do Estado e passaram a ser da iniciativa privada, pois, uma vez nas mãos de pessoas privadas, haveria o risco de abuso de poder econômico e desvio de finalidade.

Com efeito, as emendas constitucionais nº 8 e 9, já mencionadas, acrescentaram no texto constitucional a previsão de criação de “órgãos reguladores” para os setores de telecomunicações e de petróleo, conforme se verifica da leitura do inciso XI do art. 21 da CF/88:

Compete à União: (...) XI- explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de órgão regulador e outros aspectos constitucionais.

No mesmo sentido, o art. 177, inciso III do § 2º, da CF/88, cuja redação foi dada pela Emenda nº 9/95, dispõe que: “A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (...) III- a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União”.

De acordo com Mazza (2016, p. 194) “**as Emendas Constitucionais n. 8/95 e 9/95** são consideradas o marco histórico introdutor das agências reguladoras brasileiras.”.

Ainda nesse contexto, a partir do ano de 1995, surgiram várias agências reguladoras federais, podendo citar como exemplos além das mencionadas Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel e Agência Nacional do Petróleo – ANP, a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, Agência Nacional de Águas – ANA, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, a Agência

Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq, a Agência Nacional do Cinema – Ancine, a Agência Nacional da Aviação Civil – Anac, dentre outros.

Como Carvalho Filho (2008, p. 466) coloca, “a essas autarquias reguladoras foi atribuída a função principal de controlar, em toda a sua extensão, a prestação dos serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, bem como a própria atuação das pessoas privadas que passaram a executá-los, inclusive impondo sua adequação aos fins colimados pelo Governo e às estratégias econômicas e administrativas que inspiraram o processo de desestatização.”.

2 A NATUREZA JURÍDICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

No Brasil as chamadas agências reguladoras se constituem sob forma de autarquias em regime especial, e como tal, fazem parte da Administração Indireta, tendo como finalidade o controle da prestação de serviços públicos ou do exercício de atividades econômicas, além de controlar a as atividades de interesse público desempenhadas por pessoas privadas.

Nesse ponto, é importante frisar que o fato de uma atividade ter sido delegada à iniciativa privada não significa que tenha perdido a natureza e essência pública. Sendo assim, se faz extremamente necessário que o Estado regulamente e fiscalize o desempenho de tais atividades.

Importante salientar, ademais, que as Agências Reguladoras, sendo autarquias, só podem ser criadas por meio de lei, em estrita observância ao art. 37, XIX, da Constituição Federal de 1988.

As agências reguladoras, também chamadas de autarquias em regime especial, possuem características próprias das autarquias, como personalidade jurídica própria e patrimônio próprio, capacidade de autodeterminação e receita própria, não podem ter fins lucrativos, são criadas para uma finalidade específica, além, de como acima mencionado, só poderem ser criadas mediante lei.

Contudo, há características peculiares que decorrem de seu regime jurídico, além do alto grau de especialidade técnica no setor a ser regulado, como por exemplo a previsão de estabilidade aos seus dirigentes, uma vez que o cargo de direção desses órgãos só pode ser perdido no termo do mandato, por renúncia do próprio dirigente ou por sentença judicial transitada em julgado.

“Essa proteção contra a exoneração imotivada ou ad nutum representa uma estabilidade mais acentuada, permitindo ao dirigente exercer tecnicamente suas funções sem preocupação com influências políticas ou partidárias (MAZZA, 2016, p. 197)

Outra característica peculiar das agências reguladoras é a previsão de mandatos fixos de seus dirigentes, de modo que haja uma alternância na substituição dos dirigentes, devendo os mandatos terem suas datas de encerramento em datas diversas, permitindo uma renovação parcial da cúpula diretiva.

Há de se destacar, ainda, que as agências reguladoras possuem competência para criar regras para os setores de atuação, possuindo um verdadeiro poder normativo. No entanto, tal poder deve observar a lei de criação, uma vez que tais atos normativos possuem caráter infralegal, ou seja, estão abaixo das leis na estrutura do ordenamento jurídico pátrio. É o que a doutrina chama de deslegalização ou deslegificação.

Como bem explana Carvalho Filho (2008, p. 455):

Na verdade, não há, como supõem alguns estudiosos (equivocadamente, a nosso ver), transferência do poder legiferante a órgãos ou pessoas da Administração, mas tão somente o poder de estabelecer regulamentação sobre matéria de ordem técnica, que, por ser extramamente particularizada, não poderia mesmo estar disciplinada na lei. Por conseguinte, nenhuma ofensa estará sendo perpetrada ao princípio da reserva legal contemplado em âmbito constitucional. Em nosso entender, trata-se de exigência dos tempos modernos e, por refletir inovação, não surpreende a reação oposta por alguns setores jurídicos, costumeira em semlehanes situações. O que se exige, isto sim, é que as escolhas da Administração regulatória tenham suporte em elementos concretos e suscetíveis de aferição.

Outro ponto que merece atenção é a escolha do dirigente da agência. Embora haja discricionariedade nessa escolha, a característica da especialização técnica das agências reguladoras, veda-se a nomeação de pessoas que tenham como atividade profissional atividade desvinculada ao ramo da regulação.

3 A TEORIA DA CAPTURA E A NECESSIDADE DE UM MODELO REGULATÓRIO INDEPENDENTE

No Brasil, há muitos problemas que refletem diretamente na eficiência das agências reguladoras, a exemplo da tímida e mínima participação popular e da organização da sociedade civil, a pouca credibilidade nas instituições e menos credibilidade ainda na atuação dos governantes.

No entanto, a problemática maior que se vem enfrentando no sistema regulatório no país é a influência de fatores pessoais e políticos na administração dessas entidades.

É lógico perceber que não há como se ter uma regulação e fiscalização eficiente e adequada se não há uma independência e imparcialidade no exercício dessa atividade regulatória.

Fazendo uma comparação com teoria dos três poderes, sabe-se que cada der, Executivo, Legislativo e Judiciário é independente e, embora tenham mecanismos de controle interno em cada âmbito, podem ser controlados uns pelos outros, como forma de maior eficiência e transparência de seus atos.

Se já é difícil se ter um controle efetivo dos atos administrativos, podendo se ver com frequência o desvio de conduta de agentes públicos, caso não houvesse tal independência entre os poderes, fácil seria que interesses alheios se sobrepusessem ao interesse público, bem mais do que hoje acontece.

Pois bem. Nesse contexto é que surge o fenômeno da captura das agências reguladoras. A captura ocorre quando se deixa de lado o interesse público para satisfazer interesses privados, motivado pela forte pressão que sofrem das poderosas empresas reguladas e seus vários interessados por trás.

A captura é algo de fácil visualização. Para Justen Filho (2002, p. 369-370) “ocorre quando a agência perde sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a reproduzir atos destinados a legitimar a consecução de interesses privados dos segmentos regulados”.

Segundo Hernández (2012) “o fenômeno da captura das agências reguladoras consiste na situação pela qual a agência reguladora passar a servir de instrumento para viabilizar e legitimar a consecução de interesses privados dos segmentos regulados.”.

Mauad (2012), trazendo outra nomenclatura para a teoria da captura, explana que:

De acordo com a Teoria da Escolha Pública, a “captura regulatória” é uma das muitas possíveis “falhas de governo” - originadas justamente do voluntarismo estatal para corrigir eventuais falhas do mercado -, que ocorre quando uma agência reguladora, criada para atuar no interesse público, acaba atuando para favorecer grupos de interesses

que dominam a indústria ou o setor que estria encarregada de regular.

Assim, quando uma agência reguladora afasta-se da sua finalidade essencial, em detrimento dos consumidores, cidadãos que usam ou necessitam dos serviços públicos a serem regulados, para satisfazer interesses de agentes ou determinados grupos econômicos, acontece o que se chama de captura.

A captura pode se apresentar de duas formas. Pode ser econômica, que é quando acontece pelo setor privado. Nesse caso, as empresas que prestam os serviços regulados, aproveitam-se do seu poder no cenário econômico e interferem na atividade da agência reguladora, comprometendo a independência destas e a efetiva atividade regulatória.

De outro lado, se tem a captura política, onde o interesse que prevalece é advém do próprio setor público. No entanto, não para beneficiar o interesse dos cidadãos, mas é prol de interesses políticos de agente públicos.

É possível ver a existência da captura atualmente com a péssima qualidade de serviços públicos disponibilizados aos usuários como, por exemplo, nos setores de transporte, de energia elétrica e de telefonia. A péssima qualidade dos transportes públicos é diariamente noticiada e o descontentamento dos cidadãos é frequente. Com relação à energia, quem não se lembra dos casos dos “apagões” que aconteceram em diversas cidades no país. No que tange à telefonia, os caso vão desde as cobranças por chamadas não finalizadas até os serviços de internet que geralmente vêm interligados a telefonia, seja móvel, seja fixa. Isso sem falar No aumento indiscriminado das tarifas.

Hernández (2012), ao tratar do tema, diz que:

“esses fatos são recorrentes e salve melhor juízo são explicados, em grande parte, pela deficiência ou falta de fiscalização das agências reguladoras sobre os serviços prestados aos usuários ou pelas empresas reguladas ou ainda, pela conivência de agentes de fiscalização das agências (corrupção).

No intuito de coibir a captura no cenário brasileiro, foi dado às agências reguladoras, conforme já explanado, autonomia financeira e orçamentária. Além disso, a nomeação de seus dirigentes pelo Presidente da República, com sabatina pelo Senado Federal para mandatos fixos e o fato de os dirigentes não poderem ser demitidos ad nutum com certeza preserva a independência dessas entidades.

Outro meio que mitiga os efeitos da captação e confere uma certa independência e imparcialidade no exercício da atividade regulatória é a vedação aos ex-dirigentes de representar qualquer interesse junto à agência, ou de prestar serviços às empresas reguladas por um período a ser determinado pela lei criadora de cada agência reguladora. É o que se chama de quarentena.

A quarentena visa evitar que tráfico de influência ou exploração de prestígio pelos ex-dirigentes perante as agências reguladoras das quase se afastaram, no ulterior exercício de outras atividades.

Com efeito, nossa Constituição prevê em seu art. 173, § 4º que se combaterá esse fenômeno por meio de lei, senão vejamos:

Art. 173 (...) § 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

No entanto, muito ainda há que se buscar e fazer para que o fenômeno da captura das agências reguladoras não ganhe maiores proporções.

Há quem entenda que uma forma de combate à captura seria institucionalizar as agências reguladoras, criando quadro de profissionais especializados, pois a existência de quadros técnicos com baixa qualificação e remuneração podem, por exemplo, facilitar a corrupção de seus agentes.

Nada justifica o fenômeno da corrupção no Brasil, visto que é algo que está intimamente ligado à esfera íntima de cada um agir de acordo com a moral e os bons costumes. No entanto, sabe-se que acontece muito no país e um dos motivos é exatamente esse.

Um corpo técnico bem qualificado e bem remunerado evita que a sua atuação seja objeto de pressões, garantindo-se, assim, a dignidade e a independência necessárias ao pleno exercício da atividade regulatória.

Fortes (2015) aponta a Lei Anticorrupção como mecanismo de controle para a prática da corrupção dentro das agências reguladoras, como se vê:

Sendo assim, a captura pode e deve estar abrangida pela nova Lei Anticorrupção. Não se configura nenhum óbice para que as empresas praticantes destes atos também sejam responsabilizadas. Representaria, sobretudo, uma forma de ressarcimento ao erário público pelos

prejuízos causados pela conduta ilícita, através da multa prevista no artigo 6º, inciso I. Evidentemente que por si só a Lei 12.846/13 não é capaz de acabar com esta nefasta prática da corrupção (que é uma das hipóteses da captura). Entretanto, já representa um significativo avanço, embora, mesmo após seis meses de sua entrada em vigor, não tenha servido de base para a abertura de nenhum processo administrativo em nível federal.

Por seu turno, o Judiciário possui papel importante em minorar as consequências do fenômeno da captura das agências reguladoras por outros interesses que não o interesse público. A jurisprudência mais conhecida nesse sentido é o julgamento da Apelação Cível nº 342.739, pelo TRF da 5ª Região, onde se impediu a nomeação, para vagas do Conselho Consultivo da ANATEL, de pessoas que haviam ocupado cargos em empresas concessionárias, pois se desconfiava que essas nomeações poderiam vir a prejudicar as atividades regulatórias desta entidade.

Sobre essa decisão, Carvalho Filho (2008, p. 467) tem o seguinte entendimento:

Tal decisão, aliás, reflete inegável avanço no que tange ao controle judicial sobre atos discricionários, que, embora formalmente legítimos, se encontram contaminados por eventual ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Importante salientar que nesses casos, não há qualquer afronta ao mérito administrativo por parte do Judiciário. Este pode decidir com base nos princípios que regem a Administração Pública, sempre que houver uma ilegalidade ou risco de se afastar do interesse público primário.

É como entende Justen Filho (2002, P. 584-585):

A necessidade de autonomia no desempenho de funções regulatórias não pode imunizar a agência reguladora de submeter-se à sistemática constitucional. A fiscalização não elimina a autonomia, mas assegura à sociedade que os órgãos titulares de poder político não atuaram sem limites, perdendo de vista a razão de sua instituição, consistente na realização do bem comum. Esse controle deverá recair não apenas sobre a nomeação e demissão dos administradores das agências, mas também sobre o desempenho de suas atribuições. Deverá submeter-se à fiscalização a atuação das

agências relativamente à adoção de políticas públicas, de edição de normas tanto gerais e abstratas como individuais e concretas.

Outros meios previstos são as audiências públicas de onde participam representantes de todos os lados envolvidos: governo, prestadores de serviços e cidadãos. Instrumentos típicos de um modelo democrático, as audiências permitem que haja transparência e participação popular nas decisões das agências reguladoras. E não há quem melhor aponte as deficiências e insatisfações com os serviços prestados que não o próprio usuário. No entanto, o cidadão/usuário/consumidor precisa tomar consciência de seu papel e participar ativamente.

No entanto, há quem entenda que a solução é não haver agência reguladora. Nesse sentido, Mauad (2012):

Entretanto, a melhor alternativa talvez seja simplesmente não criá-las, pois a experiência demonstra que, cedo ou tarde, elas passarão a servir aos interesses dos regulados, em detrimento daqueles a quem foram concebidas para proteger. Ademais, a existência de um regulador capturado pode ser muitas vezes pior do que nenhuma regulação, pois coloca nas mãos de vorazes interesses particulares todo o poder discricionário do Estado.

Já Melo (2010) reforça a necessidade do modelo regulatório ao afirmar que “Estado Regulador precisa ter como objetivo permanente a repressão ao abuso do poder econômico. O Estado deve manejar o poder econômico em prol da coletividade, ou no desenvolvimento econômico e social do país.”.

CONCLUSÃO

O que se percebe é que o fenômeno da captura das agências reguladoras gera uma ineficiência no modelo regulador no Brasil. Porém, deixar que determinadas atividades econômicas e serviços públicos sejam prestados de forma livre sem atuação de um órgão fiscalizador, definitivamente, não é o melhor para o bem estar da coletividade, tampouco para se alcançar uma prestação eficiente de tais serviços.

É inegável que as influências privadas e os interesses particulares de agentes públicos comprometem a prestação de serviços de qualidade, afastando-se por completo do interesse público primário, em afronta aos princípios que regem a Administração Pública, como o da eficiência, o da impessoalidade e o da moralidade.

Desta feita, a regulação dos serviços públicos se faz patentemente necessária e para que isso ocorra de forma satisfatória deve haver um fortalecimento da efetiva independência e da autonomia das agências reguladoras do país, algo a ser buscado tanto pela sociedade, como pelo Estado. Se necessária, até mesmo a ingerência judicial deve ser buscada nesse intuito.

No entanto, para isso, é necessário, também, aprimorar os meios de prevenção de ilegalidade e desvio de finalidade no âmbito das agências de regulação, principalmente aumentando o controle social.

Nesse sentido, entende Araújo (2009):

Por fim, uma das formas mais eficazes de se combater o patrimonialismo na manipulação do Estado é a estruturação de instrumentos de controle sobre a sua atuação. No modelo de Estado regulador, torna-se imprescindível a estruturação de controle efetivo sobre a atividade normativa das agências reguladoras, o que ainda não temos no Brasil, seja em razão da ausência de participação substancial da sociedade civil na produção da regulação, seja, de outro lado, em razão da inexistência de mecanismos de controle concentrado de legalidade e legitimidade dessas normas.

O que não se pode é permitir que o modelo regulatório no país continue de faixada e servindo a interesses que não o do povo, verdadeiro usuário dos serviços públicos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Renato José Ramalho. **O modelo regulatório do Brasil e a Teoria da Captura**: desafios para a independência das agências reguladoras. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/40743/o-modelo-regulatorio-do-brasil-e-a-teoria-da-captura>>. Acesso em> 3 de novembro de 2016.

ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Análise dos modelos de estado social e regulador no Brasil a partir da obra "Raízes do Brasil"**. Disponível em: < <http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/412251>>. Acesso em: 18/11/2016.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

CABEZA, Eliane Rocha De La Osa & CAL, Ariane Brito Rodrigues. **O Risco de Captura nas Agências de Regulação dos Serviços Públicos: Uma Abordagem à Luz da Teoria Econômica.** Disponível em Acesso em: 31 de outubro de 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo.** Salvador: Juspodivm, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2014.

FORTES, Daniel. **A teoria da captura das agências reguladoras e sua aplicação na Lei nº 12.846/2013.** Disponível em: <<http://www.barradasefelix.com.br/artigos/a-teoria-da-captura-nas-agencias-reguladoras-e-sua-aplicacao-na-lei-no-12-8462013/>> Acesso em: 18/11/2016.

HERNÁNDEZ, José Manuel Lavers. **O fenômeno da captura e o Direito Brasileiro.** Disponível em: . Acesso em: 7 de novembro de 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes.** SP: Dialética, 2002.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo.** Niterói: Ímpetus, 2013.

MAUAD, João Luiz. **Captura Regulatória.** Disponível em: . Acesso em: 18/11/2016.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2013.

MELO, Thiago Dellazari. **A “captura” das agências reguladoras: Uma análise do risco de ineficiência do Estado Regulador.** Disponível em: . Acesso em: 2 de novembro de 2016.

SALGADO, Lúcia Helena. **Agências regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional.** Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2003.

DA DIFERENÇA ENTRE PRINCÍPIOS JURÍDICOS E PRINCÍPIOS MORAIS NA OBRA DE RONALD DWORKIN

YURI ALEXANDER NOGUEIRA GOMES NASCIMENTO:
Advogado, Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior, especialista em filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, ex-procurador municipal de Ouro Preto, advogado da Câmara Municipal de Juiz de Fora.

Resumo: o presente trabalho visa analisar um fragmento específico da obra de Dworkin, qual seja, a noção de princípios jurídicos estruturada na coletânea de artigos “Levando os direitos a sério”, deste modo, analisar-se-á as principais críticas do autor ao positivismo jurídico e ao chamado modelo de regras e a evolução de sua argumentação de prevalência dos princípios jurídicos no sistema do Direito e sua relação e distinção dos meros princípios morais exposta.

Palavras-chave: Pós-positivismo. Princípios jurídicos. Moralidade. Dworkin.

Abstract: this paper has the scope the analysis of a specific fragment of the Dworkin’s work, the concept of legal principles constructed in the book “Taking right seriously”, this way, the most important critics to positivism and to the, so called, model of rules shall be analyzed and the evolution of the argumentation of prevalence of principles of legal principles in Law’s system and you relation and distinguish with moral principles exposed.

Key-words: Postpositivism. Legal principles. Morality. Dworkin.

Introdução

Grande parte da obra de Dworkin se funda na busca pela segurança, na busca pela previsibilidade e controle das decisões judiciais e limitação da arbitrariedade decorrente do sistema *juspositivista*. Principal modo de controle das decisões judiciais, na visão de Dworkin, o princípios se mostram como um sistema de controle de decisões futuras em face de padrões que não se portam como meras regras jurídicas e, portanto, não se enquadram em um modelo positivista de direito. O presente trabalho

busca trazer uma diferenciação básica entre os princípios jurídicos na obra do jurista e sua diferenciação dos princípios morais.

O âmbito de análise do objeto é restrito, se analisará a obra de Dworkin na sua primeira fase de pensamento, ou seja, na análise da obra “Levando os direitos a sério”, a princípio não se analisará outras obras posteriores do pensamento do autor, vez que as mesmas introduziram mudanças significativas na estrutura de seu pensamento. Deste modo, qualquer referência a obras posteriores como, por exemplo, “O Império do Direito”, “Justiça de toga” ou “Justiça para Ouriços” serão unicamente em aspectos se mostraram imutáveis no pensamento do autor e com objetivo de fortalecer a argumentação do presente trabalho.

Inicialmente se partirá para a análise de Dworkin e suas críticas ao modelo positivista de Direito e a insuficiência do que o autor chama de modelo de regras. Em especial serão analisados de modo expositivo os artigos “O modelo de regras I” e “O modelo de regras II”, presentes na coletânea “Levando os direitos a sério”.

Em um segundo momento se partirá da análise, em especial, do artigo “Casos Difíceis” para a análise da concepção do autor do que são os princípios jurídicos e seu relacionamento com o Direito, ao lado disso, se valerá de apontamentos feitos por Streck e por Morrison para demonstrar o modo de funcionamento da estrutura principiológica Dworkiniana e sua relação com os princípios morais, de modo a desenvolver o tema central do presente trabalho, qual seja, diferenciar, na obra em comento, os âmbitos axiológicos e deontológicos do conceito de princípios na obra do jurista.

Por fim, se apresentará a conclusão do presente trabalho onde se resumirá as idéias anteriormente expostas, em especial, para aduzir a noção, segundo Dworkin, da incapacidade do positivismo como modelo teórico do Direito, e a função e o surgimento dos princípios jurídicos e as relações que estes estabelecem com os princípios morais.

O objetivo maior é aclarar a noção de princípio no âmbito da obra do autor vez que, conforme denuncia STRECK (2012), a identificação dos princípios jurídicos com o conceito de moral leva à insegurança nas

decisões judiciais, bem como a uma incoerência conceitual dentro do ordenamento jurídico nacional.

1. A crítica ao positivismo

A filosofia jurídica de Ronald Dworkin busca, em essência, ser um modo de superação do modelo positivista de Direito e postular uma defesa do modelo jurídico liberal, já na introdução, nas palavras do próprio autor, “Os diferentes capítulos desse livro definem e defendem uma teoria liberal do Direito” (DWORKIN, 2002, p. VII).

A primária consequência disso é que sua teoria dos princípios visa a uma defesa dos direitos individuais em face do Estado, é nesses termos, que o Dworkin define argumentos de princípios como aqueles que “justificam um decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou grupo” (DWORKIN, 2002, p. 129). Desse modo, como conceito preliminar há de se ter em mente princípios jurídicos como normas que garantem direitos individuais.

Para iniciar a defesa de sua tese, na coletânea de artigos “Levando os Direitos a sério”, Dworkin tece feroz crítica ao positivismo jurídico, apontando falhas no sistema e no modo de pensamento dos juristas positivistas.

Para compreendê-las cabe expor que, para Dworkin, o positivismo jurídico é a doutrina jurídica que postula que o Direito é constituído por um conjunto exauriente de regras, postas por uma autoridade competente, reconhecíveis por meio de uma ‘regra de reconhecimento’, que afere a pertença das normas ao sistema jurídico por aspectos meramente formais. Deste modo, na visão do autor, na ausência de regra positiva sobre o tema, o positivismo jurídico entende não haver solução jurídica para o caso, ou seja, a decisão judicial não se daria por meio do direito (DWORKIN, 2002, p. 27).

Segundo o autor, ao perceber o Direito como sistema de regras válidas a doutrina positivista prevê que em caso de lacuna ou ambigüidade na aplicação das regras, os juízes têm “Poder Discricionário”, diante da “indeterminabilidade” do direito, para criarem regras retrospectivamente. Ao analisar a fundo as variantes semânticas do termo ‘poder discricionário’ Dworkin lhe dá três possíveis significâncias:

“a) Algumas vezes empregamos ‘poder discricionário’ em um sentido fraco, apenas para dizer que, por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem uso da capacidade de julgar.

b) Às vezes usamos a expressão em um segundo sentido fraco, apenas para dizer que algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário.

c) Às vezes usamos ‘poder discricionário’ (...) para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão. (DWORKIN, 2002, p. 51)”

Os dois primeiros sentidos são, pelo autor, chamados de ‘sentidos fracos’, não os abordando detalhadamente na obra, ao terceiro nomeia ‘sentido forte’, argumentando que este é o sentido usado pelos positivistas quando defendem que na lacuna da lei é dado ao juiz discricionariedade para decisão do caso, não sendo seu padrão decisório limitado por padrões pré-estabelecidos, “É o mesmo que dizer que, quando um juiz esgota as regras a sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei” (Dworkin, 2002, p. 55).

Para combater essa discricionariedade judicial Dworkin busca com sua teoria um sistema lógico-jurídico onde os direitos das partes sejam pré-existentes ao julgamento do juiz e, portanto, sirvam de limites à atuação judicial. Em “Levando os direitos a sério” afirma que “o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (DWORKIN, 2002, p. 127).

Ou seja, para Dworkin em caso de ausências de normas positivas a regular o caso concreto o positivismo jurídico permitiria liberdade incondicionada ao julgador para criar normas jurídicas aplicáveis imediatamente ao caso. O que se mostraria um equívoco, vez que ao julgador é dado o poder de ‘descobrir’ o direito das partes, ainda que na ausência de regras, e não de ‘criar’ novos direitos.

Ao tratar sobre o tema, no texto “Casos Difíceis” o autor diz-nos que:

“Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha direito preexistente de ganhar a causa, mas tal ideia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direito jurídicos e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão.” (DWORKIN, 2002, p.62)

Ao tratar sobre esse poder discricionário Dworkin critica claramente esse posicionamento aduzindo que essa lacuna é a morada dos princípios jurídicos. Logo no momento das lacunas das regras, os princípios tomam seu lugar como vinculativos das decisões jurídicas, não havendo, portanto, ausência de norma jurídica. Nesse sentido, o autor critica os positivistas pelo seu posicionamento de que os princípios são meros padrões subjetivos não vinculantes:

“O positivista conclui que esses princípios e políticas não são regras válidas de uma lei acima do direito – o que é verdade – porque certamente não são regras. Ele conclui ainda que são padrões extrajurídicos que cada juiz seleciona de acordo com suas próprias luzes, no exercício de seu poder discricionário – o que é falso” (DWORKIN, 2002, p. 63)

A crítica é centrada na insuficiência do modelo positivista, vez que, para o autor, os juristas ao debaterem casos jurídicos, não se prendem apenas às regras positivas e postas por uma autoridade competente, mas se valem de argumentos que não funcionam como as regras, não há falar em criação do Direito pelo juiz, mesmo nos casos difíceis, mas direito pré-existente decorrente de padrões decisórios que não se confundem com regras defendendo “a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis como o da Spartan Steel, são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios não por políticas” (DWORKIN, 2002, p. 132), ou seja, não devem ser decididos *a posteriori ratione*.

Para o autor esse padrão decisório pré-estabelecido, que não se confunde com as regras, são partes integrantes do conceito de direito

compondo um todo ideal e possuindo a mesma natureza, diferenciado-se, entre si, por questões lógicas:

“A diferença entre princípios lógicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas se distinguem quanto à natureza da orientação que oferecem.” (DWORKIN, 2002 p. 138)

A “sociedade de princípios” de Dworkin vem, dessa maneira, tentar garantir uma modificação no modelo paradigmático de interpretação jurídico-judicial vigente no positivismo vinculando o juiz, senão a meras regras, a todo um sistema normativo-principiológico.

De acordo com o autor, essa modificação paradigmática a incluir os princípios jurídicos como paradigmas decisórios de observância vinculatória supre os eventuais problemas de lacunas do modelo positivista, vez que, em caso de ausência de regras, um novo modo de decisão pré-estabelecido para o caso se levantaria, qual seja, os princípios jurídicos.

Em suma, se nota da obra de Dworkin uma insatisfação com o modelo positivista vigente à época e uma tentativa de reformulação da concepção predominante, incluindo no seio da Teoria do Direito o conceito de princípios como novo alicerce a substituir, o que o autor nomeia, “modelo de regras” que regeria o positivismo jurídico e garantia poderes de modo arbitrário ao julgador, em especial, em ausência de regras jurídicas.

2. A Sociedade de princípios e sua relação com a moral

2.1 Dworkin e a resposta correta

Os últimos períodos da modernidade deram à filosofia e, conseqüentemente, ao direito, ares de incerteza. As crenças de que a verdade poderia ser objetivamente apreendida pelo homem cede espaço pouco a pouco a uma filosofia mais cética à este ideal. Deste modo, pode-se notar uma modificação do paradigma de análise da ‘verdade’ onde o cientista social deixa de perceber o mundo de maneira objetiva e direta passando a analisá-lo em uma maneira subjetiva e relativista.

“A modernidade foi fundada pelo Iluminismo consistia em permitir que os seres humanos pudesse ver as coisas como elas realmente são. Alcança um estado de transparência permite que confiemos em nossas construções sociais; tornamo-nos plenamente conscientes. (...)

Resumindo a narrativa deste livro, os autores do início da modernidade, por exemplo, Hegel, Marx, Bentham ou John Austin – acreditavam na possibilidade de que o conhecimento revelasse ao homem a verdade sobre a condição humana.(...)

A moderna hermenêutica rejeita a metafísica de um observador externo independente que procura objetividade (tão fundamental à busca da verdade desde o símile da caverna de Platão), em favor da metafísica de um cientista comprometido que pertence a uma tradição e trabalha com recursos intelectuais dessa tradição.” (Morrison 2012, p.497-498)

Para o mundo jurídico essa subjetivização teve efeitos claros: o positivismo exegético que postulava uma previsibilidade total nas decisões do juiz que se vinculava estritamente aos parâmetros objetivos e impessoais do texto legal cede espaço, paulatinamente, ao juiz da teoria pura do direito e ao juiz de Herbert Hart cuja decisão se funda em nada mais do que, para aquele, um ato de vontade e para este um ato de poder.

Quando se pensa na obra de Ronald Dworkin se pensa em uma busca pela retomada da objetividade do Direito e perda nos estágios finais do positivismo. O jurista estadunidense retoma a busca dos ideais iluministas de objetividade e certeza perdidos com a evolução do modelo positivista e postula uma teoria da resposta correta

O principal aspecto da teoria de Dworkin é não aceitar a ideia da discricionariedade da decisão judicial, que dizer, segundo o autor, a partir de sua teoria, é possível encontrar uma resposta correta para cada caso jurídico haja ou não regra pré-estabelecida.

“Talvez a mais controversa das ideias associadas à obra inicial de Dworkin esteja em sua afirmação de que a prática jurídica envolve,

necessariamente, a aceitação da ideia de haver sempre uma resposta correta para os dilemas jurídicos e morais” (Morrison, 2012 p.505)

Desse modo, para o autor, a decisão judicial deve ser controlada por critérios objetivamente aferíveis não se tratando a decisão judicial de mera manifestação volitiva ou de poder. Para fundamentar essa posição o autor busca os pressupostos racionais envolvidos no processo e práticas argumentativas jurídicas, ou seja, se baseando no modo como as decisões judiciais são constantemente proferidas faz um juízo de previsibilidade das decisões futuras (Morrison 2012, p. 498).

Em “O império do Direito” Dworkin deixa clara essa pretensão de vinculação para com o passado em uma atitude construtiva do Direito:

“A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, e colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé para com o passado.” (DWORKIN, 2007, p. 495)

Sob esses pressupostos Dworkin cria sua sociedade de princípios, seu modelo de funcionamento do sistema jurídico capaz de prever e controlar as decisões proferidas pelos juízes.

Integridade no Direito, no sentido atribuído por Dworkin, significa um compromisso com a realidade institucional jurídica, ou seja, ao se falar em integridade se fala em respeito às ideias e argumentações jurídicas pretéritas como modo de controle e proferição de argumentações jurídicas futuras, em o império do Direito:

“O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados ao passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se prestam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como um política em processo de desenvolvimento.” (DWORKIN, 2007, p.271)

Segundo o autor o direito possui história e não se pode analisar novos casos sem a efetiva comparação com as argumentações jurídicas exaradas em casos pretéritos. Morrison relaciona a postura de Dworkin com ideias nietzschianas de prevalência da realidade sobre o pensamento e kantianas de existência de racionalidade nas instituições, nesse sentido:

“Uma vez mais, Nietzsche é estimulante. Sua argumentação era simples as instituições e práticas modernas têm histórias; não há uma perspectiva dominante. Inversamente, a tradição kantiana implica que devemos tratá-las como se houvesse uma racionalidade coesa subjacente. (...) A estrutura racional do todo social será encontrada em suas estruturas operativas de reconhecimento mútuo; os agentes individuais só alcançam a autoconsciência através do reconhecimento mútuo de cada um deles e do valor racional da prática de cada um, mas isso exige padrões e mecanismos de visão por meio dos quais se pode mediar tal reconhecimento. Dworkin nos oferece essa análise e essa estrutura para a observação da moderna legalidade” (MORRISON 2012,p .501)

No mesmo sentido Streck (2012) descreve a noção de princípios de Dworkin nos seguintes termos:

“os princípios recebem sua carga deontológica em razão de sua manifestação histórico-cultural no seio de uma comunidade política. Vale dizer: não é uma regra que oferece um “teste de pedigree” que confere validade jurídica a um princípio, mas, sim, um modo específico de a comunidade política se conduzir. Trata-se de um padrão decisório que se constrói historicamente e que gera um dever de obediência nos momentos posteriores.”

Princípios são deste modo padrões histórico-deontológicos cuja influência é dirigida a decisões futuras. Ao julgador cabe, deste modo, observar a decisões anteriormente proferidas, não para copiá-las o fundamento, mas para manter uma relação de integridade no âmbito do direito, o direito, assim:

“começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende

recuperar mesmo para o direito atual os ideais objetivos ou práticos dos primeiros políticos que o criaram. Pretendo, sim, justificar o que fizeram (as vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história feral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado (DWORKIN, 2012, p. 278)

A integridade é a chave mestra da teoria do Direito de Dworkin, todo o Direito é um todo incindível de regras e princípios oriundos de uma construção sócio-institucional de observância obrigatória. Para o autor, mesmo a modificação destes paradigmas principiológicos não atesta contra a integridade do Direito, ao contrário, reforça-a, vez que adiciona novos argumentos e elementos narrativos à sua história

Se essa tese é válida, a história institucional age, não como uma restrição do juízo político dos juízes, mas como um componente deste juízo, pois a história institucional faz parte do plano de fundo de que qualquer juízo plausível dos direitos de um indivíduo deve levar em consideração (DWORKIN, 2002 p.136)

O direito como integridade, deste modo, leva à percepção de que o projeto do direito esteja sempre em aberto, projeto sempre inconcluso, sempre remetendo ao passado e vinculando o futuro:

“princípio é um padrão decisório que se constrói historicamente e que gera um dever de obediência. Isto é, princípios funcionam no código lícito-ilícito. Caso contrário, um principio não é um principio. É só um argumento retórico.” (STRECK, 2012)

Para a teoria de Dworkin integridade é a chave da compreensão do Direito, parte da noção da Ciência Jurídica como ciência social por excelência se distanciando da juridicidade estóica do positivismo. Em, o “Império do Direito” o autor aduz que:

"O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre justiça, equidade, devido processo legal adjetivo e pede-

lhes que nos novos casos que se apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa sob as mesmas normas" (DWORKIN, 2001, p.291)

Concepções como justiça e igualdade são, deste modo, tirados de um âmbito individual-subjetivo, para um âmbito histórico-institucional. A concepção do justo e a função de fundamentação jurídica das decisões judiciais são, deste modo, vistas não em função das decisões individualmente consideradas, mas em âmbito coletivo dentro do paradigma de decisões historicamente proferidas:

“A doutrina^[1] parece inócua nessa forma geral, mas ela condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas. Ela condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e teorias gerais que seja compatível com outras decisões consideradas certas.” (DWORKIN, 2002, p. 137)

Para análise desse quadro é interessante a análise da metáfora do romance em cadeia, pela qual o autor explica que a atitude judicial deve ser como a de um escritor que participa da criação de um romance em cadeia onde vários escritores escreverão diversos capítulos para integrar a mesma obra, ou seja, deve-se promover a criação de uma decisão futura, tendo em vista as decisões passadas, tal como ao escritor é dado escrever o capítulo posterior em coerência com o capítulo anterior, nesse sentido:

Ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. (DWORKIN, 2005, p. 238)

Nesse sentido, se afirma que o Direito, em Dworkin, é construtivista, na medida em que perpassa por diversas releituras de seus próprios fundamentos, ou, como exposto pelo autor:

A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, e colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé para com o passado. (Dworkin 2012, p. 495)

Em suma a teoria da decisão jurídica de Dworkin perpassa por uma análise do panorama histórico decisório como modo de garantir a validade e integridade das decisões judiciais e a busca pela resposta correta.

2.2 Princípios morais e princípios jurídicos

Como exposto até aqui, a obra de Dworkin visa, em grande parte, segurança e previsibilidade nas decisões judiciais. A noção básica de que princípios jurídicos são normas que defendem direitos, desse modo, se unem a afirmação de que os princípios são normas não subjetivas, ou seja, não são meros padrões de morais subjetivos que variam de um juiz para outro:

“O positivista conclui que esses princípios e políticas não são regras válidas de uma lei acima do direito – o que é verdade – porque certamente não são regras. Ele conclui ainda que são padrões extrajurídicos que cada juiz seleciona de acordo com suas próprias luzes, no exercício de seu poder discricionário – o que é falso” (DWORKIN, 2002)

Nesse mesmo sentido Streck (2012):

Ora, se os princípios vieram para robustecer o Direito, sua transformação em “valores” provoca, exatamente, o enfraquecimento dessa autonomia. O Direito não pode ser “corrigido” por argumentos políticos ou morais. Ou por argumentos “morais-políticos”.

Primordialmente retomamos a noção de integridade jurídica na obra de Dworkin, vez que fundamental para a compreensão dos princípios jurídicos que orientam a interpretação no processo de tomada de decisão

judicial. Para o autor, a integridade é a manutenção da racionalidade intrínseca às decisões judiciais, ou seja, é a garantia de observância de fundamentos de decisão anteriores de forma que as concepções como justiça e equidade se mantenham estáveis no seio da sociedade. Em Império do Direito Dworkin expõe essa relação:

“Aceitamos a integridade como ideal político específico, e aceitamos o princípio da integridade como princípio soberano sobre o Direito, porque queremos nos ver como uma associação de princípios, como uma comunidade regida por uma única e coerente concepção de justiça, equidade e processo legal justo na relação exata (...) nossa ambição fundamental de nos tratarmos como uma comunidade de princípios.” (DWORKIN, 2012, p. 314)

Os princípios jurídicos, na obra de Dworkin, surgem lentamente através da aceitação institucional, não sendo postos por meio de atos legislativos ou mesmo por decisões individuais, mas por um lento ato de criação histórico-coletivo. Ideais como a justiça não são mais vistos a partir de um caso individualmente considerado, mas a partir de uma noção integrada de decisões e concepções de justiça para com casos passados. Em “Levando os Direitos a sério”:

“De acordo com Hart, a maioria das normas de direito são válidas porque alguma instituição competente as promulgou. Algumas foram criadas por um órgão legislativo, em forma de estatutos. Outras foram criadas pelos juízes que as formularam para decidir casos particulares e as estabeleceram assim como precedentes para o futuro. Mas esse tipo de certificação não serve para os princípios, cuja origem como princípios jurídicos não se baseia em uma decisão particular de nenhum tribunal ou órgão legislativo, e sim em um sentido de conveniência ou oportunidade que, tanto no foro quanto na sociedade, se desenvolve com o tempo.” (DWORKIN, 2002, p. 94)

Para ilustrar tal posicionamento Dworkin, em “Levando os direitos a sério”, toma por empréstimo as regras do xadrez. Não se pode crer que o árbitro pode criar novas regras no seio do jogo de xadrez, mesmo nos casos em que essas possuam “zonas de penumbra” compete ao árbitro

buscar as regras de modo objetivo e hábil a garantir a legitimidade do jogo e não a modificação de regras previamente estipuladas, nesse sentido:

“O árbitro não é livre para pôr em prática suas convicções de fundo para decidir este caso difícil. (...) Temos então, no caso de um árbitro de xadrez, um exemplo de autoridade cujas decisões sobre os direitos institucionais, mesmo quando a força de tais restrições não for clara. Não achamos que ele seja livre para legislar, de modo intersticial, em um contexto de ‘textura aberta’ de regras imprecisas” (DWORKIN, 2002, p. 160)

O pós-positivismo de Dworkin visa, deste modo, afastar subjetivismos e escolhas de caráter individual do julgador. Nas palavras de Streck, o julgador ao se valer dos princípios não pode “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, ele se vincula a um padrão decisório e de validade institucional previamente decidido e que não se modifica diante dos casos difíceis.

Não se pode, deste modo, confundir os princípios na doutrina de Dworkin com casos de juízos de valor ou, ainda, como mera inserção da moralidade no seio jurídico. Sua doutrina deriva, primariamente, de um sistema de precedentes vinculantes e sua noção de princípio segue o mesmo caminho, princípios são, deste modo, normas vinculadas a uma certa conformação de moralidade política, institucional, nesse sentido afirma que “espera-se que os cidadãos recorram a considerações gerais de moralidade política quando argumento em favor desses direitos”.

Para finalizar sua análise da sociedade dos princípios Dworkin retoma a ideia positivista de escalonamento vertical normativos, mas, desta vez, não um mero escalonamento no âmbito de validade das regras, mas um verdadeiro escalonamento de legitimidade abstrata dos princípios, adicionando, ainda, uma justificação horizontal dos princípios. Ao tratar sobre o juiz Hércules Dworkin afirma que o juiz deverá formular uma teoria do direito que parta do ponto mais alto do ordenamento jurídico ao ponto mais baixo, onde cada princípio utilizado no caso concreto se funde em princípio de maior abstração e grau hierárquico, de modo que os princípios

contratuais se fundem nos princípios legais e esses fundem nos princípios constitucionais, etc.

Assim, para Dworkin, embora seja impossível a retirada dos parâmetros morais e políticos individuais dos juízes, sua teoria do princípio fará com que o impacto dos juízos pessoais dos julgadores “será disseminado” e “não entrarão em suas considerações de maneira a fazer com que as diferentes partes da teoria por ele construída sejam atribuídas à suas convicções independentes”.

Não é de todo incomum a confusão entre princípios e valores, entre princípios e moral. Todavia, como se nota, para a teoria de Dworkin, a moralidade, em seu conceito clássico subjetivo, não pode ser visto como sinônimo de princípio. Princípios jurídicos não são vetores axiológicos subjetivos hábeis a modificar a estrutura e relação entre normas jurídicas, mas sim pressupostos histórico-normativos fundados em uma noção de integridade institucional e de pertença a uma teoria de direito abstratamente considerada.

Não é difícil perceber que, em certos casos, a partir da definição de Dworkin de que se definem princípios jurídicos como aqueles que garantem direitos não se deve percebê-lo como simples manifestação da moralidade seja ela individual ou coletiva, mas como manifestação de uma construção moral institucional, tendo, por vezes, nítido caráter contra-majoritário:

“Os indivíduos têm direito à aplicação consistente, dos princípios sobre os quais se assentam as suas instituições. É esse direito constitucional do modo como o define a moralidade constitucional da comunidade, que Hércules deve defender contra qualquer opinião incoerente, por mais popular que seja” (DWORKIN, 2002, p. 197)

Aduzir que os princípios jurídicos não se confundem com os princípios morais, todavia, não que dizer que estes estejam completamente apartados da doutrina de Dworkin, mas apenas submetidos a um sistema condicional de análise sendo percebidos apenas quando dentro de uma moralidade institucional. Para o autor a moralidade é parte integrante da

interpretação jurídica, mas não se confundem com ela. Nesse sentido, ao expor a figura do juiz Hércules afirma que “quanto Hércules fixa direitos jurídicos, já levou em consideração as tradições morais da comunidade, pelo menos do modo como estas estão capturadas no conjunto do registro institucional que é sua função interpretar”.

Moralidade é, nesse dizer, condição de procedibilidade para seja proferida uma sentença justa, mas não vetor argumentativo próprio hábil a justificá-la *per si*, a moralidade insere-se no âmbito do direito a partir da concepção do ideal de construção social.

A função da moralidade nos princípios jurídicos, deste modo, não se confunde com a função interpretativa *per si*, mas parte da função judicial de análise da integralidade jurídica da comunidade.

Conclusão

O trabalho buscou analisar a doutrina dos princípios de Ronald Dworkin a partir de sua função precípua de controle do decisionismo judicial para, ao final, demonstrar as diferenças basilares entre os princípios morais e jurídicos na obra do autor.

Analisou-se, primariamente, a crítica básica de Dworkin ao positivismo jurídico, em especial, na tese do Poder Discricionário que permitiria, segundo o autor, que a decisão judicial fosse proferida com base em regramentos jurídicos escolhidos pelos juízes no momento da decisão do caso, tornando-os verdadeiros “legisladores segundos”. Em um segundo momento se analisou os princípios na doutrina pós-positivista, analisou-se os princípios como fundamentos para a busca da resposta correta nos casos judiciais e a possibilidade de, por meio dos princípios, se encontrar direitos pré-existentes ao julgamento.

Como se pode observar da doutrina pós-positivista de direito como integridade de Dworkin os princípios jurídicos são mais do que meras dimensões axiológicas de caráter normativos sendo verdadeiras manifestações do conceito de integridade jurídica em âmbito jurisprudencial instituidoras de direitos individuais.

Como se observa os princípios nascem da prática jurídico-social nascendo naturalmente e lentamente ao lado da sociedade. Os princípios de direito são, desde modo, conceitos deontológicos vinculados à sua ideia de romance em cadeia, sendo a inclusão dos princípios mais do que mera

inserção de moral no ordenamento jurídico, se manifestando como verdadeira busca por previsibilidade das decisões judiciais onde cada decisão futura deve dialogar e se fundamentar em decisões pretéritas. Assim os valores morais não se inserem *per si* na teoria de Dworkin, mas se ligam à tradição e aceitação institucional. Nesse sentido Prado Silva(2013) aduz que “ao se falar em integridade, Dworkin desenvolve a ideia de romance em cadeia, na qual os indivíduos do passado e do presente desenvolvem progressivamente uma moralidade constitucional coerente e harmônica”.

A moralidade, quando muito, pode ser usada no sentido de uma moralidade pública e institucionalizada e como ponto de início da busca pelos princípios jurídicos existentes no sistema, sob pena de se deturpar o objetivo maior da obra de Dworkin, qual seja, a segurança jurídica e a limitação à discricionariedade judicial.

Em suma, se conclui que não se deve ligar os princípios jurídicos a uma dimensão moral, quase como uma intersecção do jusnaturalismo nas doutrinas jurídicas hodiernas.

Ao contrário, para Dworkin certos princípios podem e vão, em vista do caráter contramajoritário do Poder Judiciário, contrariar o certos conceitos morais subjetivos ou mesmo coletivos, à medida que se ligam a realidades políticas, históricas, institucionais e a concepções de integridade e lealdade às decisões jurídicas pretéritas.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *A ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* - tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998.

MEYER, Emílio Peluso Neder ; SOUZA, Eon Geraldo de. CARNEIRO, Guilherme Felipe Mendes Macário; FARIAS, Pedro Henrique Esteves: uma análise do papel do Supremo Tribunal Federal na edição da Súmula Vinculante, nº 5. *Revista Dom Total*. Disponível em:

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito – dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo. 2012. Ed. Martins Fontes.

STRECK, Luis Lênio. Entrevista realizado por Pedro Canário, em 02/04/2012. Disponível em:

SILVA. Aline Prado. *Legitimidade e decisão: a construção do julgamento dos casos difíceis pela teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin*. 2013. 32 f. Dissertação Mestrado Filosofia e teoria geral do Direito. Universidade de São Paulo. 2013.

NOTA:

[1] A Doutrina da responsabilidade política, nas palavras de Dworkin “afirma que as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõe a tomar.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL - OS EFEITOS DESSA TECNOLOGIA DISRUPTIVA NA PROFISSÃO JURÍDICA

GUILHERME ALEXANDRE FRANÇA DE LACERDA:
Bacharelado do Curso de Direito da UnB -
Universidade de Brasília.

RESUMO: O evidente aumento da competitividade da profissão jurídica em escala global, principalmente no Brasil, assusta os atuantes da área. O presente artigo mostrará outro ponto que tende a piorar ainda mais a situação dos advogados: automação, tecnologias e inovações disruptivas. Por muitas de suas atividades serem padronizadas e tradicionais, com o enraizamento de costumes do início do século passado, a profissão jurídica torna-se um candidato ideal para sofrer fortes impactos dessas inovações. Desta forma, a pesquisa é dividida em quatro partes. A primeira, introdução, mostra o contexto da competitividade da profissão jurídica nacional e global. A segunda visa conceituar o que são inteligências artificiais e exemplificar alguns casos já presentes no Direito. A terceira demonstra quais das atividades exercidas no dia a dia dos profissionais do Direito serão e quais já são mais afetadas. Finalmente, quarta parte, conclui-se que as tecnologias não podem ser ignoradas ou subestimadas pelos atuantes, pelo contrário, investimento e conhecimento na área é um passo para destacar-se num mercado tão competitivo, além do grande potencial de revolucioná-lo.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Inteligência artificial (IA) – conceito e exemplos no Direito. 3. As atividades e os profissionais mais atingidos pela tecnologia. 4. Conclusão.

1. Introdução

A competitividade da profissão jurídica evidentemente só aumenta em escala global. Visualizar isso é fácil, basta analisar as informações como crescimento de faculdades de direitos nos últimos anos no mundo todo, especialmente o Brasil, crescimento do número de formados, a demanda

estagnada do mercado jurídico de maneira geral, e outros dados. Este artigo mostrará outro ponto que tende a piorar ainda mais a situação dos advogados: automação, tecnologias e inovações disruptivas.

Observam-se mudanças radicais no *modus operandi* da maioria esmagadora das profissões, se não todas, desde a revolução industrial, que acarretou na mudança do trabalho manufaturado para o industrial. Essa mudança avançou e com a tecnologia informacional não seria diferente: o trabalho humano está cada vez mais competindo ou até mesmo sendo substituído pelo trabalho das inteligências artificiais.

A profissão jurídica é um candidato ideal para sofrer fortes impactos dessas inovações, pois alguns de seus trabalhos são padronizados e rotineiros, o que facilita em termos de processamento de informações para os computadores, além do fato de que o modo de ser da profissão jurídica ainda se pauta nas bases tradicionais que eram utilizadas desde o começo do século XX ou até antes. Este artigo, portanto, visa mostrar brevemente alguns dos impactos que tais tecnologias irão trazer e já trazem para o Direito.

Algumas pessoas, principalmente os profissionais mais tradicionais do meio jurídico, acreditam que transformações tecnológicas em tal área seja um exagero, um delírio, ou entendem que tais mudanças virão sim, porém somente em um futuro distante. Talvez tal pensamento exista pelo fato de que as novidades da tecnologia surjam de maneira mais distante da atuação diária do exercício da profissão, mas não enxergam a perspectiva e o potencial de crescimento disto.

É inerente da estrutura prática e do próprio conceito de inovações disruptivas que elas comecem a atuar em áreas que antes não havia um atendimento expressivo, ofertando serviço para mais pessoas, e com o tempo começam a entrar na concorrência direta com as profissões tradicionais e ofertando serviços mais baratos e em maior abrangência, conseqüentemente. Um exemplo que clarifica todos esses pontos é o Uber. E essa lógica já começou a afetar o direito, como será mostrado aqui.

2. Inteligência artificial (IA) – conceito e exemplos no Direito

Aqueles que entendem que tal contexto é um futuro distante para a prática jurídica, mal imaginam que os impactos concretos já começaram e estão tomando proporções avassaladoras. Algumas empresas tecnológicas prestadoras de alguns serviços jurídicos mais simples estão impactando surpreendentemente o mercado, como é o caso da LegalZoom, que foi responsável por mais de um quinto (20%) das filiações (o aspecto jurídico de criação) das Sociedades Limitadas (Limited Liability Companies – LLC), além de possuir uma margem de crescimento incrível com uma renda de 156 milhões de dólares em 2011^[1]. Outro caso emblemático é o DoNotPay, um recente chatblot criado por um estudante britânico de 19 anos que já venceu 160 mil contestações em relação a multas de trânsito nas grandes cidades de Londres e Nova York, alcançando um percentual de 64% das 250 mil contestações analisadas desde o seu lançamento^[2].

Trata-se da chamada Inteligência Artificial, definida como tecnologia que “permite que as máquinas desempenhem funções sem a intervenção das pessoas”^[3]. Tais exemplos de inovação e mudança tecnológica não são únicos ou isolados. Esse fenômeno é tão atual, real e concreto que se já se tem um forte competição entre as próprias empresas fornecedoras de serviços jurídicos computadorizados, como a *SmartLegalForms*, *Rocket Lawyer* (empresa da Google), *mdfamilylawyer.com*, *DirectLaw*, *LegalForce*, *Trademarkia*, *MetaTalk*, *IANAL*, *IAALBNYL*, *Avvo*, *LawPivot* dentre outros, e até mesmo casos brasileiros como a *LawMate*, que fornece serviços jurídicos como fornecimento de contratos e consultoria jurídica, a *Linte*, que trabalha com gestão de processos e contrato, e principalmente *Legal Labs*^[4], empresa de Brasília que lançou a plataforma Dra. Luzia, a qual primeiramente automatizou dados padronizados de petições e para produzir petições automaticamente, e posteriormente, avançando no quesito tecnológico, usou *machine learning* (aprendizado de máquina) para automaticamente gerar petições de execuções fiscais na Procuradoria do Distrito Federal^[5].

Todas essas e outras empresas não realizam especificamente o mesmo serviço dentro das atividades jurídicas, mas cabe aqui sintetizar as cinco áreas/atividades que estão sendo mais afetadas ou serão em um

futuro próximo. São elas: (1) Descobrimto; (2) Busca Legal; (3) geração de documentos; (4) Geração de peça/resumo processual e memorandos; (5) previsões de resultados de casos^[6]. Ou seja, os profissionais que mais sentem e sentirão este impacto, conseqüentemente, são os que utilizam como atividades fundamentais criação de contratos padronizados, revisão documental, aspecto jurídico de criações de empresas, como seria dito a frente. Em outras palavras, tais profissionais são os advogados assalariados de pequenas firmas/escritórios e praticantes solos^[7].

3. As atividades e os profissionais mais atingidos pela tecnologia.

A primeira atividade, “Descobrimto (1)”, envolve um aspecto um pouco mais simples, porém extremamente útil, que é o processo realizado pelos computadores de busca por dados de documentos jurídicos a partir de palavras-chave. Essa atividade, também conhecida como eletronic Discovery ou e-discovery, visa realizar a revisão documental que tradicionalmente era feita por advogados juniores. Porém, essa tecnologia sem dúvida alterou as atividades dos escritórios e firmas jurídicas, sendo neste caso uma melhora e não uma competição com a profissão, ou seja, esta prática não é vista como uma ameaça a profissão destes, mas sim como uma ajuda.

A segunda, “Busca Legal (2)”, é uma atividade que visa pesquisar a lei a partir de precedentes, ou seja, é uma ferramenta muito útil para países de Common Law, os quais os precedentes possuem força constitutiva e vinculante. Essa prática já era realizada por advogados desde o começo da profissão jurídica, e que coincidentemente tais profissionais eram conhecidos como “Computadores”. Esta atividade começou a ser computadorizada já na década de 60 do século passado, e alguns estimam que com o evoluir dessa tecnologia, dentro de dez a quinze anos será possível realizar buscas semânticas, isto é, o computador conseguirá buscar resultados que não necessariamente foram digitados no processo de pesquisa, mas que pelo conceito e ideia da busca irá trazer arquivos relevantes conectados a isso.

Em outras palavras, será possível não só se buscar de maneira automatizada pela lei a partir de precedentes, como é feito hoje em dia, mas também será possível visualizar a força desse precedente e a aceitação dele em uma corte específica, etapa esta que atualmente é realizada por advogados nos estudos das estratégias jurídicas. Assim, essa nova tecnologia poderá sim ser vista como um competidor com os advogados da parte inferior do mercado, conseguindo ofertar este serviço por preços menores, como normalmente os computadores fazem.

A terceira e a quarta atividades serão explicadas concomitantemente por sua proximidade, sendo, portanto, a (3) geração de documentos, como formulários, e a (4) geração de peça/resumo processual. Essas são as atividades que já estão afetando mais diretamente a profissão jurídica, especialmente os advogados assalariados de pequenas firmas/escritórios e praticantes solos. Este tipo de prática por meio das tecnologias está consideravelmente consolidando-se, tanto é que já existem diversas empresas que concorrem entre si no mercado jurídico tecnológico e que de fato ofertam alguns serviços jurídicos mais básicos como criação de alguns contratos, formulários de formação de empresas (elaboração de estatutos/contratos sociais), elaboração de contestações a partir de formulários, entre outros documentos jurídicos de espécie similar. Além da elaboração automatizada de formulários, e mais especificamente sobre a criação de peças e memorandos, isso é uma estimativa que se tem sobre um futuro próximo que envolve a criação de documentos jurídicos mais complexos e elaborados, mas que mesmo assim não deverá afetar diretamente os litígios internos dos tribunais, como será exposto a diante.

A empresa LegalZoom exposta anteriormente se encaixa nesta área (3), e como dito, foi responsável por 20% dos aspectos jurídicos documentais da formação (estatutos) de Sociedades Limitadas (Limited Liability Companies – LLC), mas não se restringem a isso, ofertando serviços jurídicos variados por meio de sua plataforma online, como consultorias jurídicas à advogados, conselhos jurídicos aos clientes, criação de documentos personalizados, entre outros. O mais interessante é o potencial destas empresas que no caso da LegalZoom serviram

aproximadamente dois milhões de clientes no anos de 2004 a 2014, e só no ano de 2011 foram pleiteadas cerca de 490 mil ações pela empresa.

Porém, como dito, esta firma não a única a ofertar esta modalidade de serviço, como se pode ver, também existem diversas outras empresas que competem diretamente (e que se encaixa na atividade [3]) com a LegalZoom. É o caso das empresas Rocket Lawyer, sua maior concorrente, e a SmartLegalForms, que ironicamente nomeia a LegalZoom como sendo uma empresa que oferta serviços online de maneira ultrapassada (“the old way” of Internet Law). Outros exemplos, como já citados, são a DoNotPay que produzem contestações contra multas de trânsito e atrasos de voos, a MetaTalk, IANAL, IAALBNYL, Avvo, LawPivot, que são empresas que oferecem serviços jurídicos online e que basicamente funcionam de modo Q&A (Perguntas e Respostas), isto é, alguém que está com algum problema jurídico busca sanar sua dúvida em um desses programas e advogados (ou não em alguns casos) respondem com o intuito de ganhar futuros clientes.

Avançando nas atividades, a quinta (5) diz respeito a previsões de resultado de casos, o que é uma prática no mundo jurídico que já ocorre desde seu início. Ou seja, não é de se estranhar que um advogado interessado em uma ação irá querer saber sobre as possibilidades de sucesso, e para isso ele analisará alguns dados como padrões, precedentes, postura de determinados juízes sobre o tema e somado ao seu instinto e experiência irá realizar sua previsão. E pelo fato de o Direito possuir tantos dados e padrões, a capacidade de coletar, juntar e organizar esses padrões em sistemas computacionais é enorme, permitindo assim, previsões melhores estudadas pelo potencial dessas tecnologias e produzir uma estimativa que pode e tem grande capacidade para ser melhor do que as estimativas realizadas por humanos, mesmo que experientes.

Talvez essa atividade pareça ser uma realidade distante, mas não é e já há alguns acadêmicos e companhias realizando essas práticas, como é o caso de um grupo de cientistas políticos que criaram um modelo de análise de decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, baseado em decisões passadas da corte, e obtiveram resultados mais eficientes que os especialistas de análise da Suprema Corte. A empresa Lex Machina

realizou este feito na área de litígios sobre patentes, que possuem um padrão mais estável e uma quantidade de dados bastante satisfatória para a previsão de resultados de maneira automatizada, e já ofertam serviços de consultoria em si acrescentado da venda de dados e previsões.

Merece destaque a já mencionada plataforma da empresa brasileira Legal Labs, inspirada na Lex Machina, a Dra. Luiza, que é capaz de tomar decisões jurídicas e escolher qual petição oferecer para dar andamento à massa de execuções fiscais. É importante ressaltar que “a Dra. Luzia não faz petições complexas, nem invade a competência humana de tomar decisões. Ela só faz o que foi treinada para fazer. E sempre precisará de um advogado-usuário para verificar sua atuação” ^[8].

A estimativa para que esta prática avance para as demais áreas do direito dentro de uma década e seus efeitos refletiriam diretamente nos números de litígios dentro das cortes, pois seria possível analisar mais objetivamente as possibilidades de resultados positivos e o risco em levar o litígio para tribunais, o que resultaria em uma busca maior por acordos, arbitragens e mediações. Inclusive, essas são áreas que também já foram atingidas pela tecnologia, como é o caso das empresas de Resolução Online de Disputas (ODR – Online dispute resolution), que visam a resolução do litígio focando mais em mediações em seu mérito do simplesmente fornecer um meio para troca de proposta, como é o caso da Cybersettle, eBay (que resolve cerca de 60 milhões de medições por ano! Sendo que 90% delas não há nenhuma interferência humana), Paypal, Modria, e mais especificamente sobre mediação online de divórcios há a DivorceMediationResources.com, criada pela Modria em parceria com a LawMediaLabs.

4. Conclusão

Como destacado, as novas tendências das tecnologias e seus efeitos nos mercados globais tende a crescer cada vez mais e abalar as estruturas mercadológicas em escala mundial, e com o Direito não é e nem será diferente. Sendo que os mais afetados de maneira imediata são os profissionais que usam e ofertam principalmente as cinco atividades

supraditas, portanto, os advogados assalariados de pequenas firmas/escritórios e praticantes solos^[9].

Algumas áreas terão certo conforto durante um bom tempo, segundo estimativas, visto que são práticas cuja substituição por tecnologias exigiria a absorção de valores, fatores e sentidos que apenas são presentes em seres humanos, assim, tal fato possa até ocorrer, mas em um futuro a priori consideravelmente distante. Segundo os Professores John O. McGinnis e Russel G. Pearce, sentem e sentirão este conforto os Advogados dos Grandes Escritórios e Firms Jurídicas^[10] considerados superstars^[11], advogados que atuam em áreas altamente específicas que sofrem mudanças rápidas, profissionais que atuam em tribunais e que possuem a oratória como uma de suas funções, além dos profissionais que ofertam serviços em que a relação humana seja fundamental.

Contudo, a tecnologia não deve ser vista e acusada de todo o mau possível, como se fosse a causa dos nossos problemas sociais, como fazem as elites e as organizações midiáticas tradicionais^[12]. Porém, pelo potencial o crescimento absurdo mostrado em números e resultados práticos das empresas de tecnologias no meio jurídico, os profissionais supraditos, apesar da tranquilidade, não devem subestimar ou ignorar esses novos modelos de oferta de serviços jurídicos que os realizam de maneira mais transparente, mais barata e, conseqüentemente, aumenta consideravelmente o acesso à justiça.

Referências Bibliográficas

ATHENIENSE, Alexandre; RESENDE, Tatiana. **A inteligência artificial aplicada e outras inovações tecnológicas aplicadas ao direito**. In: Tecnologia Jurídica e Direito Digital: I Congresso Internacional de Direito e Tecnologia 2017. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2017, p. 69-96.

BARTOM, Benjamin H. **Glass Half Full: The decline and rebirth of the legal profession**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

CASTELLS, Manuel. Internet Studies: a critical new field in the social Sciences. In: GRAHAM, Mark (ed.); DUTTON, William H. **Society and the**

Internet: hownetworks of information and communication are changing our lives. Oxford: Oxford University Press, 2014.

GRAHAM, Mark (ed.); DUTTON, William H. **Society and the Internet: hownetworks of information and communication are changing our lives.** Oxford: Oxford University Press, 2014.

FERNANDES, Ricardo; MENDES Danilo, FERREIRA, Hugo; GUEDES André. **Inteligência artificial (ia) aplicada ao direito: como contruímos a dra. Luzia, a primeira plataforma do brasil com machine learnig utilizado sobre decisões judiciais.** In: Tecnologia Jurídica e Direito Digital: I Congresso Internacional de Direito e Tecnologia 2017. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2017, p. 39-67.

FREY, Carl Benediktand; OSBERNEM, Michael A. **The Future of Employment: how susceptible are jobs to computarisation?.** Oxford University Press, Oxford: 17 de setembro de 2013. Disponível em: < http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf >. Acesso em: 23 out. 2017.

McGINNIS, John O.; PEARCE, Russell G. **THE GREAT DISRUPTION: HOW MACHINE INTELLIGENCE WILL TRANSFORM THE ROLE OF LAWYERS IN THE DELIVERY OF LEGAL SERVICES.** In: Fordham Law Review. Disponível em: < http://fordhamlawreview.org/wp-content/uploads/assets/pdfs/Vol_82/No_6/McGinnisPearce_May.pdf >. Acesso em: < 23 out. 2017 >.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. KENNETH, Cukier. **Big Data: a Revolution that will transform How We Live, Work and Think.** Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=bYS_4CWu3y8&t=625s >.

RIGUEIRA, Marina. **Qual é a diferença entre AI, machine learning e deep learning.** Disponível em: < <https://imasters.com.br/desenvolvimento/qual-e-diferenca-entre-ai-machine-learning-e-deep-learning/?trace=1519021197&source=single> >. Acesso em: 29 out. 2017.

Bibliografias complementares

ALVES, Fábio. Robôs no mundo jurídico mudam paradigma da advocacia. 4 de janeiro de 2016. Disponível em: < <http://www.administradores.com.br/mobile/artigos/tecnologia/robos-no-mundo-juridico-mudam-paradigma-da-advocacia/92523/> >.

CARDOSO, Maurício; VASCONSELLOS, Marcos de. Com robôs, escritório atua em mais de 360 mil processos com 420 advogados. 5 março de 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-mar-05/robos-escritorio-atua-360-mil-processos-420-advogados> >.

GARCIA, Gabriel. Estudantes criam "advogado virtual" baseado em supercomputador da IBM. Janeiro de 2015. Disponível em: < <http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/estudantes-criam-advogado-virtual-baseado-em-supercomputador-da-ibm> >.

JÚNIOR, Mário Gonçalves. O advogado robô. 2011 Disponível em: < <http://m.migalhas.com.br/depeso/128763/o-advogado-robo> >.

MIRSHAWKA, Victor. Inteligência artificial: os advogados estão sendo substituídos por robôs. Disponível em: < <http://revistacriatica.com.br/inteligencia-artificial-os-advogados-estao-sendo-substituidos-por-robos/> >.

OWEN, Taylor. **Disruptive Power: The Crisis of the State in the Digital Age**. Oxford: Oxford University Press.

PEREIRA, Leonardo. 'Robô advogado' já venceu 160.000 apelações contra multas de trânsito. 28 de junho de 2016. Disponível em: < <http://olhardigital.uol.com.br/pro/noticia/-robo-advogado-ja-venceu-160-000-apelacoes-contramultas-de-transito/59750> >.

PORTAL AZ. Quais profissões estão ameaçadas pelos robôs?. Setembro de 2015. Disponível em: < https://www.portalaz.com.br/noticias/tecnologia/349283_quais_profissoes_estao_ameacadas_pelos_robos>

NOTAS:

[1] BARTOM, Benjamin, 2015.

[2] PEREIRA, Leonardo. **'Robô advogado' já venceu 160.000 apelações contra multas de trânsito.** Disponível em: < <http://olhardigital.uol.com.br/pro/noticia/-robo-advogado-ja-venceu-160-000-apelacoes-contramultas-de-transito/59750> >.

[3] RIGUEIRA, Marina. **Qual é a diferença entre AI, machine learning e deep learning.** Disponível em: < <https://imasters.com.br/desenvolvimento/qual-e-diferenca-entre-ai-machine-learning-e-deep-learning/?trace=1519021197&source=single> >. Acesso em: 29 out. 2017.

[4] Site Dra. Luzia: <http://draluzia.com/>

[5] CORREIO BRASILIENSE. **PGDF ganha "robô-advogada" para auxiliar na cobrança de dívidas.** Acesso em:

< http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2017/08/15/interna_cidadesdf,617701/pgdf-ganha-robo-advogada-para-auxiliar-na-cobranca-de-dividas.shtml >.

[6] Tradução livre dos termos: “(1) Discovery; (2) legal search; (3) document generation; (4) brief and memoranda generation; e (5) prediction of case outcomes” do texto THE GREAT DISRUPTION de John O. McGINNIS e, Russell G. PEARCE.

[7] Tradução Livre do termo “Journeyman Lawyers” do texto THE GREAT DISRUPTION de John O. McGINNIS e, Russell G. PEARCE.; e dos termos “Small-firms lawyers e solo practitioners” do livro Half Glass Full de Benjamin H. BARTOM.

[8] FERNANDES, Ricardo; et al. 2017.

[9] “Journeyman Lawyers”, “Small-firms lawyers” e “solo practitioners”

[10] “Big-Law”: termo do livro Half Glass Full de Benjamin H. BARTOM.

[11] Termo do texto THE GREAT DISRUPTION de John O. McGINNIS e, Russell G. PEARCE

[12] CASTELL, Manuel. In: GRAHAM, Mark (ed.); DUTTON, William. 2014.

O DIREITO COMO SISTEMA: VISÕES DE HANS KELSEN E NIKLAS LUHMANN E UMA POSSÍVEL COMPARAÇÃO TEÓRICA.

GUILHERME ALEXANDRE FRANÇA DE LACERDA:
Bacharelado do Curso de Direito da UnB -
Universidade de Brasília.

RESUMO: O presente artigo visa estabelecer uma relação teórica entre dois pensadores renomados do meio jurídico: Hans Kelsen e Niklas Luhmann. Para isso, é necessário primeiramente contextualizar os diferentes contextos histórico e jurídico em que os autores viviam como também um breve apanhado geral de cada teoria separadamente. Assim, compreender-se-á melhor o esforço teórico comparativo realizado ao final da pesquisa, especialmente no que diz respeito ao entendimento do Direito como um sistema.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Distintos Contextos Histórico-Jurídicos. 3. Teoria Pura do Direito; 3.1 Direito como Teoria Pura, não como Direito Puro; 3.2. Norma Jurídica; 3.3. Estática e Dinâmica Jurídica; 3.3.1 O indivíduo como órgão jurídico (organicidade); 3.4 Dinâmica Jurídica. 4. Teoria dos Sistemas. 5. Relação entre as teorias de Hans Kelsen e Niklas Luhmann; 5.1 Fundametento de validade normativa (Kelsen) e o encerramento operativo (Luhmann); 5.2 o ordenamento jurídico (Kelsen) e auto-produção (Luhmann); 5.3 aplicação e produção do direito (Kelsen) e autopoiesis (Luhmann); 5.4 organicidade (Kelsen) e acoplamento estrutural (Luhmann).

1. Introdução

O austríaco Hans Kelsen (1881-1973) e o alemão Niklas Luhmann (1927-1998) são dois dos maiores pensadores do direito, que apesar de terem vivido em períodos relativamente próximos, até mesmo temporariamente concomitantes, tiveram o auge de suas influências acadêmicas em contextos históricos completamente distintos, principalmente no que tange ao contexto da delimitação do estudo do Direito.

Assim, a partir do conhecimento das teorias de Hans Kelsen (Teoria Pura do Direito) e de Niklas Luhmann (Teoria dos Sistemas), o intuito deste artigo é desenvolver possíveis relações entre os pensamentos dos referidos autores, principalmente no que diz respeito ao entendimento do Direito como um sistema. Nesse sentido, as principais relações trazidas neste trabalho empenham-se em concatenar aos conceitos sistêmicos luhmannianos (como encerramento operativo, autopoiesis, auto-organização, acoplamento estrutural) às noções da Teoria Pura kelseniana.

Contudo, antes de elucidar tais relações, é oportuno primeiramente explanar sobre os diferentes contextos histórico-jurídicos, mencionados acima, existentes entre os pensadores, além de realizar um breve levantamento sobre as teorias de cada autor separadamente, clareando assim seus principais conceitos e ideias com o foco voltado para a pretendida análise, tornando-a mais evidente.

2. Distintos Contextos Histórico-Jurídicos

Não entrando no mérito da discussão da aplicabilidade do conceito kuhniano de paradigma para as ciências sociais, será, aqui, utilizado o termo de maneira mais ampla, isto é, entendendo paradigmas diferentes apenas como noções ou visões diferentes de um determinado assunto. Diferenças essas que podem ser causadas por diversos fatores, como contextos histórico-científicos diferentes.

Entendido isto, cabe ressaltar que Kelsen era um membro do Ciclo de Viena, que tinha intenções de transformar tudo aquilo que fosse possível em ciência, ou objeto das ciências. Além disso, nesse contexto histórico em que Kelsen produziu a obra Teoria Pura do Direito, o Direito seguia um caminho de redução de importância, estipulando-se até a sua possível sucumbência, visto que as outras áreas da ciência, como ele mostra, afirmando que “De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política” (KELSEN, 1998, p.1). Ou seja, outros campos científicos pareciam realizar o estudo do objeto que, na realidade, pertenciam ao campo do Direito. É explicitamente essa uma das principais razões, senão a principal,

para a construção da Teoria Pura do Direito, que mais adiante será sumariamente apresentada.

No contexto de Niklas Luhmann não havia essa necessidade de se fundar uma teoria voltada para assegurar o direito como ciência, isto é, uma ciência propriamente jurídica, visto que no período do desenvolvimento da Teoria dos Sistemas isso já havia sido realizado, processo esse em que Kelsen foi fundamental, e mesmo os críticos assíduos do austríaco reconhecem sua importância nesse aspecto. Ou seja, Luhmann não está focado nas mesmas tensões acadêmicas de Kelsen, e, portanto, sua teoria volta-se para modelo completamente diferente e inovador cujo nível de abstração é uma característica latente. Assim, Rubya Floriani dos Anjos bem explicita:

Luhmann constrói uma teoria totalmente diferenciada da que até então vigorava em sua época, quebrando todos os paradigmas. Seu objetivo foi elaborar uma teoria que superasse os modelos existentes, preenchendo as lacunas que se davam entre as teorias sociais e a complexidade da sociedade moderna. Devendo ser aplicável a todos os sistemas e não exclusivamente ao Direito, como na Teoria Pura (DOS ANJOS, [s. d.], p.7).

Ou seja, é claro que os autores estão inseridos em perspectivas (paradigmas) e contextos diferentes (SCHWARTZ; NETO, 2008), mas é possível que se faça relações entre duas as obras, como se evidenciam na seguinte passagem:

Ambos, apesar das inúmeras diferenças teóricas, querem o Direito livre de influências de outros ramos do conhecimento. Talvez seja um dos melhores testemunhos, afinal, de como dois pensadores, trilhando caminhos inteiramente diferentes, chegam a conclusões semelhantes (DUARTE, 2013).

Acertado isso, cabe, agora, como supramencionado, com o intuito de clarear a busca por uma relação entre o pensamento desses dois pensadores, explanar resumidamente sobre a teoria desses autores.

3. Teoria Pura do Direito

3.1 Direito como Teoria Pura, não como Direito Puro.

A Teoria Pura do Direito propõe-se como uma teoria que sirva de maneira geral para o estudo do Direito, sendo que o autor até menciona como uma teoria geral do Direito, e não para a delimitação de casos particulares ou na simples focalização de normas jurídicas (KELSEN, 1998).

Como supracitado, tem-se a intenção da construção de uma ciência genuinamente jurídica, isto é, uma teoria com seu princípio metodológico específico e que exclua o conhecimento das outras áreas em relação ao seu objeto, em outras palavras, remover todos os elementos que não pertencem à ciência jurídica. Portanto, Kelsen ressalva que a Teoria Pura do Direito “É ciência jurídica, e não política do Direito.” (KELSEN, 1998, p.1).

Evidencia-se, assim, a noção de pureza da teoria do direito que Kelsen pretende apresentar. Porém, Cabe, aqui, fazer duas ressalvas. Primeiramente, é de extrema importância conhecer a diferença entre Teoria Pura do Direito e Teoria do Direito Puro. Kelsen dedica-se a construção de uma teoria que, como mencionado, gere uma relativa independência do Direito, resultando numa teoria que explique o Direito a partir do próprio Direito. Isso nos leva à segunda ressalva, que tem relação com a influência das outras disciplinas. Essa busca do jurista austríaco não induz que o Direito despreze ou rejeite as outras disciplinas, tornando-se Direito “Puro”. A intenção é que, justamente por essa grande dificuldade de limitação do Direito devido sua própria natureza, se evite um “sincretismo metodológico” (KELSEN, 1998, p.1).

3.2 Norma Jurídica

Nesse sentido, é fundamental entender o que diferencia uma norma jurídica de outros tipos de normas. E para isso, primeiramente é necessário compreendermos a noção de sentido subjetivo e objetivo de um ato. Um ato subjetivo é, simploriamente, um ato de vontade, por exemplo, um assaltante pedir forçosamente um objeto pertencente à outra pessoa. A vítima deverá entregar o objeto, por exemplo, por conta do medo, e não porque é juridicamente determinado que ela deva conduzir-se de tal forma. Assim, um ato só torna-se ato jurídico quando o sentido subjetivo coincide com o sentido objetivo do ato, ou seja, quando ao ato é interpretada uma significação jurídica (KELSEN, 1998).

Assim, a partir das noções de atos jurídicos ou antijurídicos, é possível à norma jurídica regular a conduta humana, mas por meio de algo que específico, e que é justamente o que diferencia a norma jurídica das outras normas que também regulam a conduta humana, e Kelsen não nega isso. A especificidade da norma jurídica é seu pertencimento a uma ordem coativa (o Direito), isto é, uma ordem que impõe sanções iminentes^[1] e socialmente organizadas, ou seja, com os pressupostos para o estabelecimento previsto no próprio ordenamento jurídico. Dessa forma, a ordem coativa distingue-se, tanto ordem que impõe sanções transcendentais^[2] quanto da ordem que consistem na simples aprovação ou reprovação. Reforçando, em suma, uma norma jurídica é aquela que pertence ao ordenamento jurídico e que impõe sanções iminentes e socialmente organizadas (KELSEN, 1998).

3.3 Estática e dinâmica jurídica

A partir do entendimento das normas jurídicas com sua especificidade de regulação da conduta humana, Kelsen vê a possibilidade de distinção entre uma teoria estática e uma teoria dinâmica do Direito. Sendo que “A primeira tem por objeto o Direito como um sistema de normas em vigor, o Direito no seu momento estático; a outra tem por objeto o processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado, o Direito no seu movimento” (KELSEN, 1998, p. 50).

3.3.1 O indivíduo como órgão jurídico (organicidade)

Cabe neste trabalho se ater mais à teoria da dinâmica jurídica, visto que o seu entendimento vai ser fundamental para as relações que se pretende buscar. Porém, antes de partirmos para a dinâmica jurídica, outro ponto fundamental para tais relações é um conceito pertencente à estática jurídica. Este conceito é o de Organicidade.

Tomaremos aqui o sentido estrito de órgão para Kelsen. Um indivíduo ou grupo de indivíduos tornam-se um “órgão” a partir do momento em que o ordenamento jurídico designa que tal pessoa (ou grupo) exerça uma determinada função como, por exemplo, criação de leis (legislador) e aplicação de leis (juiz). Assim, um órgão é a personificação do ordenamento jurídico, na medida em que ele tem a uma função que lhe foi atribuída pelo próprio ordenamento. Assim, Hans Kelsen aponta:

Somente as funções determinadas pela ordem jurídica que sejam desempenhadas segundo o princípio da divisão do trabalho, quer dizer, realizadas por certos indivíduos qualificados, são atribuídas à comunidade jurídica, e apenas os indivíduos que atuam segundo o princípio da divisão do trabalho, quer dizer, apenas certos indivíduos qualificados, são designados como “órgãos” neste sentido estrito (KELSEN, 1998, p. 108).

3.4 Dinâmica Jurídica

Kelsen enxerga, na relação entre as normas uma dinâmica jurídica que dá, assim, resultado a uma estrutura escalonada do ordenamento jurídico, sendo a norma jurídica sua unidade básica. Como unidade básica, portanto, ela está vinculada a uma unidade superior, ou seja, a uma norma superior. E é justamente nesta norma superior que a norma inferior fundamenta sua validade. E essa norma superior, possui seu fundamento de validade em outra norma superior, até chegarmos, assim, à norma fundamental (KELSEN, 1998).

Nessa estrutura escalonada do ordenamento jurídico, a Constituição, que só se vincula à norma fundamental, que é pressuposta, ocupa,

portanto, o lugar de ultimo fundamento posto para as normas inferiores, dando tanto fundamento, quanto criando as normas inferiores. Porém, para criar uma norma inferior à Constituição, no caso, uma norma geral, é necessária que a Constituição seja aplicada por um órgão jurídico determinado a executar essa função. É por essa razão que Kelsen afirma que “a aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito” (KELSEN, 1998, p.164). Cabendo ressaltar que tanto a aplicação e a produção do Direito são funções jurídicas, no sentido estrito do termo, ou seja, que existem indivíduos qualificados e designados pelo ordenamento jurídico para isso (órgãos jurídicos). (KELSEN, 1998).

É justamente esse entendimento de aplicação e produção de Direito que será fundamental para as relações pretendidas entre Kelsen e Luhmann.

4. Teoria dos Sistemas

Como supracitado, Luhmann parte da intenção de criação de uma teoria completamente distinta e inovadora, que superasse os paradigmas que até então eram vigentes. Assim, o autor constrói uma teoria que não se restringe somente ao Direito, como é o caso da Teoria Pura de Kelsen (DOS ANJOS, [s. d.]).

Essa intenção de inovação pretendida pelo pensador gera um raciocínio de fato distinto dos modelos existentes, construindo uma complexidade de pensamento que já se evidencia a partir da própria explicação de sistemas trazida por sua teoria. Segundo a Teoria dos Sistemas, é fundamental a noção de que a sociologia está pautada no preceito teórico básico da diferença. Assim, a Teoria dos Sistemas não se baseia em uma noção de unidade, mas sim na diferença. Evidencia-se a complexidade deste novo pensamento pelo fato de que esta teoria se forma de modo paradoxal, o próprio conceito de sistemas apresenta-se paradoxalmente, como relata Luhmann: “Para poder ser situado, um sistema (unidade) precisa ser diferenciado. Portanto, trata-se de um paradoxo: o sistema consegue produzir sua própria unidade, na medida em que realiza uma diferença” (LUHMANN, 2011, p. 101).

Assim, toda diferença gera dois lados, e que no caso da Teoria dos Sistemas, origina-se a diferenciação entre sistema e meio. Mais especificamente, essa diferença que existe entre sistema e meio “resulta do simples fato de que a operação se conecta a operações de seu próprio tipo, e deixa de fora as demais” (LUHMANN, 2011, p.89).

É a partir dessa concepção de circularidade das operações de um sistema que se deriva a teoria de *encerramento operativo*, que “estabelece que a diferença sistema/meio só se realiza e é possível pelo próprio sistema” (LUHMANN, 2011, p. 102), isto é, de suas próprias estruturas internas. Um ponto importante para entender-se a associação esperada neste trabalho é compreender que, para Luhmann, um sistema não é casualmente fechado, e sim operativamente fechado (e cognitivamente aberto) (SCHWARTZ; NETO, 2008), visto que só desta maneira há a possibilidade de execução de operações, que é fundamental para a construção do sistema. (LUHMANN, 2011).

Entendido isso, Luhmann deriva outros dois conceitos importantíssimos em sua teoria e que serão fundamentais para a relação pretendida neste trabalho. Esses conceitos derivados são: auto-organização e autopoiesis.

O autor assim define: “Auto-organização significa construção de estruturas próprias do sistema” (LUHMANN, 2011, p. 112). Retomando, novamente, a mesma noção de circularidade das operações internas do sistema. E ele completa:

“Autopoiesis significa, ao contrário, determinação do estado posterior ao sistema, a partir da limitação anterior à qual a operação chegou. [...] Somente por meio de uma estruturação limitante, um sistema adquire a suficiente direção interna que torna possível a autorreprodução. [...] No conceito de autopoiesis a produção consiste em produzir-se a si mesmo” (LUHMANN, 2011, p. 113, 121, 122).

Buscando a relação entre sistema e meio, Luhmann deriva o conceito de acoplamento estrutural, originário do campo da biologia^[3], e aponta que isso só é possível justamente pelo fato de os sistemas serem operativamente fechados (LUHMANN, 2011).

Luhmann afirma que o meio não pode influir causalmente no sistema, pois isso levaria à destruição do sistema. Sendo assim, isso só ocorre por meio dos acoplamentos estruturais que canalizam tais causalidades, produzindo efeitos que possam ser aproveitados pelo sistema. Porém, cabe ressaltar que

“o acoplamento não está ajustado à totalidade do meio, mas somente a uma parte escolhida de maneira altamente seletiva; conseqüentemente, apenas um recorte efetuado no meio está acoplado estruturalmente ao sistema, e muito fica de fora, influenciando de forma destrutiva no sistema [...] O acoplamento estrutural exclui, portanto, que dados existentes no meio possam definir, conforme suas próprias estruturas, o que acontece no sistema.” (LUHMANN, 2011, p. 131).

Retomando, Luhmann ressalva que o meio não atua de maneira direta no sistema. As influências do meio passam por esse processo de seletividade apurada pela própria estrutura do sistema.

Assim, na medida em que surgem mais possibilidades de operação (no caso dos sistemas sociais, comunicação), resulta-se maior complexidade, e, conseqüentemente, por meio dessa seletividade, emergem novos subsistemas. Assim, essa seleção causa uma redução de complexidade, porém isso também leva a uma expansão da sociedade, aumentando sua complexidade (DOS SANTOS [s. d]). Assim, evidencia-se o sentido no qual Luhmann afirma que “a redução de complexidade é condição para o aumento de complexidade” (LUHMANN, 2011, p. 132).

Entendido isso, a seguinte afirmação de Rubya dos Anjos torna-se mais clara:

“Para isso cada subsistema passa a ter um código próprio em relação aos demais – o que lhe dá fechamento operacional -, desenvolvendo-se por meio de suas atividades próprias e conceitos auto-referenciais, ou autopoieticos; Mas esse fechamento não significa isolamento, ao contrário, representa abertura cognitiva, característica dos sistemas autopoieticos.” (DOS ANJOS [s. d.], p. 20).

Luhmann percebe, assim, que o Direito é um subsistema social, conseqüentemente um sistema comunicativo, cuja função é “generalizar de forma congruente as expectativas normativas na sociedade”, além de ter seu código binário como lícito/ilícito, que fecha operativamente este subsistema social, o Direito. (DOS ANJOS, [s. d.], p.20).

5. Relação entre as teorias de Hans Kelsen e Niklas Luhmann

Tendo explanado sobre as teorias de Kelsen e Luhmann sumaria e separadamente, cabe, agora, como definido, estabelecer as esperadas relações entre ambas as teorias, mais especificadamente no que toca a noção sistêmica de Direito. Antes disso, cabe ressaltar que, como explicitado, os pensadores pertencem a paradigmas diferentes.

5.1 FUNDAMENTO DE VALIDADE NORMATIVA (KELSEN) E O ENCERRAMENTO OPERATIVO (LUHMANN)

A primeira relação é que se entende, aqui, que há uma aproximação da noção kelseniana de fundamento de validade das normas, ou do Direito em si, com o conceito de encerramento operativo de Luhmann. Como dito, Kelsen entende que uma norma fundamenta-se em outra norma superior a ela, sendo assim até o momento que a validade de uma norma encontra-se em seu fundamento último, isto é, a norma fundamental. Destarte, a noção de fundamento de validade de uma norma para Kelsen aproxima-se da noção de circularidade das operações internas de um sistema, que é justamente o que proporciona o encerramento operativo luhmanniano. Portanto, as normas por estarem se referindo somente a outras normas superiores, elas não se referem ao meio, mas apenas ao seu próprio

sistema, acarretando o seu fechamento operativo, em uma perspectiva luhmanniana

5.2 O ORDENAMENTO JURÍDICO (KELSEN) E AUTO-PRODUÇÃO (LUHMANN)

Assim, a partir do momento em que o Direito tem o seu fundamento de validade em si mesmo, na visão kelseniana, e, conseqüentemente, possuindo um ordenamento jurídico válido, o Direito constrói suas próprias estruturas. Em outras palavras, é o ordenamento jurídico que define as suas próprias normas, isto é, é ele quem determina a sua estrutura escalonada e sua funcionalidade. Em suma, é o próprio ordenamento jurídico que se autoproduz (utilizando termos da teoria de Luhmann) pelo fato de, como explicado no tópico anterior, se autovalidar.

5.3 APLICAÇÃO E PRODUÇÃO DO DIREITO (KELSEN) E AUTOPOESIS (LUHMANN)

Para estabelecer a relação desejada neste tópico, é necessário retomarmos alguns conceitos e noções apresentadas ao longo do texto.

Como explicado, a autopoiesis é uma etapa posterior à autoprodução de um sistema, visto que só é possível a autopoiesis a partir do momento em que já existem estruturas bem delimitadas (autoproduzidas) que indicarão, isto é, limitarão as possíveis relações do sistema (LUHMANN, 2011). Da mesma maneira, é capital lembrarmos que a noção kelseniana entende que um órgão jurídico só possui a capacidade de aplicar e produzir direito a partir do momento em que o ordenamento jurídico designa tal indivíduo, ou grupo de indivíduo para esse cargo. Em vista disso, o órgão jurídico aplica e produz direito, estabelecendo a autopoiesis do sistema do Direito, somente pela determinação do ordenamento jurídico (autoproduzido). Em outras palavras, a ordem jurídica constrói suas próprias estruturas, e assim, delimita as possibilidades de ação do Direito. Ou seja, só poderá criar direito (noção autopoietica luhmanniana) os indivíduos designados para essa função, além de ter a forma que deva exercer sua funcionalidade também definida pelo ordenamento jurídico (característica da autopoiesis, haja vista sua limitação anterior estruturalmente definida).

5.4 ORGANICIDADE (KELSEN) E ACOPLAMENTO ESTRUTURAL (LUHMANN)

Cabe mencionar, antes de realizar esta última relação que o conceito de acoplamento estrutural está diretamente associado a noção de que os sistemas, para Luhmann, são operativamente fechados e cognitivamente abertos.

Assim, ambos os teóricos referidos neste trabalho entendem o Direito como um sistema operativamente fechado e cognitivamente aberto. Para Kelsen, essa abertura é realizada ocorre por meio de indivíduos, mais especificamente, órgãos jurídicos. Assim, o órgão, na sua esfera de discricionariedade, é influenciado por elementos não jurídicos (SCHWARTZ; NETO, 2008). Porém, isso não quer dizer que acabe com a “pureza” do Direito, visto que Kelsen não entende o Direito como uma disciplina pura, e não nega ou rejeita influencia de outras áreas, visto que, como supramencionado, Kelsen dedica-se a produção de uma Teoria Pura do Direito, isto é, como princípio metodológico, e não uma Teoria do Direito Puro. A pureza kelseniana refere-se à teoria, e não à disciplina.

REFÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DOS ANJOS, Rubya Floriani. **Validade das normas jurídicas: considerações a partir das teorias de Kelsen e Luhmann.** [s. d.]. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj041449.pdf>>. Acesso em: 07 de set. 2015.

DUARTE, Leonardo Avelino. **A constituição em Kelsen e Luhmann.** 2013. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/direito/artigos/45014/a-constituicao-para-kelsen-e-luhmann#!2>>. Acesso em: 07 de set 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Batista Machado. 6ª ed. São Paulo, SP: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas.** Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

SCHWARTZ, Germano; NETO, Arnaldo Bastos Santos. **O Sistema Jurídico em Kelsen e Luhmann: Diferenças e Semelhanças**. In: Direitos Fundamentais e Justiça, nº 4, jul./set. 2008. Disponível em: . Acesso em: 07 de set. 2015.

NOTAS:

[1] “Sanções transcendentais são aquelas que, segundo a crença das pessoas submetidas ao ordenamento, provêm de uma instância suprahumana.” (KELSEN, 1998, p. 19).

[2] “Completamente distintas das sanções transcendentais são aquelas que não só se realizam no aquém, dentro da sociedade, mas também são executadas por homens, membros da sociedade, e que, por isso, podem ser designadas como sanções socialmente imanentes” (KELSEN, 1998, p. 20).

[3] O conceito de *acoplamento estrutural* é originário do biólogo chileno Humberto Maturana.

EXCESSO DE PRAZO E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

BERNARDO MELLO PORTELLA CAMPOS:
Advogado. Graduado em Direito pela
Universidade Cândido Mendes - Centro/RJ.

RESUMO: Para a discussão da presente temática é sumamente relevante uma incursão pelo estudo do “excesso de prazo no processo penal” e suas posições jurisprudenciais, incluindo a "regra dos 81 dias" e alguns revolucionários acórdãos acerca do tema. O autor do presente trabalho procura responder com clareza quanto tempo deve durar o processo penal e a prisão cautelar, fazendo uma leitura do art. 5º, inciso LXXVIII da Magna Carta e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Além disso, esclarecer aspectos históricos, como a ausência de prazo nas prisões cautelares e o descumprimento dos prazos processuais existentes, sem que haja nenhum tipo de sanção por tal violação. Nesse sentido, o autor tenta buscar soluções para essas violações através de medidas compensatórias, tais como, indenizações, atenuantes de pena, punições aos responsáveis pela ofensa a esse direito fundamental de ser julgado em um prazo razoável e outras.

Palavras-chave: Direito; prazo; processo; penal; excesso.

ABSTRACT: For the discussion of the present theme, an incursion into the study of "excess of time in criminal proceedings" and its jurisprudential positions, including the "81-day rule" and some revolutionary judgments on the subject, is extremely relevant. The author of the present work tries to answer with clarity how long the criminal process and the precautionary prison should last, making a reading of art. 5, item LXXVIII of the Magna Carta and the American Convention on Human Rights. In addition, clarify historical aspects, such as the lack of time in prisons for protection and failure to comply with existing procedural deadlines, without any kind of sanction for such violation. In this sense, the author tries to seek solutions to these violations through compensatory measures, such as compensation, mitigating punishment, punishment of those responsible for offending this fundamental right to be tried within a reasonable time and others.

Keywords: Right; deadline; process; criminal excess.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A BUROCRACIA DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO. 3 PRINCÍPIOS. 3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 3.2 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3.3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 3.4 DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. 3.5 DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E DA PRISÃO. 4 A RECEPÇÃO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E DA PRISÃO PELO DIREITO BRASILEIRO. 5 O EXCESSO DE PRAZO. 6 A DOCTRINA DO NÃO PRAZO OU A INEFICÁCIA DE PRAZOS SEM SANÇÃO. 7 DA NECESSIDADE DE LIMITES NORMATIVOS. 8 CASOS REVOLUCIONÁRIOS NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS E INTERNACIONAIS. 9 SOLUÇÕES PARA A (DE)MORA JURISDICIONAL. 10 CONCLUSÃO. 11 REFERENCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Para elucidar o presente trabalho, se faz necessário uma análise minuciosa tanto do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal como da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que dispõem sobre o direito a razoável duração do processo e da prisão.

O tema “Excesso de prazo e a razoável duração do processo penal” é constantemente debatido na doutrina, tendo a matéria, pela necessidade de sua tutela, ganhado relevância nos tribunais.

Procura-se no presente trabalho esclarecer esses pontos divergentes, tais como a ausência de prazos devidamente fixados na prisão cautelar, em especial a prisão preventiva, e a carência de sanções pelo descumprimento dos prazos fixados no curso do processo.

Essas lacunas da lei alimentam a mora jurisdicional, acarretando flagrantes violações a direitos fundamentais sem que o Estado tome as devidas providências pra cessar tal constrangimento.

Nesse sentido, imprescindível apresentar as posições dos tribunais que constantemente fundamentam suas decisões referentes ao excesso de prazo no Princípio da Razoabilidade.

Outrossim, a omissão legislativa e o descaso estatal tornam a matéria aqui ventilada objeto de suma importância e oportunidade de buscar a tutela desse direito fundamental previsto no art. 5º, LXXVIII, da Magna Carta e nos artigos 7º e 8º da CADH.

Para tanto, autores como Aury Lopes Jr. e Paulo Rangel são suscitados com frequência como forma a evidenciar as ofensas constitucionais perpetradas no processo penal brasileiro, buscando soluções e medidas compensatórias para essas violações.

Ademais, outras fontes imediatas jurídico-formais de pesquisa foram levantadas, a saber: jurisprudências de tribunais estaduais e superiores atuais e revolucionárias acerca do assunto debatido.

Dessa forma, através de uma investigação teórica, valendo-se de técnicas históricas e normativas, foi possível ilustrar essa problemática histórica existente no processo penal brasileiro, alcançando possíveis soluções processuais.

Portanto, o presente trabalho procura, fundado na dogmática jurídica, propor um estudo detalhado e claro acerca de um tema atual e relevante, buscando respostas na solução do problema e a melhor aplicação prática do direito.

2 A BUROCRACIA DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Além da tendência encarceradora ainda prevalecente no Judiciário brasileiro, é necessário considerar o papel que a burocracia desempenha no sentido de dificultar a observância dos direitos dos presos, principalmente, o respeito aos prazos penais.

Assim, segundo dados dramáticos apresentados por Julita Lemgruber, 39% dos casos nos quais os pedidos de liberdade forma formulados logo após a prisão, a decisão dos magistrados foi proferida depois de 20 dias a

contar daquela data. A demora, entre outros fatores, deve-se à exigência de juntada da folha de antecedentes criminais do acusado - dispositivo de constitucionalidade assaz duvidosa, que não só alonga ilegalmente o prazo da prisão preventiva, mas também fere princípios como o da presunção de inocência.^[1]

Assim, nas palavras de Aury Lopes Junior:

O processo penal deve ser lido à luz da Constituição e não ao contrário. Os dispositivos do Código do Processo Penal é o que deve ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código do Processo Penal de 1941.^[2]

3 PRINCÍPIOS

3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Estado Brasileiro, segundo a Constituição Federal, tem como principal fundamento a dignidade da pessoa humana.

Conforme Inocêncio Mártires Coelho:

No terreno judicial, no Brasil como no exterior, também em razão dessa mesma multiplicidade e expansão de seus diferentes aspectos – agora o registro se faz em sentido positivo -, apesar de alguns tropeços e retrocessos, nenhum princípio tem merecido tanta reflexão e tamanho desenvolvimento quanto o princípio da dignidade da pessoa humana, o que se evidencia manejando os repertórios de jurisprudência de algumas das mais importantes cortes constitucionais da atualidade (...)^[3]

Na visão de José Afonso da Silva, dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.^[4]

Por conseguinte, Inocêncio Mártires Coelho ressalta a dificuldade do Estado em observar essa garantia fundamental. Verifica-se:

No Brasil, igualmente, é significativo o esforço pela concretização desse princípio, tanto no plano legislativo quanto no jurisprudencial e doutrinário, em que pesem, nunca é demais insistir, as nossas crônicas dificuldades materiais e socioculturais para tornar efetivo o respeito à dignidade da pessoa humana.^[5]

3.2 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A Constituição da República Federativa do Brasil proclama, em seu art. 5º, LIV, que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.^[6]

Para Paulo Rangel^[7], o princípio significa dizer que se devem respeitar todas as formalidades previstas em lei para que haja cerceamento da liberdade (seja ela qual for) ou para que alguém seja privado de seus bens.

Nesse sentido, o autor salienta:

A tramitação regular e legal de um processo é a garantia dada ao cidadão de que seus direitos serão respeitados, não sendo admissível nenhuma restrição aos mesmos que não prevista em lei. A liberdade é a regra; o cerceamento à liberdade de locomoção, a exceção.^[8]

Nas palavras de José Herval Sampaio Júnior^[9], vê-se que esse princípio assume dentro do processo penal uma importância transcendental e que delinea todo o seu agir, limitando inclusive a atividade do legislador, porquanto deve a lei se conformar com os direitos e garantias fundamentais do cidadão, não havendo lugar para a interferência no núcleo protetivo da liberdade do agente, sem que sejam observados os condicionamentos e limites que decorrem da cláusula *due process of law*.

3.3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No Brasil, o Princípio da Presunção de Inocência está consagrado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que dispõe: “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”.^[10]

Segundo Aury Lopes Jr.:

A presunção de inocência, enquanto princípio reitor do processo penal, deve ser maximizada em todas suas nuances, mas especialmente no que se refere à carga de prova (regla del juicio) e às regras de tratamento do imputado (limites à publicidade abusiva [estigmatização do imputado] e à limitação do (ab)uso das prisões cautelares).^[11]

Paulo Rangel^[12], por sua vez, diverge da maioria da doutrina quanto à terminologia *presunção de inocência* entendendo que se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente.

O professor Aury Lopes Jr., portanto, conclui: “a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente)”.^[13]

Deve-se ressaltar a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal que, recentemente, no HC 126292, decidiu pela possibilidade da execução antecipada da pena quando proferido acórdão condenatório em 2º grau, violando claramente o Princípio da Presunção de Inocência.

3.4 DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

Esses princípios são de suma importância para análise do tema da razoável duração do processo e o excesso de prazo, uma vez que são constantemente suscitados pela jurisprudência.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet^[14], proporcionalidade e razoabilidade guardam uma forte relação com as noções de justiça, equidade, isonomia, moderação, prudência, além de traduzirem a ideia de que o Estado de Direito é o Estado do não arbítrio.

No mesmo sentido, Inocêncio Mártires Coelho^[15] leciona que esses princípios revelam pouco ou quase nada do alcance, praticamente ilimitado, de que se revestem para enfrentar desafios, que a todo instante, são lançados aos aplicadores da Constituição por uma realidade social em permanente transformação.

Em especial, quanto à razoabilidade, Humberto Ávila destaca três acepções relativas ao postulado normativo.

Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas.^[16]

3.5 DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E DA PRISÃO

Nas palavras de Aury Lopes Jr.,

Quando a duração de um processo supera o limite da duração razoável, novamente o Estado se apossa ilegalmente do tempo do particular, de forma dolorosa e irreversível. E esse apossamento ilegal ocorre ainda que não exista prisão cautelar, pois o processo em si mesmo é uma pena.^[17]

Não obstante os ensinamentos do Professor Aury Lopes Jr., Guilherme de Souza Nucci salienta: “Em decorrência de modernas posições doutrinárias e jurisprudenciais, emerge outro princípio

constitucional, embora implícito, dentre as garantias fundamentais: a duração razoável da prisão cautelar”.[\[18\]](#)

A questão da dilação indevida deve ser também reconhecida quando o imputado está solto, uma vez que ele pode estar livre do cárcere, mas não do estigma e da angústia.

Dessa forma, a perpetuação do processo penal é a principal forma de violação às garantias fundamentais.

A primeira garantia violada é a da Jurisdicionalidade ou “*nulla poena, nulla culpa sine iudicio*”, pois o processo se transforma em uma pena antecipada, seja pelo cárcere, mas como também pela estigmatização do imputado.

Neste diapasão, a demora processual fragiliza a versão dos fatos do acusado, ceifando não somente o Princípio da Verdade Real, como também a Presunção de Inocência, já citada anteriormente.

Outrossim, o direito de defesa e contraditório, da mesma forma, são afetados. A resistência processual é prejudicada pela excessiva demora do processo, além de onerar o acusado em custas processuais ou honorários advocatícios.

Nesse sentido, cabe ressaltar ainda o Princípio da Celeridade Processual, que deve ser interpretado à luz da epistemologia constitucional de proteção do réu, constituindo assim, um direito subjetivo do processual do imputado.

Aury Lopes Jr. resume essa problemática com as seguintes palavras:

A lista de direitos fundamentais violados cresce na mesma proporção em que o processo penal se dilata indevidamente. Mas o que deve ficar claro é que existe uma pena processual mesmo quando não há prisão cautelar, e que ela aumenta progressivamente com a duração do processo. Seu imenso custo será ainda maior, a partir do momento em que se configurar a duração excessiva do

processo, pois, então, essa violência passa a ser qualificada pela ilegitimidade do Estado em exercê-la. [\[19\]](#)

4 A RECEPÇÃO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E DA PRISÃO PELO DIREITO BRASILEIRO

Esse direito fundamental já estava expressamente assegurado nos artigos 7.5 e 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sendo recepcionados pelo artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal.

ARTIGO 7

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, á presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condiciona a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

ARTIGO 8

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. [\[20\]](#)

Trata-se de normas de aplicação imediata, por força do que dispõe o art. 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal:

Art. 5º (...)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 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. [21]

Ademais, a Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, que introduziu o inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal, não alterou em nada a diretriz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pelo contrário, manteve a proteção à violação de arbítrios do Estado na duração processual penal.

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. [22]

Nessa linha de pensamento, Guilherme de Souza Nucci ensina:

extraindo-se uma interpretação lógico-sistemático de preceitos existentes na Constituição Federal, é medida transitável afirmar a indispensabilidade da duração razoável não somente do processo – crime, mas, sobretudo, da prisão cautelar. [23]

Portanto, na lição de Aury Lopes Jr., não resta dúvida da necessidade de proteção dessa garantia fundamental.

Os direitos e garantias previstos na CADH passaram a integrar o rol dos direitos fundamentais, a teor do artigo 5º, § 2º, da Constituição, sendo, portanto, autoaplicáveis (art. 5º, § 1º, da CB). Logo, nenhuma dúvida paira em torno da existência, no sistema brasileiro, do direito de ser julgado em um prazo razoável. A contrário senso, está proibida a (de)mora jurisdicional, pois violadora desse direito fundamental. [24]

5 O EXCESSO DE PRAZO

O excesso de prazo no processo no penal é um tema de grande repercussão e divergências, não somente por tratar de diversos direitos fundamentais, como já ressaltados oportunamente, mas como também por esbarrar em lacunas de espécies normativas, como será visto doravante.

Em primeiro lugar, cumpre lembrar o conceito de prazo. Assim, Adriano Sérgio Nunes Bretas^[25], unindo conceitos de Chiovenda e Carnelutti, conceituou prazo como, o espaço de tempo que medeia dois termos, partindo de um inicial e chegando a um final.

Contudo, verifica-se com facilidade em nosso ordenamento não somente a ineficácia de prazos como também a ausência destes no processo penal brasileiro.

Afinal, como há excesso de um prazo se o mesmo não existe ou é ineficaz?

Diante desta situação, o Supremo Tribunal Federal não deixou passar ao largo essa discussão. Em inúmeros arestos, o *Maximus Praetorium* afirmou o direito constitucional a um processo sem dilações indevidas, caracterizando o excesso de prazo.

*HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO NÃO ATRIBUÍDO AO RÉU. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS CONCEDIDO PARA REVOGAR A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou o entendimento de que a prisão por sentença de pronúncia sujeita-se ao limite da razoabilidade, não se permitindo o seu prolongamento por tempo indefinido. **A demora injustificada para encerramento do processo criminal, sem justificativa plausível ou sem que se possam atribuir ao Réu as razões para o retardamento daquele fim, ofende princípios constitucionais, sendo de se enfatizar o da dignidade da pessoa humana e o da razoável duração do processo** (art. 5º, inc. III e LXXVIII, da Constituição da República). A forma de punição para quem quer que seja haverá de ser aquela definida legalmente, sendo a mora judicial, enquanto preso o Réu ainda não condenado, uma forma de punição sem respeito ao princípio do devido processo legal. 3. Habeas corpus concedido.^[26]*

O encerramento da instrução criminal supera o excesso de prazo para a prisão processual que antes dele se tenha verificado, mas não elide o que acaso se caracterize pelo posterior e injustificado retardamento do término do processo. [27]

*Questão de Ordem na Extensão em Extensão na Medida Cautelar no Habeas Corpus. 2. Pedido de extensão de WELINGTON CORREA DA COSTA dos efeitos da decisão que deferiu medida liminar em favor do paciente LYDIO DA HORA SANTOS no HC no 87.164-RJ, na forma do art. 580 do CPP. 3. Superveniência de decisão de mérito no HC no 87.164-RJ, com deferimento da ordem pela 2ª Turma. 4. Em hipótese de constrangimento ilegal no curso da ação penal em razão do excesso de prazo, há de se considerar a influência do comportamento processual do réu e de sua defesa para o transcurso do lapso temporal da instrução penal. 5. Ausência de plausibilidade jurídica do pedido de extensão. No caso, não se caracteriza o constrangimento ilegal por parte do Superior Tribunal de Justiça no curso do HC no 43.119-RJ tendo em vista que o retardamento do julgamento vincula-se à diligência probatória adotada com anuência do requerente. Não obstante, o tema "excesso de prazo" não foi suscitado no habeas em tramitação perante o STJ. 6. Em princípio, seria o caso de não conhecimento da ordem. **Todavia, o lapso temporal transcorrido na instrução do processo, sem julgamento sequer da 1ª instância, impõe o reconhecimento de excesso de prazo em função do fato de que o requerente estaria preso preventivamente há mais de 1 ano e 5 meses.** 7. **Não conhecimento do pedido de extensão e deferimento de ofício da ordem de habeas corpus em favor do requerente por excesso de prazo da prisão preventiva, nos termos do art. 654, § 20, do CPP.** [28]*

Todavia, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça consolidou seu entendimento através de súmulas, as quais procuram afastar em certas

hipóteses o argumento de haver excesso de prazo no processo criminal, *in verbis*:

Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução. [\[29\]](#)

Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo. [\[30\]](#)

Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa. [\[31\]](#)

Não obstante as polêmicas súmulas, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, atualmente, em algumas decisões, vem flexibilizando a aplicação das súmulas acima referidas, sempre o fazendo observando o inciso LXXVIII do art. 5º da CF.

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. 1. DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A PRISÃO. 2. EXCESSO DE PRAZO. DILIGÊNCIAS COMPLEMENTARES REQUERIDAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. MAIS DE UM ANO PARA CUMPRIMENTO. FLEXIBILIZAÇÃO DO TEOR DA SÚMULA Nº52. GARANTIA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. RECURSO PROVIDO. 1. Não padece de ilegalidade o decreto prisional lastreado em elementos concretos a aconselhar a medida. 2. **Ainda que encerrada a instrução, é possível reconhecer o excesso de prazo, diante da garantia da razoável duração do processo, prevista no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição.** Reinterpretação da Súmula nº 52 à luz do novo dispositivo. 3. Recurso provido.* [\[32\]](#)

O Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, mitiga essas súmulas editadas pelo STJ sempre atentando para o Princípio da Razoabilidade, como se percebe adiante.

*HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. PREJUDICIALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. Evidenciado que a prisão preventiva do paciente perdura por mais de dois anos e cinco meses, sem que a defesa tenha concorrido para esse **excesso de prazo**, a decisão pela prejudicialidade da impetração, face à superveniência da sentença de pronúncia, traduz situação expressiva de constrangimento ilegal. Ordem concedida.* [\[33\]](#)

Prisão por pronúncia: excesso de prazo, não atribuível à Defesa, dado o decurso de mais de cinco anos da pronúncia, sem previsão de julgamento pelo Tribunal do Júri, e que excede o limite da razoabilidade: deferimento de liberdade provisória ao paciente: extensão aos co-réus que se encontram em situação de todo assimilável. [\[34\]](#)

Prisão por pronúncia: duração que, embora não delimitada em lei, sujeita-se ao limite da razoabilidade (...) [\[35\]](#)

Isto posto, diante do atual sistema de indefinição de prazos na prisão, verifica-se a necessidade do julgador em recorrer ao Princípio da Razoabilidade para aferir a ocorrência do excesso prazal.

Nesse sentido, Paulo Rangel afirma:

A razoabilidade do prazo de duração do processo é a garantia do exercício da cidadania na medida em que se permite que todos possam ter acesso à justiça, sem que isso signifique demora na prestação jurisdicional. Prestação jurisdicional tardia, não é justiça, mas prestação jurisdicional imediata, açodada, é risco à democracia. Deve, portanto, ser razoável, proporcional ao caso concreto objeto de apreciação. [\[36\]](#)

Do mesmo modo, Guilherme de Souza Nucci esclarece que:

É realidade não se poder fixar em dias o número exato de duração de uma prisão preventiva, por exemplo. Porém, ingressa, nesse cenário, o critério da razoabilidade, devendo o magistrado avaliar, no caso concreto, o que ultrapassa a medida do bom senso.[\[37\]](#)

6 A DOCTRINA DO NÃO PRAZO OU A INEFICÁCIA DE PRAZOS SEM SANÇÃO

Tanto a Constituição Federal como o próprio Código de Processo Penal não fixaram limites de duração do processo.

Dessa forma, apenas a prescrição seria um limitador da razoável duração processual, não havendo outros meios idôneos para garantir esse direito fundamental.

Diante disso, o sistema brasileiro adotou a “Doutrina do Não Prazo”.

Denilson Feitoza, ao explicar a teoria, elucida que:

O prazo razoável de duração do processo penal não se mede em dias, semanas, meses ou anos, mas sim deve ser estabelecido em processo posterior (ex post iudicium), de conformidade com uma combinação de critérios que permitirão deduzir a razoabilidade ou não da duração do processo em seu conjunto.[\[38\]](#)

Não obstante o fato do Código de Processo Penal fazer referências a diversos limites de duração dos atos, isso não retira a crítica aqui imposta, uma vez que são prazos sem sanção.

Inúmeros são os exemplos de dispositivos que expressam essa ineficácia de prazos, tais como:

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta

ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Art. 412. O procedimento será concluído no prazo máximo de 90 (noventa) dias. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

Art. 531. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se, finalmente, ao debate. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).[\[39\]](#)

Portanto, “não prazo” significa, simplesmente, dizer: ausência de prazos processuais com sanção pelo descumprimento.

Em síntese, o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal adotou a doutrina do não prazo, fazendo com que exista uma indefinição de critérios e conceitos.

Na lição de Aury Lopes Jr.[\[40\]](#), para aferir a razoabilidade processual, quatro deverão ser os referenciais adotados pelos tribunais brasileiros, a exemplo do que já acontece nos TEDH e na CADH: complexidade do caso; atividade processual do interessado (imputado), que obviamente não poderá se beneficiar de sua própria demora; a conduta das autoridades judiciárias como um todo (polícia, Ministério Público, juízes, servidores etc.); princípio da razoabilidade.

Outrossim, Denilson Feitoza demonstra em sua obra os critérios adotados para deduzir a razoabilidade da duração do processo penal, tais

como: “gravidade do fato, duração efetiva do processo, complexidade da prova, atitude das autoridades encarregadas da persecução penal e a própria conduta do acusado em relação aos atrasos do processo”.[\[41\]](#)

Não tendo ainda claros limites temporais em nosso ordenamento, os modelos citados pelos professores Aury Lopes Jr. e Denilson Feitoza representam uma grande evolução, embora não sejam ainda os mais adequados.

Por fim, vale ressaltar a crítica feita por Denilson Feitoza à jurisprudência, que examina a razoabilidade do processo segundo suas predileções discricionárias.

A regulação legal do prazo da extensão máxima do processo também está imposta pelo princípio nulla poena sine lege, desde que se observe e reconheça que o processo mesmo opera como uma pena material, embora informal; por isso, se o princípio obriga que a duração máxima possível das penas esteja fixada em lei, também a prolongação máxima do processo, enquanto pena material, deve ser determinada pela lei, com o que se evita a manipulação judicial (decisionismo e arbitrariedade) da razoabilidade da duração do processo e também com a premissa de que essas decisões que envolvem o alcance dos deveres das pessoas restringidas na sua liberdade sejam discutidas e adotadas no marco que melhor representa os interesses dos distintos setores da sociedade e não no âmbito dos gabinetes dos funcionários profissionais de justiça. [\[42\]](#)

7 DA NECESSIDADE DE LIMITES NORMATIVOS

Visto a ineficácia dos prazos, necessário se faz tecer alguns comentários acerca da problemática ausência de prazos no processo penal.

Se com a fixação de prazos, a violação de direitos fundamentais é presente, como impedir essas ofensas quando os prazos inexistem?

No Brasil, não existe nenhum limite para a duração do processo penal, e, pior, sequer existe limite das prisões cautelares.

Com a edição da Lei nº 11.791/2008, alguns limites foram impostos aos procedimentos do processo penal, como o art. 400, art. 412 e art. 531, ambos do CPP.

Contudo, ainda persistem duas graves lacunas. A ausência de prazo máximo de duração do processo e sanção pela violação do comando legal.

Lacuna mais grave encontra-se nas prisões cautelares, uma vez que reside aqui a completa ausência de fixação de prazo máximo de duração da prisão cautelar, em especial a prisão preventiva, pois a prisão temporária é regulada pela Lei 7.960/89.

Conforme ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci^[43], o Código de Processo Penal, de 1941, já não apresenta solução concreta para o binômio, hoje realidade intrínseca do sistema judiciário brasileiro, *prisão cautelar x lentidão do trâmite processual*.

A Lei nº 12.403/2011 bem que tentou resolver essa problemática histórica. No entanto, infelizmente, o texto que regulava tal matéria foi vetado.

No processo penal brasileiro campeia a absoluta indeterminação acerca da duração da prisão cautelar, pois nunca essa matéria foi devidamente regulada.

Diante dessa imensa lacuna, a jurisprudência tentou, sem sucesso, construir um limite, a partir da soma dos prazos que compõem o procedimento aplicável ao caso. Assim, se superados 81 dias e o imputado continuasse preso, haveria o excesso de prazo.

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. EXCESSO DE PRAZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. O prazo para encerramento da instrução criminal conta-se separadamente. Precedentes. A demora na formação da culpa, excedendo os

81 dias, sem motivo dado pela defesa, caracteriza constrangimento ilegal. Habeas deferido. [44]

*PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL. PRISÃO PROCESSUAL. DEMORA NO JULGAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. A jurisprudência pretoriana, interpretando sistematicamente as normas que informam o processo penal pertinentes ao sumário de culpa, construiu o entendimento de que, estando o Réu preso, **deve a instrução criminal ser encerrada no prazo máximo de 81 dias, configurando o constrangimento ilegal o excesso de prazo**, susceptível de correção por via de habeas-corporus. Mesmo com o encerramento do sumário, perdura o constrangimento ilegal se ocorre injustificável demora no julgamento do feito, estando os Réus submetidos à prisão processual. Habeas-corporus concedido.* [45]

Essa construção jurisprudencial dos 81 dias foi baseada na Lei nº 9034/1995 que versava sobre a prevenção e repressão das ações praticadas por organizações criminosas. Contudo, esta norma legal foi revogada pela Lei 12.850/2013, que estabeleceu 120 dias para encerramento da instrução criminal.

Houve também algumas tentativas de considerar isoladamente os prazos procedimentais para fins de excesso de prazo, como, por exemplo, o descumprimento do prazo de 05 dias do art. 46 do Código de Processo Penal. Evidentemente que tal tentativa foi rechaçada pelo senso comum.

Nesse sentido, segundo Aury Lopes Jr. [46], as pessoas têm o direito de saber, de antemão e com precisão, qual é o tempo máximo que poderá durar um processo penal ou prisão cautelar, sendo isso o reconhecimento de uma dimensão democrática da qual não podemos abrir mão.

Assim, recorreremos mais uma vez ao professor Aury Lopes Jr.:

Inexiste um referencial de duração temporal máxima e, cada vez mais, os tribunais avalizam a (de)mora judicial a partir dos mais frágeis argumentos, do estilo: complexidade

(apriorística?) do fato, gravidade (in abstracto?), clamor público (ou seria opinião publicada?), ou a simples rotulação de 'crime hediondo', como se essa infeliz definição legal se bastasse, autolegitimando qualquer ato repressivo. [47]

Neste diapasão, cabe ressaltar o dispositivo no Código de Processo Penal Paraguai, que estabelece um prazo máximo de duração do processo penal em 03 anos, no qual após o juiz o declarará extinto.

Artículo 136 - Toda persona tendrá derecho a una resolución judicial definitiva en un plazo razonable. Por lo tanto, todo procedimiento tendrá una duración máxima de tres años, contados desde el primer acto del procedimiento. [48]

Assim, pode-se concluir que a norma legal exarada no Código de Processo Penal Paraguai é um referencial e exemplo a ser seguido, pois está em harmonia com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

8 CASOS REVOLUCIONÁRIOS NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS E INTERNACIONAIS

No Brasil, o tema é novo e os tribunais excessivamente tímidos no trato da matéria. É comum encontrar acórdãos que tratem sobre a duração razoável da prisão cautelar, concedendo a liberdade diante do excesso de prazo.

Entretanto, especificamente sobre a razoável duração do processo, em que não se discute a prisão cautelar, o tema é raramente suscitado.

Dentre as poucas decisões, merece atenção o seguinte acórdão proferido pela 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Penal. Estupro e Atentado violento ao pudor. Autoria e materialidade suficientemente comprovadas. Condenação confirmada redimensionamento da pena. Atenuante inominada do artigo 66 do Código Penal caracterizada pelo longo e injustificado tempo de tramitação do processo (quase

oito anos) associado ao não cometimento de novos delitos pelo apelante. Hediondez afastada. Provimento parcial. Unânime. [49]

No caso, o réu foi acusado em condenado a uma pena de 17 anos e seis meses de reclusão em regime integralmente fechado pela prática do já abolido crime de atentado violento ao pudor.

Em grau recursal, o Tribunal redimensionou a pena, considerando principalmente a dilação indevida do processo e assim, aplicando medidas compensatórias pela mora jurisdicional.

Em outro julgado, os Desembargadores integrantes da Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por unanimidade, deram provimento à apelação de nº 70019476498 e absolveram um acusado, com fundamento no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal e com base no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal.

O tempo transcorrido, muitas vezes, como considerado neste acórdão revolucionário, fere de morte a razoabilidade na duração do processo, influenciando, destarte, na solução final. Em *verbis*:

ROUBO. TRANSCURSO DE MAIS DE SEIS ANOS ENTRE O FATO E A SENTENÇA. PROCESSO SIMPLES, SEM COMPLEXIDADE. ABSOLVIÇÃO. 1. O tempo transcorrido, no caso em tela, sepulta qualquer razoabilidade na duração do processo e influi na solução final. Fato e denúncia ocorridos há quase sete anos. O processo, entre o recebimento da denúncia e a sentença demorou mais de cinco anos. Somente a intimação do Ministério Público da sentença condenatória tardou quase de cinco meses. Aplicação do artigo 5º, LXXVIII. Processo sem complexidade a justificar a demora estatal. 2. Vítima e réu conhecidos; réu que pede perdão à vítima, já na fase policial; réu, vítima e testemunha que não mais lembram dos fatos. 3. Absolvição decretada. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO. [50]

A Corte Interamericana de Direitos Humanos também já decidiu pela obrigatoriedade da duração razoável do processo.

No caso López Álvarez x Honduras, a Corte condenou o Estado de Honduras por violação ao Princípio da Razoável Duração do Processo, fixando critérios para análise da duração razoável.

Para a CorteIDH, os critérios são: Complexidade do caso; Atividade processual do interessado; Conduta das autoridades judiciais; Afetação atual gerada pela duração do procedimento na situação jurídica da pessoa.

Além disso, a Corte decidiu ainda que o termo inicial para análise da razoabilidade da duração processo é o primeiro ato dirigido contra o cidadão. Já o termo final seria a satisfação do duplo grau de jurisdição, excluída a o período de análise do Recurso Extraordinário.

9 SOLUÇÕES PARA A (DE)MORA JURISDICIONAL

Inúmeras hipóteses podem ser aventadas quando se aborda as consequências jurídicas pelo descumprimento de prazos, podendo variar conforme as circunstâncias do caso: espécies do prazo desobedecido, *status libertatis* do acusado, dentro outros.

Primeiramente, tem se discutido a possibilidade de uma indenização pecuniária pela violação desse direito fundamental.

Para tanto, Adriano Sérgio Nunes Bretas salienta:

A consequência indenizatória pode ser mais facilmente concebida quando se tem em mente um processo, indevidamente dilatado no tempo, em que sobrevém absolvição. Essas três variantes – réu preso, dilação injustificada e absolvição-, quando combinadas entre si, emprestam nitidez aos danos causados pela simples tramitação de um processo criminal, ainda que sem condenação. [51]

O Professor Aury Lopes Jr., da mesma forma, enxerga a possibilidade de uma compensação cível:

Na esfera cível, resolve-se com a indenização dos danos materiais e/ou morais produzidos, devidos ainda que não tenha ocorrido prisão preventiva. Existe uma imensa e injustificada resistência em reconhecer a ocorrência de danos, e o dever de indenizar, pela (mera) submissão a um processo penal (sem prisão cautelar), e que deve ser superada.[\[52\]](#)

Nesse sentido, a compensação penal também merece análise. Evidentemente que tal hipótese só pode ser concebida em caso de superveniência de sentença penal condenatória.

Consoante ensinamento de Aury Lopes Jr.[\[53\]](#), a compensação penal poderá ser através da atenuante da pena ao final aplicada (aplicação da atenuante inominada, art. 66 do CP) ou mesmo concessão de perdão judicial, nos casos em que é possível (v.g, art. 121, § 5º, art. 129, § 8º, do CP).

Em relação às soluções compensatórias processuais, a melhor solução é a extinção do feito, embora haja sérias resistências a sua aplicação.

Recorremos novamente às palavras de Aury Lopes Jr.:

A extensão do feito é a solução mais adequada, em termos processuais, na medida em que, reconhecida a ilegitimidade do poder punitivo pela própria desídia do Estado, o processo deve findar. Sua continuação, além do prazo razoável, não é mais legítima e vulnera o Princípio da Legalidade, fundante do Estado de Direito, que exige limites precisos, absolutos e categóricos – incluindo-se o limite temporal – ao exercício do poder penal estatal.[\[54\]](#)

Alguns países, acertadamente, já vêm admitindo a extinção do processo pelo excesso de prazo. Segundo Adriano Sérgio Nunes Bretas^[55], Alemanha, Holanda, Reino Unido e Suíça já tem admitido, como última *ratio*, a possibilidade de se extinguir o processo por excesso de prazo.

Para Denilson Feitoza:

A constatação da violação do direito fundamental ao prazo razoável demanda, no direito interno (nacional), consequências processuais para o processo em que ocorreu a violação e não apenas soluções compensatórias geralmente obtidas num processo posterior.^[56]

Neste diapasão, o professor esclarece:

O vencimento do prazo razoável deve ter, de lege ferenda, as seguintes consequências processuais: a) antes de iniciar o processo penal propriamente dito, seria um pressuposto processual negativo (ou impedimento processual), ou seja, se tiver ocorrido o vencimento do prazo razoável, o processo não poderá ser iniciado; b) depois de iniciar o processo, também seria um pressuposto processual (pressuposto processual de validade, suposto processual ou condição de prosseguibilidade, conforme a corrente doutrinária), que acarretaria a extinção do processo sem julgamento de mérito.^[57]

Outra solução para se evitar a dilação indevida do processo ou da prisão é a punição do servidor, incluindo juízes e promotores. Essa hipótese exige também a incursão do Direito Administrativo, Civil e até mesmo penal se constituir crime.

Contudo, de acordo com o mestre Aury Lopes Jr.^[58], essa solução sancionatória esbarra em dois sérios inconvenientes, a dificuldade que os tribunais têm de reconhecer e assumir o funcionamento anormal da justiça (resistência corporativa), bem como a imensa timidez dos valores fixados, sempre muito aquém do mínimo devido por uma violência dessa natureza.

O professor Denilson Feitoza resume sua análise acerca das soluções compensatórias na mora jurisdicional com o seguinte ensinamento:

Por conseguinte, enquanto não houver lei expressa a respeito, devem ser utilizadas as soluções compensatórias, processuais e punitivas cabíveis segundo nosso ordenamento jurídico, por exemplo mitigando a punição por ocasião da individualização judicial da pena (solução penal), condenado o Estado a uma indenização cível (solução cível), determinando a busca e apreensão de autos de processos retidos indevida e excessivamente com a parte (solução processual), impondo as punições administrativas correicionais (solução administrativa) etc.[\[59\]](#)

Conclui-se, portanto, com as sábias palavras do professor Aury Lopes Jr.: “o ideal seria uma boa dose de coragem legislativa para prever claramente o prazo máximo de duração do processo e das prisões cautelares, fixando condições resolutivas pelo seu descumprimento”.[\[60\]](#)

10 CONCLUSÃO

Como a Justiça não opera com a celeridade e eficiência que dela se espera, ainda mais quando se trata da liberdade da pessoa humana, muitos terminam por cumprir integralmente suas penas antes mesmo de condenados.

O tempo de prisão cautelar dilatado é danoso para toda a sociedade, uma vez que um indivíduo que pode ser inocentado estará sofrendo danos morais e físicos, além de perder o emprego e ficar longe da família e dos amigos, o que poderá gerar conseqüências irreversíveis àquele que for absolvido, haja vista que o tempo em que passar na prisão não lhe será devolvido, além de não atingir a finalidade da pena de ressocialização do apenado.

Uma resposta processual célere do Estado possui inúmeras vantagens, quais sejam, facilita a produção de provas, antes que elas desapareçam ou que as testemunhas esqueçam os fatos, aumenta a

confiança da população no Poder Judiciário, e diminui consideravelmente a sensação de impunidade, entre outros benefícios incomensuráveis.

É indispensável uma urgente reforma legislativa para que se estipule a duração do processo penal, tendo como ponto basilar a duração das prisões cautelares, entretentes, sem olvidar das situações anômalas, as quais, evidentemente, podem ocorrer.

Em contrapartida, ressalte-se que a duração do processo não pode ser tão rápida a ponto de cercear o direito à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88), devendo haver um equilíbrio nessa definição prazal.

Ademais, há de se dar relevo que a duração prolongada da prisão provisória afronta diversos princípios constitucionais, especialmente, o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), a presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF/88) e razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/88).

O processo não deve durar tanto, como se vê com uma freqüência indesejada, nem tão pouco, pois assim, violaria outros princípios constitucionais como a ampla defesa e o contraditório, além do devido processo legal.

Resta claro, portanto, que o excesso de prazo no processo penal brasileiro é um mal histórico da justiça humana.

Esse mal reside na falta de uma lei que estabeleça claramente os prazos e os motivos para a dilação do processo ou para a prisão cautelar. Caso os prazos fossem fixados com a devida sanção por seu descumprimento, evitar-se-ia este descaso do Poder Estatal para com os réus presos ou soltos.

O acusado, que está preso em caráter provisório, tem direito público subjetivo de ser julgado num prazo razoável e, quando configurado excesso irrazoável na duração desta prisão, não pode permanecer exposto a tal situação de evidente abuso, ainda que o crime supostamente

praticado seja considerado como hediondo ou a este equiparado, para que, efetivamente, haja observância à norma constitucional.

Conclui-se o presente trabalho, salientando a necessidade da imediata fixação de um prazo máximo de duração das prisões cautelares e do processo penal, para que a norma insculpida no texto constitucional tenha completa efetividade. Portanto, deve o legislador pátrio estabelecer os referidos prazos, com critérios objetivos e razoáveis, além de sanções eficazes quando presente o descumprimento prazal.

11 REFERENCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. *O excesso de prazo no processo penal*. Curitiba: JM, 2006.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

_____. *Decreto n 678, de 6 nov 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

_____. *Decreto-Lei n 3.689, de 3 out 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>.

FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal, teoria, crítica e práxis*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010.

LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Márcia. *Impacto da assistência jurídica a presos provisórios, um experimento na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Associação pela reforma prisional, 2001.

LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. v. I. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

_____. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PARAGUAI. *Ley n 1.286/98. Código Procesal Penal de la República del Paraguay*. Disponível em: <http://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Coleccion_de_Derecho_Penal_TomIII.pdf>.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARLET, Info Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

PAIVA, Caio. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017. p. 305.

NOTAS:

[1] LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Márcia. *Impacto da assistência jurídica a presos provisórios, um experimento na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Associação pela reforma prisional, 2001. p. 25-26.

[2] LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 98.

[3] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 218.

[4] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 105.

[5] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 218.

[6] BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

[7] RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 29-30.

[8] Idem.

[9] SAMPAIO JUNIOR, José Herval *apud* TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 68.

[10] BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

[11] LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 355.

[12] RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 56.

[13] LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 355.

[14] SARLET, Info Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 212.

[15] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 182.

[16] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 152.

[17] LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 295.

[18] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 99.

[19] LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 297.

[20] BRASIL. *Decreto n 678, de 6 nov 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

[21] BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

[22] Idem.

[23] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 100.

[24] LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 301.

[25] BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. *O excesso de prazo no processo penal*. Curitiba: JM, 2006. p. 54.

[26] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 87721/PE. Primeira Turma. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Julgado em 15 ago 2006. Publicado em 7 dez 2006.

[27] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 71.954/PA. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. (grifei)

[28] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 87164/RJ. Rel. Min. Gilmar Mendes. Publicado no DJ em 9 maio 2006.

[29] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 21.

[30] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 52.

[31] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 64.

[32] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 20566/BA. Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Publicado no DJ em 25 jun 2007.

[33] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 86980/SP. Segunda Turma. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 15 ago 2006. Publicação em 27 out 2006.

[34] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 90022/SP. Primeira Turma. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 13 fev 2007. Publicação em 9 mar 2007.

[35] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 83.977/RJ. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. (grifei)

[36] RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 80.

[37] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 7ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2011. Pág. 100

[38] FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal, teoria, crítica e práxis*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 157-158.

[39] BRASIL. *Decreto-Lei n 3.689, de 3 out 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>.

[40] LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 305.

[41] FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal, teoria, crítica e práxis*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 158.

[42] FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal, teoria, crítica e práxis*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 159.

[43] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 100.

[44] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 78978/PI. Rel. Min. Nelson Jobim. Julgamento em 9 maio 2000. Segunda Turma. (Grifos nossos)

[45] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 8371/RJ – 1998/0098832-7. Publicado no DJ 20 set 1999. Relator Ministro Vicente Leal. 6ª Turma. (grifos nossos).

[46] LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 309.

[47] LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. v. I. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011. p. 160.

[48] PARAGUAI. *Ley n 1.286/98*. Código Procesal Penal de la República del Paraguay. Disponível em: <http://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Coleccion_de_Derecho_Penal_TomIII.pdf>.

[49] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n 70007100902. Quinta Câmara Criminal. Relator Luís Gonzaga da Silva Moura. Julgado em 17 dez 2003.

[50] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n 70019476498. Sexta Câmara Criminal. Relator Nereu José Giacomolli. Julgado em 14 jun 2007.

[51] BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. *O excesso de prazo no processo penal*. Curitiba: JM, 2006. p. 64.

[52] LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 324.

[53] LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 324.

[54] Idem. p. 324-325.

[55] BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. *O excesso de prazo no processo penal*. Curitiba: JM, 2006. p. 71.

[56] FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal, teoria, crítica e práxis*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 161.

[57] FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal, teoria, crítica e práxis*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 161.

[58] LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 326.

[59] FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal, teoria, crítica e práxis*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 163.

[60] LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 328.

CORTES CONSTITUCIONAIS E O SENSO COMUM DO SABER JURÍDICO: A FALSA IDEIA DE DEFESA DOS DIREITOS CIVIS DE MINORIAS

FÁBIO MATTOS LEAL DIAS: Estudante de graduação pela Universidade de Brasília - UNB

Resumo: O artigo analisa criticamente a concepção de contramajoritariedade e imparcialidade das Cortes Constitucionais. Com base no conceito de senso crítico do saber jurídico de Luís Alberto Warat, são analisados casos emblemáticos da falsidade dessa argumentação.

Palavras-chave: Senso crítico do saber jurídico; Brown v. Board of Education; Contramajoritariedade; Cortes Constitucionais; Tutela; Colômbia

Sumário: 1 – Introdução, 2 – O senso comum de Warat; 3 - O (não tão) emblemático Brown vs. Board of Education; 4 - Ingenuidade ou oportunismo?; 5 – Conclusão; 6 - Bibliografia

1 – Introdução

As cortes constitucionais são guardiãs das constituições, e suas natureza e atuações contramajoritárias são a chave para a defesa das minorias pelo uso dos princípios constitucionais. No atual paradigma constitucional essa afirmação é uma verdade indiscutível, uma premissa fática a partir da qual se desenvolvem diversos pensamentos. Essa ideia é propagada em escolas de direito, tribunais e artigos acadêmicos. Existe somente um problema: ela está errada.

Luís Alberto Warat, em Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas (2004), evidenciou um problemático fenômeno que ocorre no meio jurídico e que explica esse fato. O senso comum teórico dos juristas é, em suma, a utilização e propagação acrítica de conceitos jurídicos, deturpando-os e originando raciocínios embasados em conhecimentos rasos e contraditórios. Esse fenômeno tão comum, porém, é central à grande parte dos discursos jurídicos atuais.

Este trabalho propõe-se a evidenciar como a ideia de senso comum teórico dos juristas se aplica a afirmação que abriu o texto. Para tanto, será utilizada uma perspectiva comparada do direito constitucional. Analisando-se o famoso caso *Brown vs. Board of Education* e casos de direitos sociais na Colômbia, será demonstrado como a concepção de cortes constitucionais como entes contra majoritários defensores de direitos civis não encontra sustentação empírica e é frequentemente desastroso.

2 – O senso comum de Warat

A epistemologia, é o ramo da filosofia que estuda o conhecimento e Warat parte dos conceitos clássicos trazidos por esse campo para explicar sua concepção de senso comum do saber jurídico. Duas são as definições básicas:

A **doxa** estaria constituída por um conglomerado de argumentos verossímeis, formados a partir das representações ideológicas, das configurações metafísicas e das evocações conotativas. (grifo meu)[1]

A doxa, portanto, é aquele saber que se deduz das experiências corriqueiras, sem qualquer rigor metodológico ou maior reflexão. É aquilo comumente identificado como o saber popular. A **episteme**, ou o conhecimento científico, por sua vez, é definida como: “[...] o saldo, logicamente purificado, de todos esses fatores”[2].

A ciência, teria, como papel, então, segundo a epistemologia, criar um conhecimento reflexivo e crítico. A partir da lógica, da ponderação e da observação cuidadosa, se geraria um saber mais seguro e a partir do qual seria possível se gerar novos conhecimentos por meio de novas análises ou novos fatos.

Warat afirma que na *práxis* jurídica, contudo, a racionalidade científica não ocorre da forma como deveria. No direito, muitas vezes, a episteme é somente aparente. Conhecimentos epistemológicos são produzidos por alguns teóricos. Tais conhecimentos, contudo, são propagados acriticamente e de forma instrumentalizada, sendo utilizados

juntamente a premissas camufladas produzidas por valorizações indevidas. O rigor técnico da episteme se perde e passa-se a gerar novos conhecimentos embasados nessa inadequada propagação do saber originalmente epistêmico.^[3] O autor define o senso comum teórico dos juristas como:

O emprego estratégico dos conceitos na práxis jurídica, ou, dito de outra forma, a utilização dos resultados do trabalho epistemológico como uma nova instancia da “doxa”. ^[4]

Deve-se destacar que esse fenômeno não ocorre ingenuamente e por descuido. Há, de fato, uma apropriação dos conceitos desvinculados das teorias que os geraram e estabelecendo-os como verdade indiscutível.^[5] As ideias são instrumentalizadas como ferramentas de poder para classificar como falso ou anticientífico aquilo que se discorda.

Para desconstruir o senso comum teórico dos juristas, portanto, é necessário explicitar não só a sua existencia, mas também o seu papel como instrumento de poder. Isso é o que se pretende aqui a partir do direito comparado.

A análise comparada do Direito recorre a diversos outros campos do conhecimento, tal como a ciência política, a economia e a sociologia. Isso possibilita um olhar externo aos fenômenos jurídicos e a identificação de diversas incongruências do senso comum e seus dogmas.

3 – O (não tão) emblemático *Brown vs. Board of Education*

O caso *Brown v. Board of Education* é famoso mundialmente por ter encerrado a segregação racial nos EUA. O discurso constitucional padrão o apresenta como, possivelmente, o caso mais importante da história da Suprema Corte americana.^[6]

O objeto do caso eram especificamente quatro ações coletivas em defesa de crianças de quatro diferentes cidades americanas. Havia sido negado a elas o direito de se matricular em escolas de brancos com base em leis que permitiam ou determinavam a segregação escolar. Nas

cortes estaduais, os pedidos foram negados com base no entendimento fixado décadas antes no igualmente conhecido *Plessy v. Ferguson*. Neste caso, foi estabelecida a doutrina do *separate but equal*, que compreendia não haver ofensa à igualdade de proteção de todos perante a lei, pela simples separação, desde que houvesse igualdades de condições para os grupos segregados.

Embora houvesse a necessidade de paridade de condições, essa raramente ocorria, sendo perceptível a não equidade entre as escolas de negros e brancos. Com a chegada dos pleitos à Suprema Corte, contudo, a argumentação dos advogados do NAACP (*The National Association for the Advancement of Colored People*), organização que patrocinou o caso, não se baseou na falta de igualdade de condições de fato. Eles defenderam que, independentemente das condições físicas ou de outros fatores mais concretos, a segregação por si só gerava desigualdade. Assim sendo, os advogados pleitearam pela alteração da jurisprudência do *separate but equal*. O esforço funcionou.^[7] Em 17 de maio de 1954, a Suprema Corte Norte Americana decidiu unanimemente o caso favoravelmente aos demandantes afirmando logo no início da emenda que:

Segregation of White and Negro children in the public schools of a State solely on the basis of race, pursuant to state laws permitting or requiring such segregation, denies to Negro children the equal protection of the laws guaranteed by the fourteenth amendment – even though the physical facilities and other “tangible” factors of white and Negro schools might be equal^[8]

O caso até hoje é considerado paradigmático, marcando uma mudança de postura da corte constitucional dos EUA em defesa de direitos humanos e das minorias durante o período que ficou conhecido como *Warren Court*. Liderada pelo *Justice Earl Warren* o tribunal atuou fortemente em defesa de direitos civis e de minorias.

O discurso do senso comum do saber jurídico afirma que com o caso encerrou-se a segregação nos EUA. A partir dessa suposta consequência, *Brown* é utilizado como exemplo não só da capacidade,

mas do dever das cortes constitucionais de agirem ativamente determinando expansão ou distribuição de direitos. As cortes constitucionais são vendidas como paladinos da justiça e defensoras das minorias. Os magistrados que as compõem, em geral, homens brancos, heterossexuais, ricos e não eleitos utilizam esse discurso para se legitimarem em detrimento dos demais poderes por considerarem-se mais esclarecidos.

Esse posicionamento é evidente no discurso do atual Min. do Supremo Tribunal Federal Luiz Roberto Barroso em seu breve texto “Contramajoritário, Representativo e Iluminista: O Supremo, seus papeis e seus críticos”. No texto, o Min. afirma possuírem as cortes constitucionais três diferentes papeis a serem exercidos em diferentes momentos. Contramajoritário, quando agiria com base nos princípios constitucionais contrário às perversões da maioria e em defesa das minorias; representativo, quando acudiria os anseios populares ignorados pelo legislativo e pelo executivo; e, por fim, iluminista, quando utilizaria de uma suposta racionalidade para tomar decisões contrárias aos demais poderes, mas que também não encontram respaldo em amplo apoio popular.^[9]

Como exemplo de casos de atuação iluminista de cortes constitucionais, o Min. cita o próprio caso *Brown v. Board of Education*, e, como exemplo de atuação representativa, cita os casos de concretização de direitos sociais, tais como os que determinam a entrega de medicamentos financiados pelo Estado.^[10]

Uma análise mais cuidadosa dos efeitos do caso Brown, contudo, demonstra que ele não exerceu o papel a que aparentemente se propôs. O prof. Mark Tushnet, em seu artigo “*Some legacies of Brown v. Board of Education*” (2004) traz diversas análises do caso feitas por diferentes pesquisadores. Devido ao caráter limitado do presente artigo, darei enfoque somente aos argumentos de Gerald Rosenberg.

O pesquisador demonstra, primeiramente, que os efeitos diretos da decisão na segregação foram praticamente inexistentes. Muitas escolas excluíram o requisito formal de raça para selecionar seus alunos, mas o substituíram por outros que realizavam o mesmo papel, tal como a

restrição das vagas à moradores de bairros onde somente residiam brancos. Principalmente no sul do país, a resistência foi ainda maior e não foram poucas as instituições que simplesmente ignoraram a decisão da corte. A dessegregação nas escolas somente ocorreu de fato uma década depois, com o *Civil Rights act* de 1964. Com essa lei, tornou-se possível o corte de verbas de escolas que mantivessem formas de discriminação.^[11]

Teria a decisão influenciado a produção dessa lei, então? Também não. Os defensores do caso Brown geralmente argumentam que, mesmo que não tenham havido grandes impactos diretos, um efeito teria sido o impulso de movimentos sociais e a pressão sobre o legislativo para agir. Rosemberg, contudo, discorda, demonstrando que o a decisão foi praticamente ignorada. A cobertura midiática de movimentos contra a segregação não sofreu alterações, as discussões no congresso para aprovação do *Civil Rights Act* raramente mencionaram o caso, não houve um grande aumento de movimentos sociais negros e nem mesmo a imprensa negra conferiu muita importância ao decidido.^[12]

Tushnet ressalva que a análise de Rosemberg esbarra em algumas falhas que não podem ser desconsideradas. Ele afirma, por exemplo, que os líderes de movimentos sociais buscavam indícios das posições governamentais para definir suas ações. A decisão foi o primeiro sinal dado pelo centro do poder nacional e não pode ter sua importância completamente ignorada.^[13] Não se pode negar, contudo, que há uma extrema supervalorização do caso no discurso jurídico, tal como utilizado pelo Min Luiz Roberto Barroso ou por aqueles que o classificam como o caso mais importante da história norte americana.

Rosemberg defende que as efetivas causas do concreto fim da segregação foram estruturais. A migração da população negra rural sulista para centros urbanos do norte fortaleceu politicamente os negros e a Guerra Fria obrigou os EUA a adotarem uma postura mais compatível com o discurso de país da liberdade e da igualdade de oportunidades tão propagado à época.^[14]

4 – Ingenuidade ou oportunismo?

Como foi demonstrado, uma análise um tanto mais cautelosa do caso *Brown* demonstra que ele não foi tudo aquilo que se defende que ele tenha sido no discurso do senso comum do saber jurídico. Resta saber conduto se se trata de uma mera ingenuidade e em uma real crença na capacidade das cortes constitucionais de provocarem mudanças sociais ou de instrumentalização do discurso como ferramenta de poder. Como já foi exposto, Warat (2004) entende que o senso comum do saber jurídico é um instrumento de poder que deve ser explicitado e é isso que se pretende com o presente *paper*.

David Landau (2012), em *The Reality of Social Rights Enforcement*, analisa como ocorre a aplicação dos direitos sociais em diversos países. Embora o caso *Brown* não trate diretamente de um direito social, ele gira em torno do direito à educação que, embora não previsto na constituição americana, é amplamente garantido no país. Em seu estudo, Landau analisa com mais enfoque o caso Colombiano. Mesmo que não se trate dos EUA, onde se ocorreu *Brown v. Board*, ou do Brasil, a análise ainda é válida, pois se pretende somente demonstrar como é falho o discurso de contramajoritariedade e de defesa dos direitos civis das Cortes Constitucionais utilizado nos três países e em muitos outros.

Na Colômbia, há a previsão do processo de *tutela* que permite a qualquer um acionar diretamente a Corte Constitucional de forma consideravelmente barata e célere para requerer a concretização de direitos constitucionais. Aliada à postura de ativismo adotada pelo tribunal, isso fez com que o número de tutelas crescesse estrondosamente nos anos seguintes à promulgação da Constituição de 1991. Esse fenômeno ocorreu em especial com relação a casos de direito à saúde.^[15]

Muitos colombianos enxergaram na *tutela* um modo de conseguir custeio de medicamentos de forma gratuita pelo estado. Ao analisar quem eram os demandantes que se beneficiam desse sistema, contudo, Landau percebeu que cerca de setenta e três por cento deles, em tese, teriam renda suficiente para arcar com os tratamentos por conta própria. Integrantes das classes média e alta mais comumente entendem seus direitos e podem custear um processo judicial.

Posteriormente, durante uma grave crise econômica que abalou o país, no final da década de 1990, a corte proferiu uma decisão para limitar juros de hipotecas em benefício a centenas de milhares de proprietários de casas e terrenos, sob o argumento de proteção do direito à moradia. Os únicos beneficiados pela decisão, contudo, foram novamente as classes média e alta, pois os mais pobres nem ao menos integravam o sistema de moradia formal. Os impactos na economia do país, contudo, foram desastrosos.[\[16\]](#)

A postura populista da Corte Constitucional colombiana foi evidente não só nas decisões, mas também nos discursos dos magistrados como fica claro na seguinte entrevista concedida pelo magistrado Hernández:

[I]f you are talking about the criticisms, there is no need for the Court to discuss them because they have already been defeated, and in what fashion, by the public opinion... [T]he work of the Constitutional Court has been well received by the people. Because the people are much more intelligent, as Gaitán says, than their leaders...[\[17\]](#)

Prova cabal da postura populista da Corte é que esse mesmo magistrado concorreu para a vice presidência da república em 2001, pouco após o caso das moradias.[\[18\]](#)

Torna-se perceptível, também, a apropriação do argumento do papel das Cortes Constitucionais de defensoras dos direitos no discurso do Min. Barroso. Dois dos exemplos de sucesso utilizados pelo ministro são, de fato, exemplos de fracasso. No caso dos direitos sociais, a situação é ainda mais temerosa, sendo o argumento de defesa das minorias usado não só ineficazmente, mas como forma a conceder privilégios à elite.

5 – Conclusão

Analisando o caso *Brown v. Board of Education* e o discurso que muitas vezes o utiliza como argumento, o presente *paper* pretendeu demonstrar como os argumentos que defendem Cortes Constitucionais como entidades iluminadas defensoras e garantidoras de direitos humanos

é, na verdade, o que Warat (2004) classifica como senso comum do saber jurídico. O argumento é utilizado como uma verdade inegável contra a qual não se pode discordar. Utilizando-se dele, contudo, é possível que supremas cortes prestem um papel diametralmente oposto ao pregado, como ocorreu na Colômbia.

Não se pretende aqui, contudo, defender um minimalismo de atuação das cortes constitucionais. Uma virtual não atuação dessas entidades também compromete a adequada efetivação de direitos e não parece ser a saída adequada ao problema. O papel das Supremas Cortes talvez seja muito mais eficaz a partir de uma explicitação de seu caráter político e de sua utilização como motor do jogo político, abandonando-se a ideia de domínio da última palavra. Por não se tratar do objeto deste trabalho, contudo, não me aprofundarei no tema.

6 – Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto, Contramajoritário, representativo e iluminista: o Supremo, seus papéis e seus críticos. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/contramajoritario-representativo-e-iluminista-o-supremo-seus-papeis-e-seus-criticos>>. Acesso em: coloque a data de acesso: 20/06/2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Brown v. Board of Education of Topeka et al. 1954.

LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. Harvard International Law Journal. V. 53. 2012.

RUSSO, Charles J., J. HARRIS III, John, SANDIDGE, Rosetta F. The Journal of Negro Education Vol. 63, No. 3, Brown v. Board of Education at 40: A Commemorative Issue Dedicated to the Late Thurgood Marshall. 1994.

TUSHNET, Mark. Some Legacies of Brown v. Broad of Education. Virginia Law Review. V. 90, 2010.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

NOTAS:

[1] WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 27-34

[2] Ibidem

[3] WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 27-34

[4] Ibidem

[5] Ibidem

[6] RUSSO, Charles J., J. HARRIS III, John, SANDIDGE, Rosetta F. The Journal of Negro Education

Vol. 63, No. 3, Brown v. Board of Education at 40: A Commemorative Issue Dedicated to the Late Thurgood Marshall. 1994.p. 297

[7] RUSSO, Charles J., J. HARRIS III, John, SANDIDGE, Rosetta F. The Journal of Negro Education

Vol. 63, No. 3, Brown v. Board of Education at 40: A Commemorative Issue Dedicated to the Late Thurgood Marshall. 1994. p. 298

[8] Estados Unidos da América. Suprema Corte. Brown v. Board of Education of Topeka et al. 1954. p. 483

[9] BARROSO, Luís Roberto, Contramajoritário, representativo e iluminista: o Supremo, seus papéis e seus críticos. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/contramajoritario-representativo-e-iluminista-o-supremo-seus-papeis-e-seus-criticos>>. Acesso em: coloque a data de acesso: 20/06/2017.

[10] Ibidem

[11] ROSEMBERG, 1991, apud TUSHNET, Mark. Some Legacies of Brown v. Broad of Education. Virginia Law Review. V. 90, 2010. p. 1705 – 1706.

[12] ROSEMBERG, 1991, apud TUSHNET, Mark. Some Legacies of Brown v. Broad of Education. Virginia Law Review. V. 90, 2010. p. 1706 – 1707.

[13] ROSEMBERG, 1991, apud TUSHNET, Mark. Some Legacies of Brown v. Broad of Education. Virginia Law Review. V. 90, 2010, p. 1708

[14] ROSEMBERG, 1991, apud TUSHNET, Mark. Some Legacies of Brown v. Broad of Education. Virginia Law Review. V. 90, 2010. p. 1709

[15] LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. Harvard International Law Journal. V. 53. 2012. p. 205 - 204

[16] LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. Harvard International Law Journal. V. 53. 2012. p. 216 - 218

[17] Interview with José Gregório Hernandez, La República (Novembro 12, 2000) apud L LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. Harvard International Law Journal. V. 53. 2012. p. 219

[18] LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. Harvard International Law Journal. V. 53. 2012. p. 219

OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS DE DIREITO PENAL

RAFAELA AFONSO BARRETO: Graduada pela Universidade Federal de Rondônia - UNIR; Pós-graduada em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade Damásio; Analista do Ministério Público do Trabalho; já ocupante dos cargos de técnico e analista do Ministério Público Federal.

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo analisar a importância e essencialidade dos princípios jurídicos, especificamente no âmbito do Direito Penal. Como decorrência do Neoconstitucionalismo, os princípios jurídicos passaram a ter fundamental prestígio em todas as ciências jurídicas, o que ocorreu, também, nas ciências penais. É de se ressaltar, inclusive, que alguns dos princípios de Direito Penal possuem base constitucional. Logo, diante da relevância dessa temática, o presente trabalho procura abordar os principais princípios de Direito Penal, demonstrando a sua relevância prática e jurídica.

PALAVRAS CHAVE: Direito Penal, princípios jurídicos e bem jurídico tutelado.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A proteção de bens jurídicos. 3. O Direito Penal e a Constituição Federal. 4. Os princípios jurídicos de Direito Penal. 4.1. Conceito de princípio jurídico. 4.2. Natureza jurídica dos princípios. 4.3. Funções clássicas dos princípios jurídicos. 4.4. Princípios implícitos. 4.5. Princípios como limitações ao poder punitivo do Estado. 4.6. Princípio da legalidade ou da reserva legal. 4.7. Princípio da intervenção mínima. 4.8. Princípio da fragmentariedade. 4.9. Princípio da subsidiariedade. 4.10. Princípio da proporcionalidade. 4.11. Princípio da ofensividade ou lesividade. 4.12. Princípio da exclusiva proteção do bem jurídico. 4.13. Princípio da insignificância. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Penal, sistema normativo de direito público, tem como fim regular o convívio em sociedade. Para isso, é formado por um conjunto de leis e princípios que buscam combater a prática de crimes e contravenções penais, por meio da imposição de sanção penal.

Na lição de Julio Fabbrini Mirabete:

A vida em sociedade exige um complexo de normas disciplinadoras que estabeleça as regras indispensáveis ao convívio entre os indivíduos que a compõem. O conjunto dessas regras, denominado direito positivo, que deve ser obedecido e cumprido por todos os integrantes do grupo social, prevê as conseqüências e sanções aos que violarem seus preceitos. À reunião das normas jurídicas pelas quais o Estado proíbe determinadas condutas, sob ameaça de sanção penal, estabelecendo ainda os princípios gerais e os pressupostos para a aplicação das penas e das medidas de segurança, dá-se o nome de Direito Penal. (MIRABETE, 2010, p. 1)

Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 2), nesse mesmo sentido, ensina que “esse conjunto de normas e princípios, devidamente sistematizados, tem a finalidade de tornar possível a convivência humana”.

Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 67), por outro lado, conceitua o Direito Penal como um conjunto de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação.

E, ainda, sob outro aspecto, Mirabete (2010, p. 1) dispõe que o Direito em tela “também é o sistema de interpretação da legislação penal, ou seja, a Ciência do Direito Penal, conjunto de conhecimentos e princípios [...], com vistas em sua aplicação aos casos ocorrentes”.

Desse modo, esse conjunto de princípios e leis penais, que estabelece ações e omissões delitivas com a finalidade de ordenar o convívio social, bem como estabelecer balizas ao poder punitivo do Estado, denomina-se Direito Penal.

2. A proteção de bens jurídicos

O Direito Penal tem como função principal a proteção de bens jurídicos fundamentais ao indivíduo e à sociedade.

O conceito de bem jurídico surgiu no Iluminismo, o qual definia bem jurídico como direito subjetivo do indivíduo. Porém, ao longo do tempo, tal conceito passou por significativas mudanças, de modo que, atualmente, abrange os bens da coletividade.

Bitencourt (2009, p. 7), de forma clara e precisa, esclarece que “o bem jurídico pode ser definido ‘como todo valor da vida humana protegido pelo Direito’[...]”.

Observa-se, assim, que os bens jurídicos são interesses e valores reconhecidos e protegidos pelo Direito, uma vez que são imprescindíveis ao homem e à sociedade.

Todavia, nem todos os bens jurídicos gozam de proteção pelo Direito Penal. Por isso, é necessário ter em vista que este ramo do Direito tutela os bens mais relevantes e valiosos.

Nesse sentido, é a lição de Nucci:

Quando o ordenamento jurídico opta pela tutela de um determinado bem, não necessariamente a proteção deve dar-se no âmbito penal. A este, segundo o princípio da intervenção mínima, são reservados os mais relevantes bens jurídicos, focando-se as mais arriscadas condutas, que possam, efetivamente, gerar dano ou perda ao bem tutelado. (NUCCI, 2011, p. 70)

Ainda, nesta linha, Luiz Regis Prado leciona:

A função primordial desse ramo da ordem jurídica radica na proteção de bens jurídico-penais – bens do Direito – essenciais ao indivíduo e à comunidade. Para cumprir tal desiderato, em um Estado de Direito democrático, o legislador seleciona os bens especialmente relevantes para a vida social e, por isso, mesmo, mercedores da tutela penal. A noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano. (PRADO, 2004, p. 55)

Nota-se, portanto, que somente os valores mais relevantes para o indivíduo e a sociedade são erigidos à categoria de bens jurídicos penais, em razão do caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal. E, para reprimir as condutas lesivas a tais bens, a legislação penal utiliza das sanções criminais - penas e medidas de segurança.

3. O Direito Penal e a Constituição Federal

A Constituição de um Estado é a sua lei fundamental e suprema.

Por isso, em razão do princípio da supremacia constitucional, as demais leis devem ser elaboradas e aplicadas em conformidade com o texto constitucional. Isto acontece, por exemplo, com a legislação penal, uma vez que os princípios e regras constitucionais são os parâmetros de legitimidade e validade das normas jurídicas penais.

Destarte, a fonte primária do Direito Penal é a Constituição, que estabelece as bases e os limites da intervenção punitiva do Estado sobre os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

A definição de uma conduta como delituosa somente é válida quando consagra valores fundamentais. Portanto, é função do Direito Penal proteger os valores e os bens jurídicos mais relevantes da sociedade contra as injustas agressões. E, neste ponto, justifica-se a intervenção punitiva do Estado.

Ivan Luiz da Silva (2011, p. 68) destaca que a base constitucional do Direito Penal remonta à origem do próprio constitucionalismo, uma vez que o artigo 20 da Magna Carta, de 1215, assinada pelo rei João Sem-Terra, já assegurava a garantia penal da proporcionalidade da pena, nos seguintes termos:

Art. 20. A multa a pagar por um homem livre, pela prática de um pequeno delito, será proporcionada à gravidade do delito; e pela prática de um crime será proporcionada ao horror deste, sem prejuízo do necessário à subsistência e posição do infrator [...].

Por todo o exposto, verifica-se que a Constituição atua como base de fundamentação das normas penais, ora funcionando como fonte do Direito Penal ora como limitação a este Direito.

Como fonte de Direito Penal, a Constituição fornece os parâmetros de legitimidade e coercitividade da lei penal, o que possibilita a garantia

dos bens jurídicos relevantes. Por outro lado, como meio limitador, a Constituição fornece limitações de natureza material e formal. As limitações materiais obstam a criação de normas penais contrárias aos direitos e garantias consagrados na Constituição. E, por sua vez, as limitações formais impedem a elaboração de normas em desconformidade com as diretrizes constitucionais que ordenam a elaboração da lei penal.

Portanto, as normas penais (regras e princípios) têm como fonte primeira a Constituição, que fundamenta e legitima o poder punitivo do Estado.

4. Os princípios jurídicos do Direito Penal

4.1. Conceito de princípio jurídico

Os princípios formam a base fundamental do ordenamento normativo e são, por isso, valores fundamentais que funcionam como critérios para a criação e aplicação das leis.

Na clássica conceituação de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico. (MELLO, 2009, p. 53)

Ainda, na lição de Miguel Reale:

Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes, também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não

serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundamentos da validade de um sistema particular de conhecimento com seus pressupostos necessários. (REALE, 1991, p. 59)

Assim, os princípios são verdadeiros mandamentos jurídicos fundamentais, compostos de valores sociojurídicos de uma sociedade, que influenciam na composição e no funcionamento do ordenamento jurídico. Por isso, possuem caráter superior, transcendental e vinculante, de modo que todas as demais normas devem estar em harmonia e conformidade com seus preceitos fundamentais.

4.2. Natureza jurídica dos princípios

Com o pós-positivismo, nas últimas décadas do século passado, reconheceu-se a natureza normativa aos princípios.

Assim, atualmente, predomina o entendimento de que os princípios são normas jurídicas, com caráter vinculante, que constituem os fundamentos da ordem jurídica.

Neste sentido, Norberto Bobbio, citado por Ivan Luiz da Silva, dispõe:

Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípio induz em engano, tanto que é velha a questão entre juristas se os princípios gerais são normas ou não são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais. E esta é a tese sustentada também pelo estudioso que mais se ocupou da problemática, ou seja, Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos vêm a ser dois, e ambos válidos: antes de tudo, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio de espécies animais, obtenho sempre animais, e não fores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são abstraídos e adotados é

aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, função de regular um caso. Para regular um comportamento não regulado, é claro: mas agora servem ao mesmo fim para que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas? (SILVA, 2011, p. 33)

É preciso, no entanto, observar que as normas que compõem a ordem jurídica também podem ser regras, outra espécie de normas jurídicas.

As regras são aplicáveis por completo. Assim, caso os pressupostos de fato de uma regra se concretizem, esta deve ser aplicada. Já em relação aos princípios, a ocorrência das condições para sua incidência não obriga a sua aplicação ao caso concreto.

Ademais, os princípios representam vetores fundamentais, servindo de base para as demais regras do ordenamento jurídico; enquanto que as regras possuem relevância ao caso concreto.

Em caso de conflito entre duas regras, no interior do sistema normativo, uma delas será considerada inválida. Já em uma colisão de princípios, deve-se utilizar o critério da ponderação de valores, uma vez que será aplicado o princípio jurídico que apresentar maior peso em relação ao outro.

Por fim, importa destacar que, os princípios contidos na Constituição, integrantes do ápice do ordenamento jurídico, são preponderantes às demais regras jurídicas. Os princípios constitucionais formam, assim, a base do sistema jurídico, construtores e informadores do Direito.

Neste ponto, Paulo Bonavides, magistralmente, prima o que se segue:

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivamente no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional,

rodeada do prestígio e da hegemonia que confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas. (BONAVIDES, 1994, p. 257, grifo no original)

Ainda, o mesmo autor (1994, p. 260) assevera que os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.

4.3. Funções clássicas dos princípios jurídicos

Sob o prisma doutrinário, os princípios jurídicos têm três funções clássicas: fundamentadora, interpretativa e supletiva.

Os princípios como base do ordenamento jurídico representam a função fundamentadora, uma vez que servem de fundamento às demais normas jurídicas.

Já a função interpretativa dos princípios possibilita que o intérprete ou aplicador do Direito se guie pelos valores fundamentais consagrados pela sociedade.

Nesta acepção, Daniel Sarmento, citado por Ivan Luiz da Silva, dispõe:

[...] os princípios constitucionais desempenham também um papel hermenêutico constitucional, configurando-se como genuínos vetores exegéticos para a compreensão e aplicação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais. Neste sentido, os princípios constitucionais representam o fio condutor da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do intérprete em consonância com os valores e interesses por eles abrigados. (SILVA, 2011. p. 55)

E, por fim, como função supletiva, os princípios integram a ordem jurídica quando constatada a ausência de norma reguladora do caso concreto.

4.4. Princípios Implícitos

Os princípios nem sempre estão dispostos de forma explícita no sistema jurídico, ou seja, há princípios em estado de latência. Estes são chamados de princípios implícitos.

O fundamento que legitima a existência de princípios implícitos está no fato de que o Direito não se exaure na lei; e, por isso, há norma mesmo na ausência de texto legal.

Os princípios implícitos são descobertos por meio da interpretação e concretização das normas jurídicas pelo intérprete e aplicador do Direito.

Eros Grau, citado por Ivan Luiz da Silva, ao tratar do assunto, discorre:

Não se trata, portanto, de princípios que o aplicador do direito ou intérprete possa regatar fora do ordenamento, em uma ordem suprapositiva ou no Direito Natural. Insista-se: eles não são descobertos em um ideal de 'direito justo' ou em uma 'idéia de direito'. Trata-se, pelo contrário – e nesse ponto desejo referir explicitamente os princípios descobertos no seio de uma Constituição – não de princípios declarados (porque anteriores a ela) pela Constituição, mas sim de princípios que, embora nela não expressamente enunciados, no seu bojo estão inseridos. (SILVA, 2011, p. 49 e 50)

A Constituição Federal de 1988, conforme entendimento majoritário da doutrina, em seu artigo 5º, § 2º, reconhece expressamente a existência dos princípios implícitos, nos seguintes termos:

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.

Tal dispositivo, conhecido como cláusula de reserva, demonstra um sistema constitucional aberto, que admite a integração por outros elementos, inclusive princípios implícitos.

Como exemplo de princípios implícitos, pode-se citar: o princípio da supremacia do interesse público, o princípio da proporcionalidade etc.

Ainda, importa observar que não há hierarquia entre os princípios expressos e os implícitos, uma vez que, no caso concreto, deve-se ponderar o peso assumido por cada princípio dentro das circunstâncias concretas.

Portanto, os princípios podem estar ou não explícitos no ordenamento jurídico. Os princípios implícitos existem por força própria, independentemente de texto normativo; com isto, a ausência de previsão legal não retira o seu caráter principiológico e, por conseguinte, normativo.

4.5. Princípios como limitações ao poder punitivo do Estado

A Constituição Federal possui, entre suas normas, vários princípios fundamentais informadores do Direito Penal, que, na verdade, são verdadeiras garantias do cidadão perante o poder punitivo do Estado.

Estes princípios constitucionais formam a base do ordenamento jurídico-penal, compondo a orientação devida ao legislador infraconstitucional, a fim de garantir a segurança jurídica formal e material imposta pelo Estado Democrático de Direito.

Diante disto, os princípios penais constitucionais são determinações fundamentais do sistema jurídico penal, uma vez que vinculam todo o processo de construção e aplicação das normas de Direito Penal. E, assim, definem as características, os fundamentos, a natureza e o modo de aplicação das normas penais.

Os princípios fundamentais de Direito Penal, conforme entendimento de Bitencourt (2009, p. 9), tornam-se freios ou limites ao poder punitivo do Estado, que não pode invadir de forma arbitrária a esfera dos direitos fundamentais do cidadão.

Neste sentido, o mesmo autor ainda discorre:

As idéias de igualdade e de liberdade, apanágios do *Iluminismo*, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou

durante o *Estado Absolutista*, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses *princípios limitadores* passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão. Todos esses princípios, hoje insertos, explícita ou implicitamente, em nossa Constituição (art. 5º), têm a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um *Direito Penal mínimo* e garantista. (BITENCOURT, 2009, p.10, grifo no original)

Desse modo, no Direito Penal, os princípios têm a função de orientar o legislador ordinário, bem como o intérprete do Direito, a fim de limitar o poder repressivo estatal e garantir os direitos fundamentais da pessoa.

Passa-se, pois, a elucidação de alguns dos princípios mais relevantes para o Direito Penal.

4.6. Princípio da legalidade ou da reserva legal

Encontra-se previsto no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, bem como no artigo 1º do Código Penal. É, portanto, um princípio explícito.

O princípio da legalidade preceitua a exclusividade da lei para a elaboração dos crimes e contravenções penais, bem como para a cominação de pena.

Bitencourt, em uma precisa e sintética conceituação, define o princípio da legalidade nos seguintes termos:

[...] pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida. (BITENCOURT, 2009, p. 11)

Mirabete (2010, p. 40) ainda assevera que o princípio da legalidade inclui o princípio da anterioridade da lei penal. Pois, somente poderá ser aplicada ao criminoso pena que esteja prevista anteriormente na lei como aplicável ao autor do crime praticado.

Ante o exposto, verifica-se que o princípio da legalidade funciona como um verdadeiro controle do poder repressivo, uma vez que visa excluir a arbitrariedade e o excesso do poder punitivo estatal, permitindo ao indivíduo conhecer previamente a conduta delitiva e a pena cominada.

4.7. Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima consagra ser legítima a intervenção penal apenas quando a criminalização de um fato se constitui meio indispensável para proteção de determinado interesse ou bem jurídico, cuja tutela não pode se dar por outro ramo do Direito.

Nesse sentido, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 8º, traz que a lei somente deve prever as penas estritamente necessárias.

O principal destinatário de tal princípio é o legislador, uma vez que, conforme entendimento de Bitencourt (2009, p. 13), o princípio da legalidade impõe limites ao arbítrio judicial, mas não impede que o Estado crie tipos penais iníquos e comine sanções cruéis e degradantes. Por este motivo, impõe a necessidade de limitar ou, se possível, eliminar o arbítrio do legislador por meio do princípio da intervenção mínima.

Assim, o legislador deve eleger com moderação as condutas dignas de proteção penal, evitando-se incriminar qualquer comportamento.

No entanto, também é preciso que o aplicador do Direito não proceda à operação da tipicidade quando constatar que, no caso concreto, a situação pode ser resolvida satisfatoriamente com a atuação de outro ramo do ordenamento jurídico.

Nas palavras de Bitencourt:

*O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-*

se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. (BITENCOURT, 2009, p. 13, grifo no original)

Posto isto, observa-se que, antes de se recorrer ao Direito Penal como *prima ratio* (primeira opção), deve-se exaurir todos os meios extrapenais de responsabilização, e apenas quando estes meios se mostrarem insuficientes à tutela de determinado bem jurídico deve-se utilizar o Direito Penal, aplicando-o como *ultima ratio* (última razão).

Ademais, do princípio da intervenção mínima decorrem outros dois princípios: fragmentariedade e subsidiariedade.

4.8. Princípio da fragmentariedade

Pelo princípio da fragmentariedade, o Direito Penal somente deve intervir quando ficar demonstrada a existência de relevante lesão a bem jurídico fundamental da sociedade.

A palavra fragmentariedade provém de “fragmentos”, o que determina que somente alguns poucos fragmentos devem ser tutelados pelo Direito Penal.

Neste sentido, é a lição de Nucci:

Fragmentariedade significa que nem todas as lesões a bens jurídicos protegidos devem ser tuteladas e punidas pelo direito penal que, por sua vez, constitui somente parcela do ordenamento jurídico. *Fragmento* é apenas a parte de um todo, razão pela qual o direito penal deve ser visto, no campo dos atos ilícitos, como *fragmentário*, ou seja, deve ocupar-se das condutas mais graves, verdadeiramente lesivas à vida em sociedade,

passíveis de causar distúrbios de monta à segurança pública e à liberdade individual. (NUCCI, 2011, p. 88)

Sob o mesmo ângulo, Luiz Regis Prado leciona:

[...] apenas as ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização. Desse modo, opera-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa. Esse princípio impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente. (PRADO, 2004, p. 141)

Alguns doutrinadores defendem que a projeção do princípio da fragmentariedade se dá no plano concreto e a incidência do princípio da subsidiariedade no plano abstrato, referente ao processo legislativo. Para esta corrente de pensamento, na qual se inclui Rogério Sanches (2010), em decorrência do princípio da fragmentariedade, o Direito Penal só deve intervir no caso concreto quando existir lesão significativa ao bem tutelado, ou seja, mostrando-se ínfima a lesividade ao bem jurídico, a incidência da norma punitiva deve ser afastada. Para o referido doutrinador, o princípio da insignificância é desdobramento lógico do princípio da fragmentariedade, uma vez que, com a aplicação daquele princípio, determinada lei penal deixará de ser aplicada ao caso concreto em face da insignificante lesividade ao bem tutelado.

Dessa maneira, o Direito Penal, em razão de seu caráter fragmentário, preocupa-se apenas com comportamentos (fragmentos) que provoquem lesões de maior gravidade.

4.9. Princípio da subsidiariedade

O princípio da subsidiariedade garante que a atuação do Direito Penal somente se dará quando os outros ramos do Direito mostrarem-se impotentes para o controle social devido, ou seja, apenas será aplicado quando os demais meios estatais de proteção, mais brandos, não forem suficientes para a tutela de determinado bem jurídico.

Nucci, com maestria, disserta que:

[...] o direito penal deve ser visto como *subsidiário* aos demais ramos do Direito. Fracassando outras formas de punição e de composição de conflitos, lança-se mão da lei penal para coibir comportamentos desregrados, que possam lesionar bens jurídicos tutelados. (NUCCI, 2011, p. 87)

Tal princípio, assim como o princípio da intervenção mínima e o princípio da fragmentariedade, encontra-se disposto implicitamente na Constituição Federal. E, portanto, decorre da interpretação das normas dispostas no texto constitucional quando buscam tutelar os bens mais relevantes para a coletividade.

Ademais, como visto, para Rogério Sanches, o princípio da subsidiariedade tem relação com o plano abstrato, refere-se, assim, ao aspecto legislativo. Disto decorre que a norma penal apenas será criada quando nenhum outro ramo do Direito puder resolver o problema existente, atuando o Direito Penal como último meio de proteção.

Dessa maneira, infere-se que o princípio da subsidiariedade busca o maior bem social com o mínimo sofrimento necessário para o infrator da norma, apenas legitimando-se a aplicação da norma criminal quando os demais meios disponíveis de controle social já houverem sido empregados sem êxito na proteção do bem jurídico.

4.10. Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade teve sua origem normativa na Magna Carta do Rei João sem Terra, em 1215, cujo texto previa que o pagamento de determinada multa seria proporcional à gravidade do delito.

Posteriormente, a proporcionalidade foi tratada a partir dos pensamentos do Iluminismo e do Direito Natural, que proporcionaram uma mudança na concepção de indivíduo e Estado, impondo, desde então, a recusa das formas de punição exagerada, com enfoque na dignidade da pessoa humana.

Em 1763, influenciado pelos pensamentos de Montesquieu sobre a proporcionalidade, Cesare Beccaria, por meio da obra “Dos Delitos e das Penas”, trata sobre a necessidade de uma proporção entre o crime praticado e a pena a ele cominada. Nas palavras do autor:

Não somente é interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade. Portanto, mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas. (BECCARIA, 1997, p. 123)

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 15, também dispôs que a lei só deveria cominar penas que fossem estritamente necessárias e proporcionais ao delito, consagrando, assim, a proporcionalidade entre a gravidade do crime cometido e a sanção a ser aplicada.

A Constituição Federal de 1988 em vários de seus dispositivos prega o princípio da proporcionalidade, como, por exemplo, nos incisos XLVI (exigência de individualização da pena) e XLVII (vedação a determinadas sanções penais), do artigo 5º.

Nucci, neste sentido, assevera:

A Constituição, ao estabelecer as modalidades de penas que a lei ordinária deve adotar, consagra implicitamente a proporcionalidade, corolário natural da aplicação da justiça, que é dar a cada um o que é seu, por merecimento. Fixa o art. 5º, XLVI, as seguintes penas: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. (NUCCI, 2011, p. 89)

O princípio da proporcionalidade tem os seguintes destinatários: o legislador (proporcionalidade abstrata), o juiz da ação penal (proporcionalidade concreta) e o juiz da execução penal (proporcionalidade executória).

A proporcionalidade abstrata (ou legislativa) preceitua que devem ser eleitas as penas mais apropriadas para cada delito, bem como a respectiva graduação em mínimo e máximo. Já na proporcionalidade concreta (ou judicial), o juiz da ação deve promover a individualização

adequada da pena ao caso concreto. Bitencourt (2009, p. 27), ao elucidar sobre o tema, dispõe que “pelo princípio da proporcionalidade na relação entre crime e pena deve existir um equilíbrio – abstrato (legislador) e concreto (judicial) – entre a gravidade do injusto penal e a pena aplicada”. E, por fim, na proporcionalidade executória, devem-se levar em consideração as condições pessoais do condenado quando do cumprimento da pena.

Além disso, verifica-se que o princípio da proporcionalidade compreende, além da proibição ao excesso, a proibição de insuficiência da intervenção jurídico-penal. Dessa maneira, proibi-se a cominação de penas desnecessárias e exageradas, bem como procura-se impedir que a intervenção penal fique abaixo da medida devida.

Importa destacar, ademais, que o princípio da proporcionalidade não se confunde com o princípio da razoabilidade, apesar de alguns doutrinadores defenderem que se tratam do mesmo princípio. Neste ponto, vale destacar o ensinamento de Bitencourt:

Os princípios da *proporcionalidade* e da *razoabilidade* não se confundem, embora estejam intimamente ligados [...] Pois é exatamente o *princípio da razoabilidade* que afasta a invocação do exemplo concreto mais antigo do princípio da proporcionalidade, qual seja, a ‘lei do talião’, que, inegavelmente, sem qualquer razoabilidade, também adotava o princípio da proporcionalidade. Assim, a *razoabilidade exerce função controladora* na aplicação do princípio da proporcionalidade. Com efeito, é preciso perquirir se, nas circunstâncias, é possível adotar outra medida ou outro meio menos desvantajoso e menos grave para o cidadão. (BITENCOUT, 2009, p. 27, grifo no original)

Por todo o exposto, perfaz-se que o sistema penal, em razão do princípio da proporcionalidade, atualmente, somente se legitima quando as penas impostas estão em harmonia com a gravidade da infração penal cometida, sem que, com isto, o Estado atinja de forma excessiva os direitos individuais da pessoa.

4.11. Princípio da ofensividade ou lesividade

Entende-se pelo princípio da ofensividade que não há infração penal quando a conduta não oferece ao menos perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

Bitencourt (2009, p. 22) destaca que o princípio da ofensividade no Direito Penal tem a pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos: no primeiro, servir de orientação à atividade legiferante, fornecendo substratos político-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes; no segundo plano, servir de critério interpretativo, constringendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido.

Portanto, no Direito Penal, não se admite a incriminação de condutas não lesivas ou provocadoras de ínfima lesão ao bem tutelado, uma vez que a lesividade deve estar presente no tipo penal. Caso contrário, o Direito Penal passaria a prever situações inócuas, e, conseqüentemente, outro princípio seria violado neste caso – o princípio da proporcionalidade.

4.12. Princípio da exclusiva proteção do bem jurídico

Predomina o entendimento atual de que o Direito Penal tem como principal função a proteção de bens jurídicos fundamentais. Assim, o princípio da exclusiva proteção do bem jurídico veda ao Direito Penal a preocupação com os pensamentos e intenções das pessoas, enquanto não exteriorizados.

Desse modo, o Direito Penal visa tutelar os bens jurídicos fundamentais, não se destinando a questões de ordem moral, ideológica ou ética.

4.13. Princípio da insignificância

A tipicidade penal, necessariamente, exige a ofensa de determinada gravidade ao bem jurídico tutelado, uma vez que a ausência dessa ofensa não caracteriza o injusto penal, o dano significativo ao bem (princípio da lesividade). Todavia, em algumas situações, condutas sem relevância jurídica para o Direito Penal – sem ofensividade – ajustam-se formalmente ao tipo penal, quando, na verdade, deveriam ser excluídas da incidência da legislação criminal.

Assim, para solucionar este problema, a doutrina desenvolveu a teoria do princípio da insignificância no Direito Penal, cuja intenção é excluir do campo penal as condutas que não causam um grau de lesividade mínimo ao bem jurídico tutelado.

Como visto, para o doutrinador Rogério Sanches (2010), o princípio da insignificância é desdobramento lógico do princípio da fragmentariedade, uma vez que incorre no caso concreto.

A presente pesquisa se desenvolve neste campo de aplicabilidade do princípio da insignificância no Direito Penal, mais precisamente a sua aplicabilidade aos crimes praticados em desfavor do bem jurídico difuso meio ambiente, a fim de se buscar quais condutas podem ser qualificadas como insignificantes para a tutela penal.

5. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, nota-se a relevância dos princípios como elementos essenciais de todo o ordenamento jurídico, considerados verdadeiros preceitos fundamentais para a elaboração e emprego das demais normas jurídicas. Não quer dizer, todavia, que sempre estarão de forma explícita no ordenamento, mas, ao revés, podem estar ou não expressos no texto legal e constitucional, já que, como visto, a ausência de previsão normativa não retira o seu caráter principiológico.

No âmbito do Direito Penal não é diferente. São vários os princípios jurídicos com incidência no âmbito penal, os quais têm a função de guiar o legislador ordinário e o intérprete do Direito (juiz), limitando, principalmente, o poder repressivo do Estado e, por consequência, garantindo os direitos fundamentais do indivíduo submetido à lei penal.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1993.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 5 de outubro de 1988.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. Bahia: Editora JusPODIVM, 2013.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. França, 26 de agosto de 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br>

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MANÃS, Carlos Vico. **O Princípio da Insignificância Como Excludente de Tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 26ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1991.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. 2ª ed. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

EVOLUÇÃO DOS PARÂMETROS UTILIZADOS PELO JUDICIÁRIO PARA A LEGITIMAÇÃO DA ADOÇÃO À BRASILEIRA

BRUNNA FROTA SILVA: Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Advogada, Pós-Graduada em Direito Público pelo Instituto Brasileiro de Pós-Graduação.

RESUMO: O Direito por não ser uma ciência exata se transforma constantemente. Cabe, portanto, aos operadores jurídicos a responsabilidade de acompanhar tais transformações para que assim a justiça consiga atingir suas finalidades. Nesse sentido, a modalidade de adoção, conhecida atualmente por “adoção à brasileira” é um didático exemplo de como o Judiciário tem se ampliado, ainda que a curtos passos, para atender aos anseios de uma sociedade que não mais aceita limitações outrora impostas em torno das relações socioafetivas. O elo afetivo ganhou importante destaque nessa amplificação jurídica, influenciando debates valorosos para o bem comum e evolução social.

Palavras-chave: adoção; adoção à brasileira; afeto; melhor interesse do menor; socioafetividade.

ABSTRACT: The Law for not being an exact science changes constantly. It is the responsibility of legal operators to follow such transformations so that justice can achieve its goals. The modality of adoption, known today as "Brazilian adoptionis", is a didactic example of how the judiciary has expanded, albeit shortly, to meet the aspirations of a society that no longer accepts limitations once imposed on socio-affective relations. The affection gained important prominence in this juridical amplification, influencing debates valued for the common good and social evolution.

Keywords: adoption; Brazilian adoption; affect; best interests of the child; socio-affective;

Sumário: Introdução. 1. Evolução histórica do processo de adoção. 2. Adoção à brasileira à luz da doutrina. 3. A socioafetividade no direito moderno brasileiro. 4. Formas de legitimação da adoção à brasileira. 4.1. Ações cabíveis nessa modalidade de adoção. 5. Análise do caso concreto.

INTRODUÇÃO

A quantidade de crianças e jovens aptos para a adoção no Brasil está em torno de 8.4 mil - segundo dados de 2017 - do Cadastro Nacional de Adoção^[1](CNA). Apesar desse elevado número, uma prática ainda é muito comum em nosso país, a chamada adoção à brasileira, a qual pode ser entendida quando alguém decide registrar em seu nome, criança que sabe ser de outra pessoa, furtando-se dos devidos meios legais. O presente estudo se digna a verificar esse instituto, no âmbito dos Tribunais brasileiros.

A peculiaridade do tema encontra respaldo por ser tal prática conduta tipificada no Código Penal, em seu artigo 242. Todavia, os tribunais brasileiros têm mudado suas concepções ao longo dos anos, chegando ao entendimento atual de que o vínculo afetivo construído em torno dessas relações deve ser respeitado e conservado.

A aceitação amplificada a esse tipo de conduta simboliza uma representativa adaptação do sistema jurídico, e para embasar suas decisões, os magistrados têm se valido dentre outras fontes, dos princípios, sendo que merece solene destaque, o Princípio da Afetividade.

É importante reconhecer o avanço que mostra não só a capacidade de ajuste do sistema quando necessário como também a preocupação com o melhor interesse da criança, que hoje passa a ser o foco das causas.

Nesse estudo far-se-á uso de métodos científicos para melhor compreensão do tema, utilizando o método dedutivo, na medida em que será observado o posicionamento do Judiciário, até o momento atual, como a premissa maior para se obter a conclusão das situações a serem analisadas.

A pesquisa doutrinária foi a fonte escolhida, na qual foram utilizados livros, artigos e textos eletrônicos, bem como análise à jurisprudência de

diferentes Tribunais brasileiros, além da apreciação de princípios, bem como à Constituição Federal, Lei Nacional de Adoção (Lei nº 12.010/2009) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990).

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO DE ADOÇÃO

A adoção pode ser considerada como um dos mais antigos institutos a que se tem notícia e vem se reafirmando com o tempo, através de novas concepções sociológicas, modificando sua finalidade ao longo dos anos.

Para Beviláqua^[2], (1905, *apud* SILVA, 2015, p.7) “nasceu esta instituição da necessidade de ser mantido o culto doméstico”, e de fato ao se analisar a adoção no decorrer história, percebe-se a sua total predominância ao melhor interesse do adotante, seja por esse apresentar alguma esterilidade, ou por outro motivo o qual não lhe permitia ter alguém para dar prosseguimento à sua geração.

Segundo análise de Pereira^[3] (2014, p. 447), a imprescindibilidade de dar continuidade à família, baseado em uma concepção de cunho religioso, com intuito de assegurar um continuador do culto doméstico e a perpetuação do nome àqueles que não possuíssem descendentes, levou os povos antigos a conceber situações jurídicas especiais, sendo a adoção uma das mais difundidas.

Através de estudos, constatou-se que a adoção está presente desde a mais remota Antiguidade, tendo como berço a Índia, sendo transmitida, assim como as crenças religiosas, aos egípcios, persas, hebreus e, posteriormente, aos gregos e romanos.

A Bíblia nos dá notícia de sua aplicação pelos hebreus em dois exemplos notórios: a adoção de Moisés, pela filha do Faraó, no Egito, e a história de Ester, filha adotiva que se tornou rainha, conforme se extrai do Velho Testamento.

Por sua vez, o Código de Hamurabi (1728/1686 ac.), na Babilônia, disciplinava a adoção em seu Capítulo XI, intitulado de “adoção, ofensa aos genitores. Substituição; dos recém-nascidos. (parágrafos 185 a 195)”. A seguir algumas normas extraídas do referido compilado:

185. Se um homem adotar uma criança e der seu nome a ela como filho, criando-o, este filho crescido

não poderá ser reclamado por outrem. 186. Se um homem adotar uma criança e esta criança ferir seu pai ou mãe adotivos, então esta criança adotada deverá ser devolvida à casa de seu pai (...). 190. Se um homem não sustentar a criança que adotou como filho e criá-lo com outras crianças, então o filho adotivo pode retornar à casa de seu pai. 191. Se um homem, que tenha adotado e criado um filho, fundado um lar e tido filhos, desejar desistir de seu filho adotivo, este filho não deve simplesmente desistir de seus direitos. Seu pai adotivo deve dar-lhe parte da legítima, e só então o filho adotivo poderá partir, se quiser. Ele não deve dar, porém, campo, jardim ou casa a este filho.

Na Roma Antiga, era exigida a idade mínima de 60 anos para o adotante e vedada a adoção aos que já tivessem filhos naturais. O instituto chegou a ser usado pelos imperadores para designar seus sucessores. Depois, perdeu o caráter de natureza pública, limitando-se a ser uma forma de “consolo” para os casais estéreis.

Na Idade Média, em parte por influência da Igreja, a adoção acabou caindo em desuso. Foi “ressuscitada” somente após a Revolução Francesa, por meio do Código Napoleônico (1804), que a incluiu em seu corpo no “*Titre VIII*”, intitulado de “*De L’adoption Et de La Tutelle Officieuse*” sendo entendido como ato jurídico capaz de estabelecer o parentesco civil entre duas pessoas.

Até 1851, porém, na maioria dos países ocidentais as crianças mudavam de família por meio do tradicional sistema de lares adotivos, que muitas nações modernas ainda utilizam. Crianças e adolescentes entre 7 e 21 anos podiam ser temporária e informalmente enviados para outros lares, mas permaneciam legalmente ligados às famílias originais.

Em geral, desempenhavam tarefas de aprendizes, trabalhadores domésticos, mensageiros, governantas, pajens, damas de companhia etc., em troca de abrigo e, às vezes, da chance de educação. Se uma família

passava por dificuldades, os filhos podiam ser deixados temporariamente em orfanatos, onde tinham maiores chances de receber cuidados, alimentação e estudos enquanto a família biológica tentava se reerguer. Isso, porém, não lhes dava a condição de serem adotados por alguém.

No Brasil, o Código Civil de 1916 deu ao instituto uma restrita possibilidade de utilização, refletindo a cultura dominante no início do século passado.

No entanto a Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957, alterou a primitiva redação do Código Civilista, mais precisamente dos artigos 368, 369, 372, 374 e 377, aprovando simbólicas mudanças, como por exemplo, a redução da idade mínima para adotar de 50 para 30 anos, e baixando o limite mínimo de diferença de idade entre adotantes e adotados de 18 para 16 anos. Além da redução da idade, a Lei nº 3.133/57 conferiu ainda, aos casados há mais de cinco anos, com ou sem filhos, a possibilidade de adotar.

Em 1965, com o advento da Lei n. 4.665, de 2 de julho, surge a legitimação adotiva, marco no ordenamento brasileiro. Por conseguinte, tem-se ainda a aprovação em 1979 da Lei nº. 6.697, que estabelece o Código Brasileiro de Menores.

Atualmente a legislação vigente que se debruça sobre esse assunto é a Constituição Federal; Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA; Código Civil Brasileiro; e, Lei nº. 9.656/98.

2. ADOÇÃO À BRASILEIRA À LUZ DA DOCTRINA

A Adoção à Brasileira tem sido objeto de atenção não apenas por suas particularidades, mas também, pela forma como o Judiciário Brasileiro tem se fundamentado para justificar a aceitação de tal prática. É interessante, por precípua, conceituar a modalidade, conforme a visão de diferentes estudiosos.

O juiz federal Márcio André Cavalcante^[4] assim se refere:

Adoção à brasileira ou ‘adoção à moda brasileira’
ocorre quando o homem e/ou a mulher declara, para

fins de registro civil, o menor como sendo seu filho biológico sem que isso seja verdade” (2012, p. 1).

Aduz o Ministro Massami Uyeda^[5]:

[...] adoção à brasileira, ocasião em que alguém, sem observar o regular procedimento de adoção imposto pela Lei Civil e, eventualmente assumindo o risco de responder criminalmente pelo ato (artigo 242 do Código Penal), apenas registra o infante como filho.

Ainda sobre a matéria, leciona Paulo Lôbo^[6]:

Dá-se com a declaração falsa e consciente de paternidade e maternidade [...] sem observância das exigências legais para adoção. O declarante ou os declarantes são movidos por intuito generoso e elevado de integrar a criança à sua família, como se a tivessem gerado. Contrariamente á lei, a sociedade não repele tal conduta. A ‘adoção à brasileira’, fundada no ‘crime nobre’ da falsificação do registro de nascimento, é um fato social amplamente aprovado, por suas razões solidárias [...].(2012. p. 250.).

A par de tais elucidações, é oportuno relatar que o Superior Tribunal de Justiça anteriormente foi adepto da posição em que era considerado irrevogável o conhecimento da paternidade, salvo se o fosse feito, mediante erro, dolo, coação, simulação ou fraude, ou seja, a pessoa que registra como se seu o fosse, filho de outrem, sofreria as consequências do âmbito civil, a saber, a anulação do registro de nascimento, bem como as consequências de natureza penais, visto que o Código Penal, em seu artigo 242, define tal prática como tipo penal e passível à pena de reclusão.

Todavia, o direito foi feito pelo homem e para o homem, não o oposto, compreendendo isso, cabe ao Judiciário reconhecer e acompanhar as mudanças sociais que foram ocorrendo ao longo dos tempos, atribuindo a elas a devida atualização jurídica.

Uma das grandes mudanças perceptíveis foi justamente a forma como as variadas relações passaram a ser vistas, sendo prova disso, a nova abordagem com que os magistrados começaram a analisar a adoção à brasileira.

O já mencionado artigo 242, do Código Penal, em seu parágrafo único, dispõe que “se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena”.

Por meio da expressão “por motivo de reconhecida nobreza”, que até então era uma lacuna, os juízes, diante dos casos *sub examine*, passaram a assentir que se o reconhecimento do filho alheio possuir causas como o bem-estar da criança ligado principalmente ao vínculo afetivo construído, ou garantia de um futuro melhor para o menor, então o registro teria como fundamento uma causa nobre podendo não estar sujeito à pena alguma.

Perante isso, a maior inovação no que se refere ao assunto está na adaptação desta “isenção de consequências” no âmbito penal para o âmbito civil, ou seja, a conservação do registro mesmo que nele conste o nome de alguém que se saiba não ser o pai. Seria, então, uma espécie de adoção.

Nesse sentido, seguindo lição de Dias^[7]:

Há uma prática disseminada no Brasil – daí o nome eleito pela jurisprudência - de o companheiro da mulher perfilhar o filho dela, simplesmente registrando a criança como se fosse seu descendente. Ainda que este agir constitua crime contra o estado de filiação (CP, 242), não tem havido condenações, pela motivação afetiva que envolve essa forma de agir. Em muitos casos, rompido o vínculo afetivo do casal, ante a obrigatoriedade de arcar com alimentos a favor do filho, o pai busca a desconstituição do registro por meio de ação

anulatória ou negatória de paternidade. A jurisprudência, reconhecendo a voluntariedade do ato, praticado de modo espontâneo, por meio da 'adoção à brasileira', passou a não admitir a anulação do registro de nascimento, considerando-o irreversível. Não tendo havido vício de vontade, não cabe a anulação, sob o fundamento de que a lei não autoriza a ninguém vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento (CC, art. 1604). (2010, p. 489.)

Por conseguinte será analisado esmiuçadamente o avanço do sistema jurídico em apresentar uma nova visão ao julgar os casos dessa modalidade adotiva e principalmente a preocupação com os interesses da criança, que no presente passa a ser o foco de causas como a da Adoção à Brasileira.

3. A SOCIOAFETIVIDADE NO DIREITO MODERNO BRASILEIRO

Nos últimos anos, o conceito de família vem se modificando. A verdade biológica que outrora preponderava nas relações familiares, atualmente está perdendo destaque.

Durante muito tempo, restringiu-se o reconhecimento de relações parentais apenas aos vínculos biológicos ou registrais. Entretanto, a crescente admissão do elo socioafetivo como elemento hábil para a formação de um vínculo parental alterou esse cenário.

A par disso, os tipos de família presentes no artigo 226, da Carta Magna, hoje dividem espaço com diversas ramificações advindas do atual contexto de amplificação familiar, para citar algumas: Família Eudemonista, Família Paralela, Família Mosaico, Família Socioafetiva, Família Poliafetiva, Família Multiparental, entre várias outras.

Assim, percebe-se que a redefinição do próprio sentido de parentalidade vem sendo assimilada gradativamente pelo direito de família brasileiro.

Todavia, diante da falta de disposições legais, o operador jurídico deverá se valer, dentre outras fontes, dos princípios para solucionar a questão da socioafetividade no Direito Brasileiro, os quais se destacam: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o Princípio da Igualdade, o Princípio da Solidariedade familiar, o Princípio da Liberdade, o Princípio do Melhor Interesse da criança e do adolescente, e o Princípio da Afetividade.

Preliminarmente, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal, assegurando assim, que todo indivíduo conheça sua verdade biológica.

O Princípio da Igualdade Jurídica entre os filhos encontra sua base no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, combinado com o artigo 1.596, do Código Civil. Com isso, atualmente não há qualquer discriminação sobre filhos, ignorando sua origem, o que revela o novo suporte fático das relações familiares: a afetividade.

O Princípio da Solidariedade familiar, ganha sua máxima no tema em estudo, tendo em vista que a filiação socioafetiva representa um grau elevadíssimo de respeito e solidariedade para com o outro sendo “a superação do individualismo jurídico pela função social dos direitos”. (LÔBO, 2013, p.1).

Ainda baseando-se no entendimento do supra-autor^[8]:

O princípio da solidariedade incide permanentemente sobre a família, impondo deveres a ela enquanto ente coletivo e a cada um de seus membros, individualmente. Ao mesmo tempo, estabelece diretriz ao legislador, para que o densifique nas normas infraconstitucionais e para que estas não o violem; ao julgador, para que interprete as normas jurídicas e solucione os conflitos familiares contemplando as interferências profundamente

humanas e sentimentais que encerram. (LÔBO, 2013, p.1).

O Princípio da Liberdade está presente no artigo 1.513, do Código Civil, onde é defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Tal princípio possui total ligação com o princípio da autonomia privada, que diz respeito à liberdade do particular em escolher e auto regulamentar sua própria vida, fazendo as suas escolhas conforme melhor lhe convém (com quem se relacionar, com quem se casar, quem adotar), sendo que o Estado não pode intervir de maneira coativa nessas relações familiares.

Porém, é importante ressaltar que mesmo não intervindo coativamente, é papel do Estado desempenhar políticas públicas para incentivar o próprio controle familiar.

O melhor interesse da criança e do adolescente é um princípio explicitado no *caput*, do artigo 227, da Constituição Federal e também condizente com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º. 069/1990), o qual regulamenta a proteção do menor, e de forma implícita, está presente em dois dispositivos do Código Civil, a saber, artigos 1583 e 1584.

Tais artigos tratam acerca da guarda da criança em casos de dissolução conjugal, onde será observado qual responsável tem melhores condições para exercê-la e, para isso, o juiz avaliará o fator econômico e psicossocial, sempre em busca das circunstâncias mais favoráveis para proporcionar o bem estar da criança e do adolescente.

Por fim, apresenta-se o Princípio da Afetividade, o qual sem dúvida foi um dos grandes contribuintes na construção de uma nova visão no âmbito familiar, implantando a concepção da família de acordo com o meio social.

A prevalência do afeto está gerando vastas alterações nas formas de se pensar a família brasileira. As pessoas atualmente se unem muito mais por meio dele do que por qualquer outro laço, seja biológico,

econômico, reprodutivo ou outro vínculo diverso. Conseqüentemente, o elo socioafetivo passou a ser merecedor de eminência para o Direito.

Por não estar implícito no Código Civil Brasileiro, o reconhecimento jurídico das relações de socioafetividade como suficiente vínculo parental, está ligado veemente às jurisprudências, obtendo cada vez menos resistência em grande parte dos nossos tribunais.

Em tal ponto, o Superior Tribunal de Justiça desempenha papel precípuo, por afirmar que “ao afeto vem se atribuindo valor jurídico e a dimensão socioafetiva ganha espaço na doutrina e na jurisprudência em detrimento das relações de consanguinidade.” e principalmente reconhecendo a adoção à brasileira como expressão máxima da socioafetividade, conforme se vê da lição jurisprudencial (STJ, Habeas Corpus nº 250.203 SP, Relator. Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, Julgado em 07 Ago.2012).

Limitar a filiação, a tão somente o vínculo biológico, é restringir as variadas manifestações de carinho, amor e cuidado que se pode encontrar em uma relação familiar.

Em uma sociedade que está se tornando cada vez mais egoísta e particular, o Judiciário Brasileiro tem andando em objeção a isso, ao reconhecer que o conceito de verdadeiras mães e pais não está restritamente ligado ao liame genético, contemplando assim a verdade afetiva, pois afinal não será uma decisão judicial tampouco um exame que tornará alguém, de fato, pai ou mãe.

Por fim, oportunamente cabe ainda citar uma máxima popular que em poucas palavras resume o sentido de todo esse estudo, “pai é quem cria e não quem gera”.

4. FORMAS DE LEGITIMAÇÃO DA ADOÇÃO À BRASILEIRA

A Constituição de 1988, em seu artigo 266, inovou ao ampliar o conceito de família, protegendo de forma igualitária, todos os seus membros. Nas palavras de Dias^[9]:

Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu igual proteção à família constituída pelo casamento, bem como a união estável entre o homem e a mulher e á comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não fora do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes mesmos direitos e qualificações. Essas profundas modificações acabaram derogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico. (2011, p. 31).

A nova concepção familiar trazida pela Carta Magna atingiu também a forma como o instituto da adoção passou a ser tratada.

A Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e posteriormente com a inclusão da Lei nº 12. 010/09 (Lei da Adoção), a prioridade pelo melhor interesse e qualidade de vida da criança foram determinados como propósitos da adoção no Brasil.

Desde 2008 existe o Cadastro Nacional de Adoção, criado pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça, que permite uma maior facilidade na condução dos processos de adoção em todo país. Para ser um futuro adotante, é necessário estar devidamente inscrito neste cadastro.

Porém, a prática de adoção à brasileira, consiste em justamente burlar todo esse processo. A conduta, como já visto nesse estudo, inclusive, é tipificada no Código Penal, em seu artigo 242, *in verbis*:

Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; **registrar como seu o filho de outrem**; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Todavia, a ilegalidade de não estar regularmente inscrito no cadastro nacional e ainda pleitear adoção, não é absoluta. O artigo 50, § 13, da Lei 8.069/90 elenca algumas exceções, a saber:

§ 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:

I - se tratar de pedido de adoção unilateral;

II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;

III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

No âmbito dos julgamentos a respeito do tema é visto que os nobres magistrados aderem seu embasamento de acordo com o melhor interesse do menor, tendo em vista o vínculo afetivo criado entre as crianças e seus pais adotantes em todo o seu período de convívio.

(...) A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no

referido registro; (...). (STJ - REsp 1172067/MG RECURSO ESPECIAL 2009/0052962-4, Relator (a) Ministro MASSAMI UYEDA - Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 18/03/2010 - Data da Publicação/Fonte DJe 14/04/2010).

A partir disso, percebe-se que o deferimento ou não do pedido de adoção quando caracterizada à moda brasileira, tem seguido leitura feita a partir de outro dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual possui interpretação semelhante ao que é disposto no parágrafo único do artigo 242, do Código Penal, que aborda justamente a ausência de ilicitude no crime constante em seu *caput*, Para uma melhor visualização confira-se referida norma inscrita no ECA: “Art. 43. Adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.”.

Assim, tem-se como “motivos legítimos” justamente o forte vínculo socioafetivo construído na relação, sendo sua ruptura um abalo emocional devastador na vida da criança. Não cabe, portanto, à adotada sofrer as penalidades advindas de uma eventual separação; seria o equivalente à castigá-la injustamente por um crime o qual não escolheu cometer.

4.1. AÇÕES CABÍVEIS NESSA MODALIDADE DE ADOÇÃO

É possível analisar a questão de maneira mais aprofundada trazendo à baila duas vertentes muito comuns:

1. Ação negatória de paternidade e de nulidade do registro proposta pelo pai registral.

Para uma análise inicial sobre o tema, é interessante atentar-se à seguinte indagação, de Max Kopper^[10]:

Freqüentemente, os operadores do direito deparam-se com a seguinte situação fática: certo homem, ao ser demandado para fornecer alimentos a determinada criança que ele reconheceu como filha, opõe-se ao respectivo pagamento sob o argumento

de não ser seu genitor biológico. Proposta por tal homem ação de anulação/cancelamento/desconstituição do registro de nascimento da criança, indaga-se: basta, para autorizar-se o processamento do feito e para julgar-se procedente o pedido deduzido, a arguição e comprovação da inexistência de vínculo genético entre o homem e a criança [...]?. (KOPPER, 1998, p.15).

Tendo em vista que à época do fato, o pai adotante era ciente das consequências de seus atos, e ainda assim, o ultimou, não é condizente após certo período de tempo, o mesmo vir a juízo pleitear a sua anulação registral depois de formado o vínculo afetivo em torno da relação.

Mesmo com a irregularidade inicial em torno deste processo de adoção, analisar “friamente” a situação como essa que foi proposta, seria o mesmo que condenar a criança ou adolescente por um crime em que foi vítima, sendo que, a rápida ruptura de um vínculo construído por anos, além de uma futura mudança familiar, abalaria de maneira inimaginável o psicológico deste jovem indivíduo.

A partir disso, é possível ver uma preocupação dos magistrados brasileiros em analisar cada caso com a devida cautela. Atente-se ao trecho do voto condutor do desembargador Alzir Felipe Schmitz^[11]:

[...] Se tomado pela via real da ilegalidade, da ‘adoção à brasileira’, pensamos que a criança pagará um alto valor, pois possivelmente tomará o percurso de retirada desse casal – instituição – novo casal. [...] na busca de evitar tais riscos que seriam imensamente prejudiciais para o presente e repercutirão no futuro da criança, na possibilidade de não conseguir ou de não ter ajuda para ressimbolizar essas fraturas dos laços primeiros de inscrições internas, acredito que o risco menor seria o de permanecer com o casal a qual já está inserida e

inscrita como filha. Se for um erro essa idéia aos olhos da Lei, sem dúvida é a escolha de preferir o 'erro' ao abandono.

A nobre Corte já solidificou seu entendimento acerca do tema em debate:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO CIVIL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO GENÉRICA - RECURSO ESPECIAL, NO PONTO, DEFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO - APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 284/STF - ADOÇÃO À BRASILEIRA - PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA - IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE DE DESFAZIMENTO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. [...] 2. **Em se tratando de adoção à brasileira, a melhor solução consiste em só permitir que o pai-adoptante busque a nulidade do registro de nascimento, quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de sócio-afetividade com o adotado.** 3. Recurso especial improvido.(STJ - REsp: 1088157 PB 2008/0199564-3, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 23/06/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, DJe 04/08/2009).

É visível que a relação socioafetiva deve ser considerada como uma das novas manifestações familiares, instituídas por meio daquilo que o direito brasileiro tem visto como norteador das relações: o afeto.

Diante disso, é concluso que o vínculo sanguíneo tornou-se secundário, perdendo seu espaço como principal motivador na determinação da paternidade. Trata-se do fenômeno doutrinariamente conhecido como a “desbiologização da paternidade”, a qual leva em consideração o fato de a paternidade e a maternidade estarem mais

estritamente ligados à convivência familiar do que ao mero vínculo biológico.

Passa-se agora a outra vertente a ser analisada em torno da adoção à moda brasileira:

2. Filho decide ajuizar ação de investigação de paternidade e de nulidade do registro.

A ação investigatória de paternidade se faz presente na busca pela verdade biológica. O direito da pessoa ao reconhecimento de sua ancestralidade e origem genética está inserido nos atributos da própria personalidade, sendo assim, personalíssimo, indisponível e imprescritível.

Encontra-se respaldada no Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade de o filho buscar esse direito mesmo se já constar em seu assento de registro uma filiação paternal. Confira-se:

Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade e maternidade. Vínculo biológico. Vínculo sócio-afetivo. Peculiaridades. - A adoção à brasileira”, inserida no contexto de filiação sócio-afetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor. - **O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros.** - O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República

Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal. - Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica. - A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registrais, apenas sanada, na hipótese, quando aquela já contava com 50 anos de idade. Não se pode, portanto, corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante, como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de afeto. - **Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar “adotivo” e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico.** - Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões. Recurso especial provido.(STJ - REsp: 833712 RS 2006/0070609-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 17/05/2007, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 04/06/2007).

Como depreendido, do supra julgado, mesmo com a presença de uma filiação socioafetiva desenvolvida com o pai registral, o direito do filho de ver reconhecida a sua filiação biológica não é afastado, caso assim não o fosse, significaria impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia.

Mesmo absorvendo a ideia que o estado de filiação é mais que simplesmente uma doação genética, sendo o cuidado e status de filho perante a sociedade que qualificam quem é de verdade pai e mãe, não cabe ao Judiciário impedir o interessado em ter acesso à parte de sua história que lhe foi dispersa, consubstanciada na oportunidade de conhecer seus genitores biológicos, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana.

5. ANÁLISE DO CASO CONCRETO

O Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2009, analisou a temática da adoção à brasileira sob o vínculo socioafetivo. Tratava-se do Recurso Especial nº 1.088.157/PB[12] que teve como relator o Ministro Massami Uyeda.

No caso *sub examine*, tem-se que a recorrente após a morte de seu marido, ajuizou ação pleiteando a declaração de nulidade do registro civil de sua enteada, então recorrida, a qual foi registrada no ano de 1965. Em suma foram alegadas as seguintes teses recursais:

- a) O *de cujus* em vida manifestou de forma evidente seu arrependimento em ter declarado a recorrida como sua filha;
- b) O registro civil de nascimento da então recorrida da ação é nulo porquanto foi levado a efeito mediante declaração falsa de paternidade, fato este que o impede de ser convalidado pelo transcurso de tempo.

Diante de tais alegações, cabe agora analisar a posição da Suprema Corte a respeito da problemática, o qual contribui substancialmente no debate acerca do aspecto socioafetivo no direito brasileiro.

Em relação ao primeiro argumento trazido aos autos pela recorrente, o Ministro Massami Uyeda no teor de seu voto sustentou que a via eleita, a saber, o recurso especial não tem como objetivo rediscutir a base fática que originou o então acórdão, mas sim, se presta a definir a interpretação da lei federal, respeitando o disposto na Súmula nº 07, do STJ, “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Após tais elucidações, permaneceu o entendimento feito pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraíba, ao julgar a problemática, via recurso de apelação. Transcrevam-se os fundamentos do E. Tribunal, *in verbis*:

Sendo assim, quando inexistir vontade ou mera aparência deste, não há sequer negócio jurídico, fato este que prejudica até mesmo a verificação dos elementos essenciais do ato jurídico, visto que o ato não foi criado. Analisando os autos, não há prova que ateste a vontade do 'de cujus' em proceder à desconstituição da adoção, pelo contrário, diante do lapso temporal de mais de 35 anos sem efetuar tal ato e dos depoimentos testemunhais, infere-se que o adotante não possuía nenhuma intenção de extinguir a adoção. (REsp nº1. 088.157/PB, p. 4).

Passa-se agora à análise da segunda tese articulada, que tem como cerne saber se o decurso de tempo tem ou não o condão de convalidar o registro civil dentro de um contexto em que, na origem, foi realizada sem a devida observância dos requisitos legais.

Inicialmente, esclareceu o Ministro Relator, que a hipótese retratada, *in casu*, configura aquilo que a doutrina nomeou de adoção à brasileira, ocasião em que alguém, sem observar o regular procedimento de adoção imposto pela Lei Civil e, eventualmente assumindo o risco de responder criminalmente pelo ato (art. [242](#), do [CP](#)), apenas registra o infante como filho. Acrescenta ainda:

[...] quem adota à moda brasileira não labora em equívoco, ao revés, tem pleno conhecimento das

circunstâncias que gravitam em torno de seu gesto e, ainda assim, ultima o ato. Nestas circunstâncias, nem mesmo o pai, por arrependimento posterior, pode se valer de eventual ação anulatória postulando desconstituir o registro, afinal *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. (REsp nº1.088.157/PB, p. 6)

Continuando suas explanações, o Relator brilhantemente elucida aquilo que já foi objeto de análise nesse estudo: os valores que estão em rota de colisão na abordagem da adoção à brasileira quais sejam, a ilegalidade deste gênero adotivo bem como a sua repercussão na formação e desenvolvimento do adotado.

Diante disso, assim direcionou:

[...] A família, nos tempos modernos, não se perfaz apenas por aquelas pessoas com as quais se têm ligações biológicas, senão também com aquelas outras pelas quais se mantêm um elo de afetividade. [...] Com essas ponderações, em se tratando de adoção à brasileira, a melhor solução consiste em só permitir que o pai-adotante busque a nulidade do registro de nascimento, quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de sócio-afetividade com o adotado. Após formado o liame sócio-afetivo, não poderá o pai-adotante desconstruir a posse do estado de filho que já foi confirmada pelo véu da paternidade sócio-afetiva. (REsp nº1.088.157/PB, p. 5).

Por meio dessa análise concreta é mais do que visível o importante papel que os operadores do Direito desempenham na sociedade. Ao se exercer a função jurisdicional, o lado social, educacional e principalmente humano e afetivo jamais devem ser esquecidos, em particular, quando se trata das relações abrangentes ao Direito de família.

Maria Berenice Dias^[13] (2009) defende a “sensibilidade da justiça”, sobretudo no âmbito adotivo. O Judiciário ao prestar seu serviço não pode colocar percalços no caminho daqueles que pretendem de alguma forma contribuir para o sadio desenvolvimento de uma criança que outrora foi abandonada.

É de máxima importância posicionamentos como esse retro analisado da Suprema Corte, uma vez que não cabe à justiça brasileira tapar os olhos diante das mudanças que ocorrem diariamente na sociedade.

A fossilização do Direito em nada contribui para a transformação de um país que tem, com o passar dos anos, destruído, de forma ainda lenta, os dogmas e preconceitos que ainda existiam em torno das mais variadas relações. A consagração e defesa do afeto como sendo um dos principais elementos em torno das relações é um importante passo rumo à verdadeira democratização do Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar a adoção em sua perspectiva histórica percebe-se, por precípua, apenas a vontade de dar filhos a quem não os tinha, sendo inclusive uma forma de “consolo” aos pais estéreis durante a Roma Antiga. O vínculo afetivo não tinha relevância jurídica alguma, sendo evidente a ausência de caráter assistencialista.

As primeiras normas formais da adoção entraram em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, com o Código Civil de 1916, as quais eram provenientes de uma sociedade patrimonialista, cultura dominante no início do século passado.

Contudo, a partir do advento do Código Civilista de 2002, o qual reiterou os princípios da Carta Magna de 1988, a saber, isonomia entre os filhos e dignidade da pessoa humana; do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei Nacional de Adoção, os interesses das crianças passaram a ser os principais protegidos pelo Estado.

O bem-estar da criança bem como sua estabilidade familiar ganhou maior importância dentro do Direito, importância essa que se refletiu no sistema atual de adoção. Com isso, a adoção deixou de ser analisada apenas sob o prisma dos adotantes, passando a ter um caráter primeiramente humanitário, garantindo a oportunidade do adotando ter de fato um sadio convívio familiar.

O fruto dessa pesquisa foi justamente trazer à baila as novas concepções presentes no campo jurídico brasileiro em que há um reconhecimento da família e suas variadas ramificações, como sendo um grupo social fundado essencialmente nos laços do afeto, tendo o princípio da socioafetividade como norteador das decisões referentes ao Direito Familiar, em especial a adoção à brasileira.

Como resultado, essa modalidade adotiva, dentro desse contexto de “desbiologização” da paternidade, começou a receber um tratamento mais complacente por parte do Judiciário, o que reflete uma importante flexibilização da justiça brasileira, indo de encontro às mudanças vistas na sociedade para com isso alcançar de fato a finalidade do Direito, como ciência social e humana.

REFERÊNCIAS

BEVILAQUA, Clovis. Direito de Família. 2.ed. Recife: Ramiro M. Costa & Filhos, 1905. p. 484.

BRASIL. Constituição da República, de 05 de outubro de 1988. Disponível em:<

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.> Acesso em: 25 jan 2018.

CAVALCANTE, Márcio André. Adoção à brasileira e a (im)possibilidade de anulação do registro segundo o STJ. Disponível em: <https://marciocavalcante2.jusbrasil.com.br/artigos/121942721/adocao-a-brasileira-e-a-im-possibilidade-de-anulacao-do-registro-segundo-o-stj>.> Acesso em: 25.jan.2018.

DIAS, Maria Berenice. Adoção e a espera do amor. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 01 jan. 2009. Disponível em: http://mariaberenice.com.br/uploads/1_-_ado%27E3o_e_a_espera_do_amor.pdf.> Acesso em: 28.fev.2016.

_____. Manual de Direito das Famílias. 6ª Ed. São Paulo: RT, 2010. Pág. 489.

_____. Manual de Direito de Família, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KOPPER, Max Guerra. Adoção à brasileira—existência. Efeitos e desconstituição. Revista de Doutrina e Jurisprudência, v. 58, set/dez, 1998, p.15.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. São Paulo: Saraiva, 4º ed., 2012. p. 250.

_____. [Princípio da solidariedade familiar](#). Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3759, 16 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25364/principio-da-solidariedade-familiar>>. Acesso em: 25.jan.2018.

PEREIRA. Caio Mário da Silva. Direito de Família. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.v.5. p.447.

SILVA. Larissa dos Reis. ADOÇÃO INTUITU PERSONAE À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. Disponível em:<http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7040/1/21046707.pdf>. Acesso em: 20.jan.2018.

NOTAS:

[1] Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>> Acesso em 25.jan.2018.

[2] Beviláqua, 1905, *apud* SILVA, 2015, p.7

[3] PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Direito de Família**. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.v.5. p.447.

[4] CAVALCANTE, Márcio André. **Adoção à brasileira e a (im)possibilidade de anulação do registro segundo o STJ.** Disponível em <<https://marciocavalcante2.jusbrasil.com.br/artigos/121942721/adocao-a-brasileira-e-a-im-possibilidade-de-anulacao-do-registro-segundo-o-stj>>

Acesso em: 25.jan.2018.

[5] STJ - REsp: 1088157 PB 2008/0199564-3, Relator: Ministro Massami Uyeda, Data de Julgamento: 23/06/2009, T3 – Terceira Turma, DJe 04/08/2009.

[6] LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** São Paulo: Saraiva, 4º ed., 2012. p. 250.

[7] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 6ª Ed. São Paulo: RT, 2010. Pág. 489.

[8] LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3759, 16 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25364/principio-da-solidariedade-familiar>>. Acesso em 25.jan.2018.

[9] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família,** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

[10] KOPPER, Max Guerra. **Adoção à brasileira—existência. Efeitos e desconstituição.** Revista de Doutrina e Jurisprudência, v. 58, set/dez, 1998, p.15.

[11] TJ-RS, Apelação Cível nº 70063269963, Oitava Câmara Cível, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 21/05/2015.

[12] Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5359617&num_registro=200801995643&data=20090804&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 21.jan.2018.

[13] DIAS, Maria Berenice. **Adoção e a espera do amor.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 01 jan. 2009. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/uploads/1_ado%20e%20a%20espera%20do%20amor.pdf>. Acesso em: 25.jan.2018.

ANÁLISE DAS POLÍTICAS EDUCACIONAL PARA O ENSINO BÁSICO DO GOVERNO LULA E PROPOSTAS DE INTERVENÇÃO

FÁBIO MATTOS LEAL DIAS: Estudante de graduação pela Universidade de Brasília - UNB

Resumo: O texto, a fim de analisar criticamente as políticas educacionais para o ensino básico estabelecidas no governo Lula, identifica como principais pilares dessa o Índice de Desenvolvimento do Ensino Básico (Ideb) e o Plano de Metas Todos Pela Educação. É constatada, então, a influência das teorias de ciclos escolares no plano e comentada a sua eficiência de acordo com análise da tabela de rendimento disponibilizada pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) e dos argumentos apresentados pelo Prof. Libâneo. São ainda utilizadas as noções de fatores internos e externos da educação apresentadas pelo mesmo pesquisador para classificar as ações governamentais em estudo. Por fim, são apresentadas e analisadas, segundo os mesmos conceitos de aspectos internos e externos, propostas de políticas educacionais que poderiam ser aplicadas no país.

Palavras-chave: Política educacional, governo Lula, Ideb, Plano de Metas Todos Pela Educação, educação.

Sumário: 1 – Introdução 2 – Política educacional do governo Lula e os fatores internos e externos da educação 3 – Propostas para a educação brasileira 4 – Conclusão 5 – Referências.

1. INTRODUÇÃO

A educação é historicamente reconhecida como um importante mecanismo de ascensão social e desenvolvimento econômico e cultural de uma nação. Por décadas, portanto, buscam-se, pelos diversos países do globo, sistemas que garantam a educação ampla e de qualidade para suas populações.

Um claro exemplo é o explicitado por T. A. Marshall. Para o autor, que desenvolveu a noção das diferentes dimensões de cidadania – civil, política e social – a educação é, embora classificada como direito social,

historicamente um “pré-requisito para a expansão dos outros direitos” (CARVALHO, 2012, p.11). O pensador afirma que, assim como ocorreu na Inglaterra, a educação popular possibilita aos cidadãos ter consciência de seus direitos, levando-os a lutar por eles e, conseqüentemente a um desenvolvimento mais rápido da cidadania (CARAVLHO, 2012).

No Brasil, a busca pela educação popular também ocorreu, assim como ainda ocorre. Diversos modelos e propostas de reformulações foram realizadas durante as décadas procurando ampliar o alcance da educação básica, bem como sua qualidade. No século XXI, com a ascensão do governo Lula ao poder, mais uma vez perseguiu-se tal meta. Para tanto foi aplicada uma nova política educacional.

Serão analisados neste trabalho, portanto, dois pilares da referida política para o desenvolvimento do ensino básico no país: o Plano de Metas Todos Pela Educação e o Índice de Desenvolvimento do Ensino Básico (Ideb). O ensaio pretende questionar a eficiência de tais programas adotados. Para tanto basear-me-ei principalmente nos conceitos – nem divergentes, nem convergentes, mas complementares – apresentados pelos artigos *Trajatória e desafios dos ciclos escolares no País* de Elba Siqueira de Sá Barreto e Eleny Mitrulis e *Alguns aspectos da política educacional do governo Lula e sua repercussão no funcionamento das escolas* de José Carlos Libâneo. Será realizada complementarmente, também, uma análise bibliográfica em demais fontes de informação para melhor embasar o estudo.

Por fim, utilizando as mesmas obras, serão analisadas e propostas diversas políticas educacionais. Tais proposições serão feitas com base no artigo *A Evolução Recente e Propostas para a Melhoria da Educação no Brasil* de Fernando Veloso.

2. Política educacional do governo Lula e os fatores internos e externos da educação

O professor José Carlos Libâneo apresenta um modo de analisar as políticas educacionais de forma bastante pertinente. O docente adota duas premissas básicas. A primeira é que os aspectos pedagógico-didáticos –

aquilo que acontece realmente na sala de aula e na escola – são o que de fato definem o sucesso do ensino e da aprendizagem do aluno (LIBÂNEO, 2008). A segunda é a definição de “especificidade da educação”. Qual seja:

Uma prática social concretizada numa atuação efetiva na formação e desenvolvimento de seres humanos, em condições socioculturais e institucionais concretas, implicando práticas e procedimentos peculiares, visando mudanças qualitativas na sua aprendizagem escolar e na sua personalidade (LIBÂNEO, 2008, p.169).

A partir desses aspectos é definida a existência de dois tipos de análise dos problemas educacionais. A análise externa e a interna. Esta visa a análise das metodologias de ensino e questões internas à escola, tenta compreender a escola por dentro, sem ignorar o contexto em que está inserida. Aquela “analisa as questões de fora para dentro” (LIBÂNEO, 2008, p.169), ou seja, enxerga a educação pelos aspectos econômicos, sociais e políticos, entre outros que influenciam o funcionamento das instituições de ensino. Para uma política educacional ser efetiva é necessário que haja a junção de ambas as formas (LIBÂNEO, 2008). A partir de tais noções serão agora analisados o Ideb e o Plano de Metas Todos Pela Educação. Deve-se anteriormente, contudo, explicar a escolha desses pontos.

No artigo *As políticas educacionais no governo Lula: rupturas e permanências*, de autoria de Dalila Andrade Oliveira são apresentadas as principais características da política educacional aqui analisada. Primeiramente, é apontado que durante o primeiro mandato – de 2003 a 2006 – a ação governamental manteve-se bastante constante com relação a implantada durante o governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso. Nota-se, contudo, que ela passou a ser utilizada com maior ênfase como um mecanismo de implantação de programas sociais, tal como o ProJovem, o Primeiro Emprego e o Bolsa Família – este último sendo uma ampliação do antigo Bolsa-Escola, instituído no governo FHC. (OLIVEIRA, 2009)

Foi somente no segundo mandato do ex-presidente Lula que ocorreram mudanças mais substanciais na política educacional do país. O governo agiu baseando-se no Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE), que reuniu diversos programas voltados tanto para a educação básica quanto para o ensino superior. Este artigo, no entanto, é voltado ao estudo somente da primeira.

O PDE pautou-se pela criação do Ideb, tal como é evidenciado na fala do então Ministro da Educação Fernando Haddad: “Temos que buscar Ideb nota 6. Para isso, temos que trabalhar juntos todo dia, a meta é alcançar a nota até 2021” (apud OLIVEIRA, 2009. p. 204).

O Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb) é um indicador que pretende medir a qualidade da educação do ensino básico no Brasil. Desenvolvido pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), o cálculo considera dois fatores: 1) o desempenho dos estudantes em exames nacionais padronizados (a Prova Brasil ou o Saeb) e 2) o rendimento escolar (tempo médio de conclusão de uma série). Dessa forma o índice pretende reunir dados sobre esses dois aspectos em um mesmo estudo sobre qualidade educacional, fato que, segundo o próprio Inep é bastante raro (BRASIL, 2007).

O cálculo do Ideb não envolve a problemática do acesso à escola, pois, de acordo com o Inep, é consenso que a quase totalidade das crianças atualmente ingressa no sistema educacional. É preocupante para o instituto, contudo, o elevado nível de abandono à escola, creditado às altas taxas de reprovação, assunto este que será tratado ainda neste artigo, bem como as baixas notas alcançadas pelos discentes em exames padronizados (Inep, nota técnica).

O índice foi instituído em 2007 e serve como forma de analisar o espectro geral da educação básica no Brasil. Assim, como demonstrou a fala do ex-ministro supracitada, o objetivo é alcançar nota 6 até o ano de 2021. Tal meta foi estabelecida com base nas notas alcançados pelos países desenvolvidos, classificados entre os 20 melhores e membros da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) em índices com a mesma metodologia do brasileiro (OLIVEIRA, 2009).

A partir dos dados alcançados no Ideb, o governo Lula direcionou, então, sua política educacional, sendo as principais diretrizes para ela expressas no Plano de Metas Compromisso Todos Pela Educação. Estabelecido em 24 de abril de 2007 por meio do decreto número 6.094, o plano estabelece diversas linhas a serem seguidas, tendo como principal característica a “conjugação dos esforços da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, atuando em regime de colaboração, das famílias e da comunidade, em proveito da melhoria da qualidade da educação básica”. (BRASIL, 2007).

Nota-se, portanto, o papel de centralidade assumido por estes dois pontos – o Ideb e o Plano de Metas Todos Pela Educação. Tendo sido analisado o primeiro, passo, então, para a análise do subsequente.

O Plano de Metas Todos Pela Educação apresenta, entre suas diretrizes, o combate à repetência e à evasão escolar, assim como explicitado nas diretrizes IV e V do artigo 2º:

IV - combater a repetência, dadas as especificidades de cada rede, pela adoção de práticas como aulas de reforço no contra-turno, estudos de recuperação e progressão parcial;

V - combater a evasão pelo acompanhamento individual das razões da não-freqüência do educando e sua superação; (BRASIL, 2007)

Tais propostas são guiadas pela teoria de ciclos educacionais. Essa tese defende a implementação de períodos escolares que ultrapassam um ano letivo, podendo compreender até um nível de ensino completo (BARRETO, MITRULIS, 2001). O movimento pelos ciclos despontou inicialmente no Brasil na década de 1950, quando os índices de reprovação eram surpreendentes. No estado de São Paulo, por exemplo, “de cada 100 crianças matriculadas na 1ª série, apenas 16 concluíam as quatro séries do ensino primário após os quatro anos propostos para a sua duração” (BARRETO, MITRULIS, 2001). Tal fato tornava o custo do ensino público demasiadamente elevado. Caso não houvesse retenção de alunos, o estado já seria capaz de atender a todas as crianças, pois já haviam

mais vagas para o ensino obrigatório do que jovens na respectiva faixa etária (BARRETO, MITRULIS, 2001). Concluía-se, portanto, que a adoção do modelo seletivo de promoção de séries levava a um grande prejuízo financeiro e à vedação da oportunidade de estudo de inúmeras crianças (Conferência, 1956: 166 apud BARRETO, MITRULIS, 2001).

O ideário desenvolvimentista predominante na época – em certa concordância com o pensamento supracitado de T. A. Marshal – entendia que a educação era requisito essencial para a adaptação do cidadão que migrava do campo à cidade e também de desenvolvimento do país. Não deveria haver, logo, um sistema educacional que impusesse barreiras à tais conquistas (BARRETO, MITRULIS, 2001).

Nas décadas seguintes experiências com os ciclos escolares multiplicaram-se pelo Brasil, ocorrendo em Santa Catarina a expressão mais forte e continuada. No estado, foi implantado em 1967 o plano educacional que estabelecia 8 anos de escolaridade contínua. Foram abolidos os exames de admissão e estabelecidas turmas de recuperação ao final das 4^a e 8^a séries para os alunos que não alcançassem o desenvolvimento apropriado. A escola deveria, contudo, adaptar o ensino à capacidade e ao ritmo de cada aluno (BARRETO, MITRULIS, 2001).

A experiência catarinense, contudo, foi duramente criticada quanto a seus efeitos concretos.

Ela (a política de ciclos) teria provocado o aligeiramento do ensino para as camadas populares em decorrência do preparo insuficiente dos professores, das classes numerosas, da falta de materiais didáticos que permitissem abordagens mais individualizadas no ensino e da ausência de um eficiente serviço de apoio pedagógico às escolas, que nunca foi oferecido nas condições e dimensões necessárias. A elaboração de um guia curricular sem demarcações por séries teria contribuído também para aumentar a insegurança dos docentes quanto aos procedimentos a serem adotados, que — ao que

indicam os textos — teriam sido freqüentemente acompanhados de muita hesitação por parte de professores e dos próprios técnicos (BARRETO, MITRULIS, 2001).

O exemplo de Santa Catarina ratifica o defendido por Libâneo em seu artigo. O professor afirma que a defesa dos ciclos escolares pressupõe um modelo de criança inexistente, supondo que aprender é uma característica inata. Segundo esta visão seria necessário, simplesmente, proporcionar ao jovem as situações de aprendizagem para que ocorresse o desenvolvimento intelectual, sendo assim errônea a reprovação, pois essa reprime o desenvolvimento natural e no ritmo pessoal do aluno (LIBÂNEO, 2008).

Baseando-se na teoria de Vygotsky, o autor afirma que:

Aprender é uma atividade eminentemente sociocultural, ou seja, há uma determinação social e histórico-cultural da formação humana, ela não é um processo natural, espontâneo, ela implica uma ação pedagógica, uma intencionalidade, um ensino sistemático (LIBÂNEO, 2008).

A escola e o professor, destarte, devem ter um papel ativo na aprendizagem do estudante. Cabe às instituições de ensino provocar o desejo de aprender no aluno (LIBÂNEO, 2008). Desta maneira, é necessário o risco da repetência para provocar a busca pelo conhecimento.

O autor aponta ainda uma consequência não intencional, mas ainda assim perversa dos ciclos educacionais. As crianças sem ambiente e apoio no lar propício para o desenvolvimento intelectual são, concomitantemente, em geral, as de família mais carente. Ocorre assim um efeito reverso ao proposto pelos ciclos: os filhos das classes mais pobres concluem e formam-se no ensino básico sem alcançar realmente capacidade para serem bem inseridos no mercado de trabalho e participar da vida cultural e política. Acontece, assim, a manutenção e perpetuação dessa posição socialmente desfavorável para essas famílias (LIBÂNEO, 2008).

Ao mesmo tempo, o sistema de ciclos fragiliza o principal instrumento de direcionamento da política educacional implantada por Lula: o Ideb. O índice é calculado – como dito anteriormente – com base em dados sobre as notas dos estudantes e também nos índices de reprovação nas séries. Evitando-se a reprovação mesmo em casos em que ela seria adequada, mascara-se o indicador. Esse fato aparenta ser comprovado ao se analisar os resultados alcançados pelas escolas brasileiras.

Nos primeiros anos de aplicação do Ideb os resultados foram magníficos e chegaram a ultrapassar as metas anuais com bastante margem. O avanço de alunos despreparados e com pouca base de conhecimento para séries mais complexas, contudo, levou a uma diminuição gradual dos resultados alcançados, fato que comprova a ineficácia do sistema de ciclos educacionais.

Tendo sido comentada a aplicação dos ciclos escolares na política educacional do governo Lula, resta, ainda, analisar uma outra proposta desta que, tal como a teoria a pouco refutada, possivelmente alcança resultados diferentes dos propostos. Esse aspecto é o definido na diretriz IX do Plano de Metas Todos Pela Educação.

IX - garantir o acesso e permanência das pessoas com necessidades educacionais especiais nas classes comuns do ensino regular, fortalecendo a inclusão educacional nas escolas públicas (BRASIL, 2007)

Aparentemente, essa ação possui caráter altamente democrático, justo e inclusivo, garantindo a todos, independentemente de suas limitações e condições específicas, o direito de estudar em uma escola normal. Alocar alunos com necessidades especiais em uma instituição de ensino despreparada fisicamente e sem professores e profissionais diversos com o conhecimento necessário para atender a tais necessidades é uma ação com efeitos desastrosos. A verdadeira escola inclusiva não é aquela que homogeneiza todos independentemente de suas limitações particulares, mas sim aquela capaz de atender aos requisitos de quem a frequenta. (LIBÂNEO, 2008)

Deve-se buscar, ao contrário do estabelecido pelo plano de metas, instituições especializadas e específicas para os alunos portadores de necessidades especiais. Essas escolas tem uma capacidade maior de garantir o desenvolvimento de seus alunos, tornando-os aptos a participar da sociedade em que estão inseridos (LIBÂNEO, 2008).

Nota-se, a partir dos argumentos expostos, que as três diretrizes analisadas acima baseiam-se, somente em análises externas da educação, ignorando os aspectos internos. Essas orientações são guiadas por unicamente por aspectos econômicos e sociais, mas desconsideram a realidade e os desafios internos à escola e à sala de aula. Como afirmado anteriormente, o sucesso de uma política depende da abordagem tanto dos aspectos internos como externos, segundo Libâneo (2008). Ignorar essa complementariedade compromete a política educacional do governo Lula.

3. Propostas para a educação brasileira

Tendo sido analisada a política educacional implantada pelo governo Lula, cabe, agora, propor ações governamentais para o aprimoramento do ensino básico no Brasil. Para tanto, serão utilizados proposições e observações realizadas no artigo de Fernando Veloso.

Uma observação de capital importância realizada por Veloso sobre políticas educacionais e que deve ser feita anteriormente a proposição de qualquer política educacional é que:

Em geral, os resultados das políticas educacionais dependem da forma crucial dos detalhes das intervenções, das características do ambiente em que elas atuam e da qualidade dos recursos envolvidos (VELOSO, 2011).

Deve-se ter consciência, portanto, que é impossível prever com exatidão os efeitos de uma política educacional. É bastante plausível, contudo, ainda, a suposição de uma tendência ao sucesso de ações que já provaram-se eficientes em outras situações.

Primeiramente uma medida a ser adotada seria a ampliação e adoção de obrigatoriedade da pré-escola. Diversos estudos citados por Veloso demonstram os valiosos benefícios de tal etapa educacional, destacando-se a redução da probabilidade do envolvimento com drogas e o crime, além dos dados levantados por Felício e Vasconcelos que mostram um aumento relevante na nota de matemática do SAEB daqueles que cursaram a pré-escola (VELOSO, 2011).

Outro aspecto a ser perseguido pelas políticas educacionais é o da seleção, formação e retenção de bons professores. Segundo dados do INEP, em 2009, apenas 61,6% dos docentes da educação básica possuíam nível superior completo com licenciatura. (apud VELOSO, 2011). Tal dado explicita o baixo nível dos profissionais da educação no Brasil.

Nos Estados Unidos foi implementado um programa de seleção de professores que demonstra o diferencial gerado por bons professores. O *Teachers for America* (TFA) seleciona candidatos com alto desempenho e graduados em universidades reconhecidas. Posteriormente, os professores participam de um programa de treinamento com foco em prática em sala de aula. Uma avaliação realizada em 2004 por Decker *et al.* mostrou que a atuação dos educadores escolhidos pelo TFA tiveram efeito positivo relevante no aprendizado de matemática e concluíram que o programa favorece alunos provenientes de classes socioeconômicas mais desfavorecidas. (VELOSO, 2011).

O sucesso do TFA demonstra a importância de bons professores. Para garantir um alto nível de docentes são feitas, então algumas sugestões. Primeiramente, segundo recomendação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômica (OCDE), é a da predefinição das características desejadas em um professor. Essa ação facilitaria a seleção dos profissionais adequados. Em segundo lugar, deve-se adotar a remuneração de professores com bom desempenho, ato que atrairia e manteria os docentes desejados (VELOSO, 2011).

Além da premiação de professores eficientes, outra orientação é a da premiação dos discentes. Um estudo feito em 2010 por Fryer demonstrou

que tal incentivo é bastante eficiente, contudo as bolsas somente mostraram-se efetivas quando sendo incentivos a atividades específicas, como ler um livro ou realizar uma tarefa. Premiações por rendimento em testes e provas, contudo, não surtiram o mesmo efeito (VELOSO, 2011).

A aliança entre os setores privado e público para o desenvolvimento da educação também deve ser considerada, podendo ocorrer de diversas maneiras e tendo tido sua eficácia comprovada em muitos casos. As parcerias público-privadas (ppp) buscam conjugar a eficiência do setor privado e a acessibilidade e amplitude do público(VELOSO, 2011).

Um exemplo a ser destacado é o da contratação de organizações privadas – com ou sem fins lucrativos – para estruturar métodos de ensino específicos para uma escola. Sendo inclusos o treinamento de professores, o material pedagógico e outros pontos. Deve-se salientar que, em 2008, cerca de 30% das escolas de São Paulo já adotavam parcerias deste tipo e que, segundo o estudo de Leme *et al.* tais escolas tiveram maior desenvolvimento tanto em matemática quanto em português na Prova Brasil (VELOSO, 2011).

Por último, Veloso (2011) defende que se devem realizar análises para se averiguar a eficiência ou não de uma política educacional adotada. Essa ação garantiria uma maior eficiência dos gastos com a educação levando a um encerramento de intervenções ineficazes e ampliação das mais eficientes. Nota-se, contudo, que não há a realização de tais estudos de forma sistemática no Brasil.

Nota-se que as ações governamentais aqui propostas consideram tanto os aspectos internos como externos da educação apontados por Libâneo. A conjugação de ambas as visões pode, portanto, explicar o sucesso alcançado por tais políticas. Deve-se, ainda, destacar as propostas de seleção, retenção e incentivo a bons docentes, como o TFA, de estímulo aos discentes e ppp. Essas proposições caracterizam-se por considerar fortemente os aspectos internos, contribuindo, destarte, para um bom desempenho e funcionamento das escolas e salas de aulas que os adotam.

4. Conclusão

Após o estudo feito, conclui-se que a política educacional estabelecida no governo Lula é falha. Esse fato decorre da subestimação da realidade do cotidiano escolar, sendo considerados, somente questões externas ao ensino, como aspectos econômicos e sociais.

Finalizo este ensaio, portanto, afirmando que o desafio de aprimorar a educação brasileira à níveis aceitáveis continua. Esse obstáculo não será transposto até que as políticas educacionais nacionais passem a considerar como eixo central os aspectos internos à escola. Programas e iniciativas e façam isso, contudo, existem e já são testados, comprovando que há solução para esta grande barreira ao desenvolvimento nacional.

5. Referências

BARRETTO, Elba Siqueira de Sá; MITRULIS, Eleny. Trajetória e desafios dos ciclos escolares no País. **Estud. av.**, São Paulo , v. 15, n. 42, p. 103-140, Agosto. 2001. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142001000200003&lng=en&nrm=iso>. Acessado em 07 de junho de 2015. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142001000200003>.

BRASIL. Decreto nº 6.094, de 24 de janeiro de 2007. **Plano de Metas e Compromissos Todos Pela Educação**. Brasília, DF, 24 jan. 2007.

BRASIL. Inep. Ministério da Educação. **IDEB - Resultados e Metas**. 2015. Disponível em: <<http://ideb.inep.gov.br/resultado/resultado/resultadoBrasil.seam?cid=640941>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

CARVALHO, José Murilo de. Introdução: Mapa da Viagem. In: CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: O longo Caminho**. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. Cap. 1. p. 7-13.

BRASIL. Nota Técnica Sobre O Índice do Desenvolvimento do Ensino Básico. 2007. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_basica/portal_ideb/o_que_e_o_ideb/Nota_Tecnica_n1_concepcaoIDEB.pdf>. Acessado em 07 de junho de 2015.

LIBÂNEO, José Carlos. Alguns Aspectos da Política Educacional do Governo Lula e sua Repercussão no Funcionamento das Escolas. **Revista HISTEDBR On-line**, Campinas, n. 32, p. 168-178, dez. 2008.

OLIVEIRA, Dalila Andrade. As políticas educacionais no governo Lula: rupturas e permanências. **Revista Brasileira de Política e Administração da Educação**, Recife, v. 25, n. 2, p.197-209, maio 2009. Trimestral.

VELOSO, Fernando. A Evolução Recente e Propostas para a Melhoria da Educação no Brasil. In: BACHA, Edmar Lisboa et al. **Brasil: A Nova Agenda Social**. Rio de Janeiro: Ltc – Livros Técnicos e Científicos Editora Ltda., 2011. Cap. 8. p. 215-253.

AS MODALIDADES DE RESPONSABILIDADE PELO DANO AMBIENTAL

RAFAELA AFONSO BARRETO:
Graduada pela Universidade Federal de Rondônia - UNIR; Pós-graduada em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade Damásio; Analista do Ministério Público do Trabalho; já ocupante dos cargos de técnico e analista do Ministério Público Federal.

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade analisar as modalidades de responsabilidade decorrentes de danos contra o meio ambiente – direito difuso que encontra previsão expressa no art. 225 da Constituição Federal de 1988. Nessa quadra, o estudo em análise busca abordar a denominada tríplice responsabilidade, quais sejam, a responsabilidade civil, a administrativa e a penal – apuradas de forma e em instâncias independentes.

PALAVRAS CHAVE: Meio ambiente, dano ambiental e espécies de responsabilidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Responsabilidade Decorrente do Dano Ambiental. 2.1. A Responsabilidade Civil. 2.2. A responsabilidade Administrativa. 2.3. A responsabilidade Penal. 3. Conclusão. 4. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A preocupação com o meio ambiente sempre esteve presente ao longo da história, como se observa, por exemplo, na Magna Carta de João sem Terra, de 1215, e no Código de Hamurabi, (2.050 a.C), que já traziam vestígios dessa preocupação com o meio ambiente.

Todavia, tal preocupação foi muito mais acentuada após o advento da Revolução Industrial, no século XVIII, que transformou profundamente a relação do homem com o meio ambiente, uma vez que a produção de bens apenas para a subsistência do homem foi substituída pela fabricação em

larga escala. A produção que antes era artesanal e manual deu lugar as inúmeras máquinas e fábricas.

Em decorrência disto, viu-se uma explosão econômica e urbana, com a conseqüente degradação ambiental em alto grau, já que se buscava cada vez mais matéria prima, as indústrias poluíam o ambiente de forma desenfreada e a natureza era destruída para o desenvolvimento das cidades.

Este também foi o panorama do século XIX.

No entanto, no século XX, verificou-se que, ao continuar nesses níveis de produção e desenvolvimento, o meio ambiente tornar-se-ia insustentável, com a sua conseqüente destruição, o que afetaria a vida em todo o planeta.

Com isto, o desenvolvimento sustentável, com a garantia de um meio ambiente saudável, tornou-se a principal ambição dos países espalhados pelo mundo.

A fim de discutir tal problemática, no ano de 1972, em Estocolmo, na Suécia, foi realizada a maior conferência mundial sobre meio ambiente, que contou com a presença de vários países. Os fundamentos e diretrizes consagrados na Conferência de Estocolmo passaram a influenciar o Direito de todos os continentes, uma vez que a preocupação com o meio ambiente tinha se tornado uma questão mundial.

Neste período, em muitos lugares do planeta, inaugurava-se um novo processo de democratização, com o conseqüente surgimento de novas Constituições. Devido ao maior enfoque ao meio ambiente, as novas normas constitucionais trouxeram em seus corpos a tutela ao bem ambiental.

No Brasil, não foi diferente. A Constituição Federal de 1988 dispôs expressamente sobre o meio ambiente, revelando a preocupação com a questão ambiental. Até aquele momento, a matéria meio ambiente só havia sido objeto de normas infraconstitucionais.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 225, *caput*, elevou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à categoria de direito fundamental, nos seguintes termos:

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.

Com efeito, o meio ambiente passou a ser um direito fundamental difuso, metaindividual, cujos titulares são indeterminados e indetermináveis, considerado, portanto, direito indisponível de toda a coletividade.

Nas palavras de Romeu Thomé:

O legislador constituinte originário optou por evidenciar, já no início do capítulo dedicado ao meio ambiente, o caráter transindividual desse direito fundamental. Todos nós, de forma indistinta, somos interessados na preservação do meio ambiente saudável, direito fundamental intrinsecamente vinculado ao direito à vida. (THOMÉ, 2011, p. 543)

Ademais, a tratativa internacional sobre o meio ambiente não ficou restrita à Conferência de Estocolmo. Em 1992, foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento – conhecida como ECO-92, pois teve como ponto de encontro a cidade do Rio de Janeiro -, que procurou encontrar métodos para conciliar a proteção ambiental ao desenvolvimento econômico. Já em 1997, em Kyoto, no Japão, houve a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, que discutiu a necessidade de se reduzir a emissão de gases que geram o efeito estufa. Tal encontro resultou no Protocolo de Kyoto. No ano de 2002, em Johannesburgo (África do Sul), aconteceu a RIO+10, a qual não apresentou discussões significativas. E, por fim, em 2012, no Rio de Janeiro, foi realizada a RIO+20 – em razão dos vinte anos da ECO-92 -,

que procurou rediscutir o comprometimento dos países com o desenvolvimento Sustentável.

No Brasil, a preocupação com meio ambiente remonta ao Império, citando-se, por exemplo, a regulamentação sobre a exploração de Pau-Brasil, atingindo seu ápice com a constitucionalização do bem ambiental.

Nota-se, portanto, que, apesar das constantes discussões, a preocupação intensificada sobre o meio ambiente é recente na história tanto mundial quanto brasileira. Porém, observa-se que, ao longo dos anos, procura-se firmar um compromisso duradouro e efetivo dos vários países com a proteção do meio ambiente, o que em muitos países já é possível de se verificar por sua legislação.

2. A Responsabilidade Decorrente do Dano Ambiental

A Constituição Federal, a fim de garantir a tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado, dispõe no § 3º do mesmo artigo 225 sobre a responsabilização nas esferas penal, administrativa e civil daqueles que praticarem condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, nos seguintes termos:

§ 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

É a denominada tríplice responsabilização em matéria ambiental (THOMÉ, 2011, p. 489), uma vez que o dispositivo constitucional passa a reconhecer três tipos de responsabilidade: i) administrativa; ii) civil; iii) criminal.

2.1. A responsabilidade civil

A responsabilidade civil impõe ao agente a obrigação de reparar o dano ambiental causado por sua ação, a fim de retornar ao *status quo ante*, ou, não sendo possível esta medida, de ressarcir o prejuízo provocado.

Tal responsabilidade está prevista no artigo 4º, inciso VII, da Lei 6.938/81, nos termos seguintes: “imposição ao poluidor da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados”.

Nas palavras de Romeu Thomé:

Ao poluidor será imposta, portanto, a obrigação de recuperar os danos causados, na maior medida possível, restaurando o bem lesão ao *status quo ante*. Caso o dano seja irrecuperável, caberá ao poluidor indenizar os danos causados por meio do pagamento de um montante em dinheiro, que deverá ser revertido à preservação do meio ambiente. O intuito do legislador é possibilitar a integral reparação do meio ambiente degradado. (THOMÉ, 2011, p. 492)

Cumprido destacar que a responsabilidade civil por danos ambientais é objetiva, ou seja, independe da verificação da vontade do agente em causar dano ou da culpa – negligência, imprudência ou imperícia. E, ainda, dentro desta responsabilidade, predomina o entendimento majoritário da teoria objetiva baseada no risco integral, que não admite a existência de excludentes do nexo causal, como o caso fortuito, a força maior ou a culpa exclusiva da vítima.

Nesse aspecto objetivo, a responsabilidade civil por dano ambiental é também solidária, na qual todos os responsáveis responderão solidariamente pelo dano causado, com o fito de facilitar a reparação do meio ambiente.

Um dos principais instrumentos para se busque a recuperação de áreas ambientais degradadas e/ou o pagamento de indenização com fins reparatórios é a Ação Civil Pública, disposta na Lei 7.347/85. Por outro lado, observa-se que o cidadão não foi elencado no rol de legitimados da Ação Civil Pública (artigo 5º da Lei 7.347/85), podendo se valer, então, da Ação Popular para tutelar o meio ambiente (Lei 4.717/65).

Por fim, ainda se verifica que, em razão de ser um direito fundamental e, portanto, indisponível, o direito à reparação do dano ambiental é imprescritível.

2.2. A responsabilidade administrativa

A responsabilidade em estudo resulta da infração de normas administrativas, impondo ao infrator determinada sanção de natureza

administrativa. Tal responsabilização decorre do exercício do poder de polícia, executado pelos órgãos ambientais de fiscalização.

Esta atuação estatal encontra guarida no próprio texto constitucional, que, como visto, no *caput* do artigo 225 da Constituição Federal consagra ao Poder Público, bem como à coletividade, o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Destarte, cabe ao Poder Público, por meio dos órgãos ambientais competentes, investigar as infrações ambientais administrativas e, em decorrência destas, aplicar as sanções devidas, independentemente de manifestação judicial – ao contrário do que ocorre com as sanções civis e penais.

Romeu Thomé (2011, p. 502) conceitua infração administrativa ambiental como toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente. E, ainda destaca que a tutela administrativa ambiental não visa somente à repressão dos efetivos prejuízos ao meio ambiente, mas também tem o objetivo de coibir as condutas potencialmente danosas ao bem ambiental.

Com isso, nota-se que o Poder Público, por meio da fiscalização empreendida, bem como da sanção administrativa imposta, atua também de forma preventiva, buscando evitar que danos maiores venham a ocorrer ao meio ambiente.

Para que seja configurada a infração administrativa ambiental é necessário que determinada conduta contrarie as normas de proteção ao meio ambiente. Portanto, a responsabilidade administrativa apenas ocorrerá quando a conduta do agente causador do dano for tipificada nas normas de proteção ambiental, em razão do princípio administrativo da legalidade estrita. Além de infração administrativa, determinado comportamento poderá ser também enquadrado como crime, desde que tipificado em lei penal.

Todavia, se determinada conduta for enquadrada somente como crime, sem previsão como infração administrativa, poderá ser sancionada na esfera administrativa, uma vez que a infração criminal caracteriza violação de uma regra de uso, gozo, promoção, proteção ou recuperação do meio ambiente.

A Lei 9.605/98, no artigo 72, elenca as espécies de sanções administrativas ambientais:

Art.72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º:

I – advertência;

II – multa simples;

III – multa diária;

IV – apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;

V – destruição ou inutilização do produto;

VI – suspensão de venda e fabricação do produto;

VII – embargo de obra ou atividade;

VIII – demolição de obra;

IX – suspensão parcial ou total de atividades;

X – (vetado)

XI – restritiva de direitos.

Destaca-se que, se o infrator cometer duas ou mais infrações, não haverá prejuízo na cumulação das sanções administrativas.

2.3. A responsabilidade penal

A responsabilidade penal surge do cometimento de uma infração penal ambiental, ou seja, o comportamento do agente é previsto na norma como crime ambiental.

No âmbito criminal, o artigo 225 da Constituição Federal, que prevê a responsabilidade criminal por danos ao meio ambiente, foi regulado pela Lei de Crimes Ambientais, Lei 9.605/98, que trouxe em seu bojo a descrição das condutas praticadas em desfavor do meio ambiente, bem como as suas respectivas sanções.

A responsabilidade penal surgiu de uma reivindicação da comunidade internacional por uma maior repressão às condutas lesivas ao meio ambiente, haja vista ser o bem ambiental essencial ao homem e à sociedade, merecendo uma maior e mais efetiva proteção pelo Estado.

José Afonso da Silva (2008, p. 850), neste sentido, assevera que a qualidade do meio ambiente é um valor fundamental, é um bem jurídico de alta relevância, na medida em que a Constituição o considera bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, que o Poder Público e a coletividade devem defender e preservar. Desta forma, para o ilustre autor, a ofensa a um tal bem se revela grave e deve ser definida como crime.

Disto, observa-se que a inclusão do meio ambiente no rol dos bens jurídicos de elevada importância para a ordem constitucional resultou na sua proteção pelo Direito Penal, uma vez que cabe a este a função de tutelar os valores mais fundamentais da sociedade.

Anabela Miranda Rodrigues, apud Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas, nesta linha, leciona:

[...] o que justifica a intervenção penal é o facto de estar em causa a proteção de um bem jurídico – o ambiente – digno de tal tutela, que, além do mais, deve ser necessária. Dignidade penal e necessidade de tutela penal são categorias que intervêm a legitimar a intervenção penal, e não se vê razão para que não intervenham aqui. (RODRIGUES, apud FREITAS, V. *et* FREITAS, G., 2000, p. 32)

Inferre-se que, além dessa necessidade de proteção à altura do bem fundamental, a utilização do Direito Penal possui, muitas vezes, maior eficácia em comparação aos outros ramos do Direito.

Ressalte-se que, no Direito Penal ambiental, o bem jurídico tutelado é o meio ambiente, que deve ser considerado em toda sua dimensão.

Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas, ao tratarem sobre o tema, afirmam, sucintamente, que:

Para encontrar qual o bem jurídico protegido em qualquer tipo penal, deve o intérprete ou o aplicador do Direito colocar-se em posição que lhe permita analisar o delito numa perspectiva sociológica e constitucional, procurando compreender as razões que levaram o legislador a tipificar determinadas condutas. Nos crimes ambientais, tomando por base

tal assertiva, podemos dizer que o bem jurídico protegido é o meio ambiente em toda sua amplitude, na abrangência do conjunto. (FREITAS, V., et FREITA, G., 2000, p. 36)

José Afonso da Silva, por sua vez, assenta o que vem a ser o bem jurídico meio ambiente:

O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico. O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais. (SILVA J., 2008, p. 834)

Desta forma, o bem jurídico ambiental penalmente tutelado é composto pelos elementos naturais (crimes contra a fauna e flora), artificiais (crimes contra o ordenamento urbano) e culturais (crimes contra o patrimônio cultural), abarcando na proteção penal o meio ambiente em toda sua extensão.

Com esse enfoque, o Direito Penal, em razão de seu caráter subsidiário, atua como última instância de proteção dos bens jurídicos essenciais à sociedade. Disto decorre que, a tutela penal somente será empregada quando os outros meios de proteção do Direito não forem suficientes para proteger os bens jurídicos.

Sob o aspecto do Direito Penal Ambiental, Antônio Herman Benjamin, apud Ivan Luiz da Silva, leciona:

Se o Direito Penal é, de fato, *ultima ratio* na proteção de bens individuais (vida e patrimônio, p. ex), com mais razão impõe-se sua presença quando se está diante de valores que dizem respeito a toda a coletividade, já que estreitamente conectados à

complexa equação biológica que garante a vida humana no planeta. (BENJAMIN, apud SILVA, 2008, p. 69)

Luís Paulo Sirvinskas (2009, p. 665), neste aspecto, assinala que, nos dias atuais, a tutela penal do meio ambiente continua sendo uma necessidade indispensável, especialmente quando as medidas nas esferas administrativa e civil não surtirem os efeitos desejados. E, por isso, a medida penal tem por escopo prevenir e reprimir condutas praticadas contra a natureza.

Infere-se, assim, que a tutela penal ambiental também atua como *ultima ratio*, uma vez que a incidência do Direito Penal na proteção do meio ambiente se legitima em razão da ineficiência da tutela civil e administrativa.

3. CONCLUSÃO

Como visto, o direito ao meio ambiente está previsto no artigo 225, *caput*, da Constituição Federal, que garante a todos os indivíduos o direito ao meio ambiente equilibrado. Nessa quadra, em razão da importância do bem, a própria Carta Magna previu expressamente os tipos de responsabilidades decorrentes do dano ambiental, sendo estas a responsabilidade civil, a administrativa e a penal.

A primeira busca a reparação específica do meio ambiente, o que, não sendo possível, acarreta a indenização pelo prejuízo causado. Por sua vez, a responsabilidade administrativa, decorrente do exercício do poder de polícia, impõe ao agente penalidades de ordem administrativa. Por fim, a responsabilidade penal decorre da subsunção do fato à norma penal.

Nesse último ponto, é necessário ressaltar que, atualmente, em razão da ineficácia das anteriores responsabilidades citadas, há um maior destaque à responsabilidade penal, que, em muitas situações, ao invés de ser aplicado como *ultima ratio*, é buscada como primeira medida de reprimenda, desvirtuando-se de sua essência. Com essa crítica, objetiva-se, na realidade, enfatizar que a Constituição Federal não estabeleceu qualquer nível de hierarquia entre as responsabilidades ambientais, mas, apenas, em razão da importância do bem e da gravidade do dano, estabeleceu que, no âmbito penal, também se deve impor penalidades às

condutas que afetam de forma dramática o meio ambiente (não a qualquer conduta) – sob pena de se desvirtuar a essência do Direito Penal

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1993.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 5 de outubro de 1988.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. França, 26 de agosto de 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br>

GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. **Crimes Ambientais: Comentários à Lei 9.605/98**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 26ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

MIRALÉ, Édis. JUNIOR, Paulo José da Costa. **Direito Penal Ambiental: Comentários a Lei nº 9.605/98**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis Prado. **Crimes Contra o Ambiente**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1991.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. Bahia: Editora JusPODIVM, 2011.

ANÁLISE ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DO TIPO PENAL DO ART. 310 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

FÁBIO DIAS COSTA: Técnico Ministerial do Ministério Público de Pernambuco, pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Damásio, e graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

RESUMO: O Código de Trânsito Brasileiro, como legislação específica, tipificou alguns crimes específicos, os chamados “crimes de trânsito”, relacionados à condução de veículos automotores. Por razões de política criminal, o legislador optou por tipificar a maioria dos crimes de trânsito como delitos de perigo, dentre os quais há crimes de perigo abstrato e de perigo concreto. Nesse sentido, doutrina e jurisprudência apresentam divergências significativas acerca da natureza jurídica do delito do art. 310 do CTB (Entregar veículo a pessoa não habilitada), levando a decisões conflitantes e à indesejada insegurança jurídica. O presente estudo se propõe a analisar os fundamentos jurídicos da controvérsia acerca da natureza do delito, em especial quanto à sua relação com os tipos penais dos arts. 306 e 309 do Código de Trânsito Brasileiro, de modo a apresentar argumentos técnico-jurídicos a subsidiar o entendimento de que o referido crime é de perigo abstrato. Entendimento esse que, apesar de ainda haver vozes dissonantes na doutrina, foi jurisprudencialmente pacificado, no ano de 2016, por meio de súmula editada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Crimes de Trânsito; Entregar veículo; Perigo Abstrato.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Crimes de Perigo Concreto e de Perigo Abstrato. 2. A relação entre os crimes do art. 306, 309 e 310 do Código de Trânsito Brasileiro. 3. O delito do art. 310: Perigo Abstrato ou Perigo Concreto? 4. Considerações Finais. Referências.

Introdução

O Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) trata, em seu Capítulo XIX, dos Crimes de Trânsito, onde tipificou algumas condutas específicas, relativas à condução de veículos automotores. Nesse âmbito, por razões de política criminal e como forma de evitar a proliferação de condutas perigosas nas ruas e rodovias do país, optou pela criação de uma maior quantidade de delitos de perigo em lugar de crimes de dano, visando prevenir que os prováveis danos efetivamente aconteçam e aumentem ainda mais o já alarmante número de acidentes e vítimas fatais no trânsito brasileiro.

Algumas das condutas tipificadas pela legislação de trânsito se referem à condução do veículo em desrespeito às normas de segurança coletiva, isto é, não possuem relação direta com a condição pessoal do agente, mas com o modo de condução do automóvel. Sob esse aspecto, foram criminalizadas as condutas de participar, em via pública, de competição automobilística não autorizada (art. 308 do CTB), e de trafegar em velocidade incompatível com a segurança em determinadas vias (proximidade de escolas, hospitais, etc.), nos termos do art. 311 do CTB.

Por outro lado, outros delitos foram criados de modo mais genérico, isto é, não prevendo expressamente uma conduta específica referente ao modo de condução do veículo automotor. Tais delitos, apesar de ter fundamento na prevenção de um potencial risco à coletividade, se referem à condição do agente, do condutor. Nesse sentido, o Código de Trânsito trouxe algumas tipificações referentes à condução de veículos por pessoa que, seja por não possuir habilitação, seja por estar com a capacidade psicomotora alterada, não tenha plena aptidão para dirigir.

Dessa forma, além de serem tidas como circunstâncias que aumentam as penas cominadas aos crimes de homicídio culposo de trânsito (art. 302 do CTB) ou de lesão corporal culposa na condução de veículo automotor (art. 303 do CTB), por exemplo, as situações em que o condutor não possui comprovada capacidade para dirigir foram tipificadas como delitos

autônomos, crimes de perigo. São exemplos disso os crimes dos arts. 306, 309 e 310 do CTB:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

(...)

Art. 309. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano:

Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Art. 310. Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança:

Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

A simples leitura dos citados tipos penais leva a percepção de inter-relação entre o crime do art. 310 (que trata do agente que entrega o veículo à pessoa inapta a conduzi-lo) e os delitos dos arts. 306 e 309 (que se referem ao próprio condutor). Essa inter-relação entre os tipos penais levou a controvérsia jurisprudencial acerca da natureza jurídica do crime do art. 310, questionando-se se este seria crime de perigo concreto ou de perigo abstrato.

A distinção não é meramente teórica, possuindo consequências práticas relevantes, uma vez que o entendimento adotado determina a tipicidade ou atipicidade da conduta do agente. A necessidade de pacificação da questão, por razões de segurança jurídica, passa por uma breve análise dos referidos tipos penais, objeto do presente estudo.

1. Crimes de Perigo Concreto e de Perigo Abstrato

Os tipos penais são criados como objetivo de proteger determinado bem jurídico, valores sociais ou bens da vida que o ordenamento jurídico elege como necessários à sociedade. Dentre os bens jurídicos, por meio de outra análise de relevância social, são escolhidos aqueles cuja importância torna necessária a rigorosa tutela do Direito Penal.

Apenas os interesses mais relevantes são erigidos à categoria de bens jurídicos penais, em face do caráter fragmentário e da subsidiariedade do Direito Penal. O legislador seleciona, em um Estado Democrático de Direito, os bens especialmente relevantes para a vida social e, por isso mesmo, merecedores da tutela penal^[1].

Na tipificação de determinada conduta, tendo em vista o bem jurídico a ser tutelado, o legislador pode assumir uma postura mais ou menos cautelosa, no sentido de punir a conduta que efetivamente lesione o bem jurídico ou que simplesmente o coloque em risco de ser lesionado. No primeiro caso, tem-se os chamados crimes de dano, isto é, aqueles delitos que se configuram quando o bem jurídico por eles protegido sofre efetiva lesão por parte do agente.

Por outro lado, quando o legislador opta, por razões de política criminal, em punir a conduta que apenas coloque em perigo determinado valor social protegido, criam-se os crimes de perigo. Tais crimes se caracterizam como forma de coibir determinadas condutas que a experiência mostrou serem arriscadas com grande probabilidade de causar efetivos danos. Assim, pune-se, preventivamente, a própria conduta perigosa, sendo desnecessária a configuração da lesão.

Ainda dentre os crimes de perigo, há duas opções ao legislador, também relacionadas com a periculosidade da conduta que se objetiva coibir. Nesse sentido, ao tipificar um crime de perigo, pode-se optar por exigir que, na situação fática ocorrida, haja comprovada exposição do bem jurídico a um perigo concreto ou escolher condutas que, dada sua periculosidade conhecida, sua simples ocorrência é necessária à

configuração do delito, independentemente de ter o agente posto o bem jurídico em efetivo perigo.

No primeiro caso, cria-se um crime de perigo concreto, para cuja configuração é necessário que, no caso concreto, se verifique que a conduta praticada tenha exposto o bem jurídico a um perigo real, a um iminente risco de lesão. Por outro lado, dada a existência de determinadas condutas de conhecida periculosidade, não é necessário exigir que se configure o perigo real, sendo este presumido. São os delitos de perigo abstrato.

Os crimes de perigo abstrato ou presumido são aqueles cujo tipo não prevê o perigo como elementar, razão por que sua demonstração efetiva é desnecessária. A conduta típica é perigosa por sua própria natureza. O legislador, nesses casos, descreve uma conduta potencialmente danosa e de reconhecida perniciosidade social, bastando, portanto, a comprovação de que o agente a praticou para que o delito encontre-se consumado.^[2]

2. A relação entre os crimes do art. 306, 309 e 310 do Código de Trânsito Brasileiro.

A análise dos tipos penais dos arts. 306, 309 e 310 do Código de Trânsito Brasileiro, *prima facie*, evidencia a relação entre as condutas por eles criminalizadas. Enquanto os crimes dos artigos 306 e 309 punem o agente que conduz veículo sem atender às exigências legais (sob efeito de álcool ou substâncias psicoativas ou sem possuir habilitação, respectivamente), o art. 310 pune aquele que entrega o veículo a uma dessas pessoas.

O crime do art. 310, portanto, tipifica uma conduta que, em determinados casos, antecede a configuração de um dos demais delitos mencionados. A título de exemplo, o agente que entrega veículo para que outro o conduza em estado de embriaguez pratica uma conduta antecedente à de “conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”, de que trata o art. 306.

No supracitado exemplo, caso não houvesse a tipificação autônoma da conduta daquele que entrega o veículo, este poderia ser considerado

partícipe do crime do art. 306. Enquanto o autor do crime seria o agente que efetivamente conduziu o veículo (realizou a ação descrita no tipo penal), aquele que lhe entregou o automóvel seria partícipe do delito, tendo em vista que, embora não tenha realizado o verbo do tipo penal, concorreu para o cometimento do delito.

[...] de acordo com o que dispõe nosso Código Penal, pode-se dizer que autor é aquele que realiza a ação nuclear do tipo (o verbo), enquanto partícipe é quem, sem realizar o núcleo (verbo) do tipo, concorre de alguma maneira para a produção do resultado ou para a consumação do crime.^[3]

Por esse motivo, é possível afirmar que a sistemática adotada pela Lei nº 9.503/97 excepciona a Teoria Monista, adotada pelo Código Penal Brasileiro, segundo a qual autor e partícipe respondem pelo mesmo crime. Nesse sentido, assim leciona o mestre Cezar Roberto Bitencourt:

[...] teoria monista ou unitária foi a adotada pelo Código Penal de 1940 e segundo ela, não haveria qualquer distinção entre autor, partícipe, instigação e cumplicidade. Assim, todo aquele que concorresse para a prática do crime responderia por ele integralmente. Com a reforma penal de 1984, ela permaneceu acolhida pelo sistema brasileiro, entretanto, estabeleceram-se diferentes níveis de participação, de modo que todos os agentes responderiam pelo mesmo crime, mas na medida individual da sua culpabilidade, conforme prescreve o artigo 29, caput do Código Penal.^[4]

Situação análoga ocorre no tocante à relação entre a conduta de entregar veículo a pessoa não habilitada (também descrita no art. 310 do CTB) e a de conduzir veículo sem possuir habilitação (art. 309 do CTB). Há, nesse caso, a mesma característica de acessoriedade do crime do art. 310, uma vez que ele define uma conduta antecedente, auxiliar à de quem conduz o veículo.

3. O delito do art. 310: Perigo Abstrato ou Perigo Concreto?

Conforme analisado supra (item 3), o tipo penal do art. 310 do CTB tipifica diversas condutas, algumas delas guardam estrita relação com a

conduta prevista no art. 306 do CTB, enquanto outras são estritamente ligadas ao tipo penal do art. 309.

Todo questionamento acerca da natureza jurídica do crime do art. 310 do CTB gira em torno da suposta necessidade de equivalência de natureza jurídica entre delitos que tratem de condutas correlacionadas. Assim, segundo determinada corrente doutrinária e jurisprudencial, quem entrega veículo a pessoa embriagada deveria ter o mesmo tratamento da pessoa que conduz o veículo sob efeito de álcool e, de forma semelhante, quem entrega o veículo a quem não possui habilitação, deveria ter o mesmo tratamento daquele que dirige sem habilitação.

Nos termos do raciocínio supramencionado, caso se exija comprovação de dano concreto causado pelo condutor, será necessária a mesma exigência para a configuração do crime de quem lhe entregou o veículo. Cria-se, assim, um paralelismo inafastável entre as condutas, o qual, ao nosso entendimento, não encontra fundamento jurídico para prevalecer.

Quanto ao primeiro caso, isto é, no tocante às situações envolvendo embriaguez do condutor, o “paralelismo” entre as condutas de quem entrega o veículo (art. 310 do CTB) e de quem o conduz (art. 306 do CTB) passou a existir apenas após a modificação trazida pela Lei 11. 705/2008, que modificou a redação do art. 306 do CTB, suprimindo a exigência de “dano potencial a incolumidade de outrem”:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Observa-se que, com a modificação legislativa no sentido de retirar da tipificação a exigência de exposição a “dano potencial a incolumidade de

outrem" constante da redação anterior, o delito do art. 306 passou a ser de perigo abstrato, e não mais de perigo concreto.

Dessa forma, devido à alteração legislativa, tornou-se insustentável o argumento de que a correlação entre parte das condutas tipificadas no art. 310 com o delito do art. 306 levaria ao reconhecimento daquele como delito de perigo concreto. Portanto, com a alteração realizada pela Lei 11.705/2008 no art. 306 do Código de Trânsito, a conduta prevista no art. 310 que guarda relação com o tipo penal de “embriaguez ao volante”, qual seja “permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a quem, por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança”, é entendida, incontestavelmente, como delito de perigo abstrato.

Por outro lado, quanto às condutas descritas no tipo penal do art. 310 que não possuem relação com qualquer outro delito tipificado pelo Código de Trânsito, também não há qualquer controvérsia. Considera-se, assim, de perigo abstrato o crime de entregar veículo a pessoa que, por seu estado de saúde, física ou mental, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança.

A dúvida permaneceu em relação à conduta correlacionada ao crime do art. 309 do CTB, vez que o tipo penal, incontestavelmente, a comprovação de efetivo perigo de dano, isto é, trata-se de um crime de perigo concreto. Argumenta-se, então, que para manutenção de coerência no sistema criado pelo Código de Trânsito Brasileiro é necessário que a conduta de entregar veículo a pessoa não habilitada também seja considerada um crime de perigo concreto.

Nesse sentido, no entendimento de parte da doutrina e da jurisprudência, sendo crime de perigo concreto o delito do art. 309, seria necessária, para a configuração do crime do art. 310, a comprovação de que o condutor que recebera o veículo teria causado efetivo perigo de dano à coletividade.

Para os defensores desse posicionamento, um dos argumentos para a necessária correlação entre os delitos é o fato de que a inter-relação entre o crime do art. 309 e do art. 310 do CTB é tida como uma exceção à teoria monista. Assim, excepcionando a regra segundo a qual autor e partícipe

respondem pelo mesmo delito (art.29 do Código Penal), o Código de Trânsito pune autor e partícipe por crimes diversos, isto é, entende-se que o art. 310 pune a participação na prática da infração do art. 309.

Sob a ótica adotada por essa corrente, parece lógico que, uma vez que o art. 309 exige, para a punição do agente que efetivamente conduz o veículo sem habilitação, o efetivo perigo de dano, não é razoável que tal exigência não se repita em relação ao indivíduo que entrega o veículo para que o não habilitado o conduza, sendo assim, "partícipe autônomo" do primeiro delito.

A lição de Damásio de Jesus, ao defender o entendimento em análise é de que:

“Se simplesmente dirigir sem habilitação não configura crime, a participação pela entrega da direção não pode constituir delito autônomo. Se o fato principal (a direção) não é típico, a participação (entrega da direção do veículo) não pode ser transformada em delito autônomo. O legislador não pode converter uma participação atípica numa conduta típica autônoma. (...)”^[5]

Embora pareça lógico o raciocínio apresentado, é necessário observar que a impossibilidade narrada - de punição da participação em um fato principal atípico - é aceita em nosso ordenamento jurídico.

A título de exemplo, o crime do art. 122 do Código Penal Brasileiro, pune aquele que "induz ou instiga alguém a suicidar-se, ou presta-lhe auxílio para que o faça", não punindo, por outro lado, o suicida. Mas qual a relação entre a atipicidade do Suicídio e a tipificação da participação nele com o caso em análise? Ora, o Direito Penal opta por não punir o autoflagelo, embora não desejado, a lesão e o perigo que vitima o próprio agente não é penalmente relevante, mas é punido aquele que concorre para tal resultado.

Deve ser reconhecido o fato de que o Código de Trânsito Brasileiro dedica diversas de suas normas a garantir exclusivamente a segurança do condutor, ou seja, o fato de não possuir habilitação ou de não estar apto a conduzir o veículo põe em risco não apenas a coletividade, mas o próprio

motorista. Como exemplos de tais normas, têm-se a obrigatoriedade do uso do cinto de segurança (art. 65 do CTB), de uso de capacete de segurança (art. 54, I, do CTB), dentre inúmeras outras.

É por esse motivo que o entendimento aqui defendido é no sentido de que, em paralelo ao indivíduo que se suicida (ou tenta o fazer), o motorista sem habilitação que conduz veículo automotor está também se colocando em perigo. Se assim não fosse, não fariam sentido todas as normas do Código de Trânsito Brasileiro que visam exclusivamente a segurança do condutor.

Assim, quem entrega veículo a pessoa não habilitada causa perigo, imediatamente, ao condutor a quem fora confiada a direção e, mediatamente, à coletividade, vez que são frequentes acidentes em que apenas o condutor sofre lesões ou morre, sem que sequer cause perigo a outras pessoas. É nesse mesmo sentido que o próprio art. 310 elenca outras circunstâncias em que a pessoa a quem é entregue o veículo não está apta a conduzi-lo, sob o risco de se submeter, também, a perigo pessoal ("quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança").

Considerando essas características da sistemática criada pelo CTB, a segunda corrente, à qual nos filiamos, entende que o art. 310 não traz a mesma exigência, sendo crime formal, consumado, portanto, com a mera entrega do veículo à pessoa não habilitada, gerando esta perigo de dano à coletividade ou não. Esse entendimento é encampado, dentre outros autores, por Guilherme de Souza Nucci, que ao comentar os crimes de trânsito, assim leciona:

(...) constitui-se delito de perigo abstrato a figura típica penal cuja probabilidade de ocorrência do dano (perigo) é presumida pelo legislador, independentemente de prova no caso concreto. Exemplo: entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada (art. 310) é crime de perigo abstrato. Basta a prova da conduta e presume-se o perigo. Por outro lado, considera-se crime de perigo concreto a figura típica que, fazendo previsão da conduta, exige prova da efetiva probabilidade de dano a bem jurídico tutelado. Exemplo: dirigir veículo automotor sem estar devidamente habilitado, gerando perigo de dano (art. 309). É indispensável que a

acusação, além de descrever na denúncia ou queixa a conduta (dirigir o veículo), faça menção à concreta possibilidade de dano (invadindo a contramão ou subindo na calçada e quase atingindo pedestres, por exemplo).^[6]

Há que se entender que a exigência de habilitação, a partir do conhecido processo cada vez mais exigente, busca a garantia da segurança do trânsito em seus dois vieses, quais sejam, a segurança da coletividade (pedestres e demais condutores), mas também a segurança do próprio condutor.

A almejada coerência sistêmica está mantida. Não há qualquer incongruência na tipificação autônoma (e com menos requisitos) do art. 310 do Código de Trânsito. Entendeu o legislador que não há necessidade de comprovação do efetivo perigo a que está submetido o condutor não habilitado, fazendo tal exigência apenas para que se comprove o perigo à coletividade. Assim, embora seja de perigo concreto o crime do art. 309 do CTB, é de perigo abstrato o delito do art. 310.

Nada obstante os valiosos argumentos utilizados pelos partidários da ideia oposta à que sustentamos, e que reclamam a presença de perigo concreto em todas as situações tratadas, é necessário reconhecer, não sem duras críticas, na medida em que ao art. 310 permite punir como crime o perigo abstrato de um perigo concreto, que a opção do legislados é carregada de fundamentação protetiva e antecipadora de um mal hipotético.^[7]

Outrossim, uma vez que expor si mesmo a perigo não é fato penalmente relevante, o condutor não habilitado não poderá ser punido pelo perigo a que se submete, sendo responsabilizado somente por eventual perigo concreto de dano que causar à coletividade, nos termos do art. 309 do CTB.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, pondo fim à controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, sumulou, em junho de 2016, entendimento no sentido de que o delito de entregar veículo a pessoa não habilitada (art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro), não

exige comprovação de efetivo perigo, sendo, portanto, delito de perigo abstrato. Assim dispõe a referida súmula:

Súmula 575-STJ: Constitui crime a conduta de permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor à pessoa que não seja habilitada, ou que se encontre em qualquer das situações previstas no art. 310 do CTB, independentemente da ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na condução do veículo.

O entendimento, portanto, apesar de haver posicionamentos doutrinários discordantes, encontra-se atualmente pacificado no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por meio da supracitada Súmula nº 575. Dessa forma, as condutas tipificadas pelo art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro, independentemente de terem correlação com os delitos do art. 306 ou do art. 309 do CTB, configuram crime de perigo abstrato.

4. Considerações Finais

O Código de Trânsito Brasileiro, ao tratar dos crimes específicos relacionados à condução de veículo automotor, optou pela majoritária tipificação de delitos de perigo, como forma de coibir o grande número de acidentes e vítimas fatais nas rodovias brasileiras. Dentre os crimes de perigo criados, destacou-se o crime do art. 310 do CTB, acerca do qual, por muito tempo, doutrina e jurisprudência divergiam, quanto à definição de sua natureza jurídica.

A inter-relação entre as condutas tipificadas pelo art. 310 e as condutas punidas pelos delitos previstos nos arts. 306 e 309 do Código de Trânsito, conduziu ao argumento de que as condutas relacionadas deveriam ter o mesmo tratamento jurídico. Dessa forma, argumentava-se que, uma vez sendo o crime do art. 309 do Código de Trânsito um delito de perigo concreto, a conduta de entregar veículo a pessoa não habilitada, prevista no tipo penal do art. 310 mas intimamente relacionada ao disposto no art. 309, também deveria ser considerada um delito de perigo concreto.

Todavia, como visto, é necessário destacar que muitas das normas do Código de Trânsito Brasileiro buscam, além da proteção da coletividade, a importante proteção dos condutores dos automóveis, de modo que o rigoroso processo de obtenção de habilitação ou de permissão para dirigir é um mecanismo de proporcionar maior segurança no trânsito, inclusive para o próprio motorista.

Por essa razão, entende-se que, ao se entregar um veículo a pessoa não devidamente habilitada, há a criação de um duplo risco: à coletividade e ao próprio condutor. Dessa forma, a conduta de entregar o veículo (tipificada ao teor do art. 310), embora seja relacionada à conduta descrita no art. 309 do CTB (dirigir sem habilitação, gerando perigo de dano), não é a ela equivalente, inexistindo, como por muito tempo se pretendeu, um estrito paralelismo entre os tipos penais.

A discussão acerca da natureza jurídica do crime do art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro chegou ao Superior Tribunal de Justiça que, em maio de 2016, sumulou entendimento no sentido acima exposto. Assim, o tribunal se posicionou no sentido de que todas as condutas previstas no tipo penal são de perigo abstrato, ou seja, independem de demonstração de efetivo perigo criado pelo agente.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu, portanto, no mesmo viés protecionista que permeia toda codificação de trânsito nacional, privilegiando o entendimento de que condutas reconhecidamente perigosas devem ser preventivamente punidas, de modo a impedir a efetiva ocorrência de acidentes e o aumento do alarmante número de vítimas fatais no trânsito brasileiro.

Cumprido destacar, todavia, que embora não se negue a importância da existência de previsão de infrações penais no Código de Trânsito Brasileiro, o Direito Penal não pode ser visto como a “panaceia de todos os males”. Não se pode olvidar que o Direito Penal ostenta característica de *ultima ratio*, conceito segundo o qual sendo possível a tutela por via extrapenal, esta deve prevalecer.^[8]

Nesse sentido, em se tratando do Código de Trânsito, diversas medidas de natureza administrativa são preferíveis e, quando não suficientes, são indispensáveis à eficácia do próprio Direito Penal. Para um eficaz controle das condutas ilegais no trânsito brasileiro, ainda é imprescindível a implementação de ações de fiscalização preventivas, sem as quais a punição de agentes infratores, administrativa ou criminalmente, torna-se impossível.

Portanto, nesse contexto, o necessário policiamento ostensivo de trânsito inclui a fiscalização das infrações de trânsito praticadas nas vias públicas, bem como os demais atos de polícia relativos ao trânsito, aí incluídas as ações de fiscalização preventivas, componentes do conjunto de medidas destinado, diretamente, a manter íntegra a ordem pública.^[9]

Assim, de nada adiantarão os esforços argumentativos para o enquadramento de condutas perigosas em crimes de perigo abstrato, com intuito de fazer-se concretizar o escopo preventivo do Código de Trânsito Brasileiro se não houver efetiva ação administrativa e fiscalizatória. Apenas a atuação preventiva evitará o absurdo número de acidentes e vítimas fatais nas estradas e rodovias brasileiras.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol. I

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral- volume 1. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012, capítulo 8, item 8.2.6.

GASPARINI, Diógenes. **Novo Código de trânsito**: os municípios e o policiamento. In: Revista de informação legislativa, v. 35, n. 139, p. 57-70, jul./set. de 1998.

JESUS, Damásio de. Crimes de Trânsito: anotações à parte criminal do Código de Trânsito (Lei 9.503, de 23 de Setembro de 1997). 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARCÃO, Renato. **Crimes de Trânsito**. Anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei 9.503, de 23-9-197. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 8ª Ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal: parte geral**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NOTAS:

[1] MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

[2] ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012, capítulo 8, item 8.2.6.

[3] CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral- volume 1**. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

[4] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal. Parte Geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol. I

[5] JESUS, Damásio de. Crimes de Trânsito: anotações à parte criminal do Código de Trânsito (Lei 9.503, de 23 de Setembro de 1997). 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

[6] NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 8ª Ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

[7] MARCÃO, Renato. **Crimes de Trânsito**. Anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei 9.503, de 23-9-197. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011

[8] REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**: parte geral. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

[9] GASPARINI, Diógenes. Novo Código de trânsito: os municípios e o policiamento. In: **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 57-70, jul./set. de 1998.

ASPECTOS DA NOVA REGULAÇÃO DAS ATIVIDADES MINERÁRIAS NO BRASIL

ALICE SANTOS VELOSO NEVES: Advogada, graduada em 2002/02 pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal de Goiás. Aluna especial do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas - PPGDP, nível Mestrado Profissional, da Universidade Federal de Goiás. Assessora jurídica da Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos.

RESUMO: A Lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017 criou a Agência Nacional de Mineração, a partir da conversão da Medida Provisória nº 791/2017 e estabelece uma nova fase para o setor minerário no Brasil. O presente artigo visa discutir o papel da nova agência reguladora, alguns pontos da nova legislação, e a necessidade de equacionar e tornar mais harmônica a atuação da exploração mineral com os interesses da sociedade, meio ambiente e do próprio país. Trata, ainda, sobre a questão da soberania nacional e federalismo cooperativo relacionado aos *royalties* da mineração.

Palavras-chave: Agência Nacional de Mineração; Agência Reguladora; atividades minerárias.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Natureza jurídica da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais — CFEM. 3. Cooperação entre os entes federativos 4. A escolha pelo modelo de agência reguladora 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

O setor minerário foi recentemente atualizado pela Lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017, em decorrência da Medida Provisória 791/2017, que criou a Agência Nacional de Mineração (ANM), em substituição ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM).

As mudanças legislativas ocorridas foram originadas de expectativas de décadas, sendo um anseio antigo.

A legislação federal que tratava sobre a matéria se consubstanciava no [Decreto-lei nº 227, de 1967](#), então denominado de

Código de Mineração, e em várias outras leis e decretos, e conferia à União a administração dos recursos minerais. Essa administração era realizada no âmbito do Ministério de Minas e Energia — MME —, instância responsável pela formulação e coordenação das políticas do setor mineral no País.

Outros setores tiveram seus serviços e bens regulados via Agência Reguladora, mas a alteração legislativa ocorrida na década de 90, em relação ao setor mineral indicou que operacionalização da política mineral fosse feita pelo Departamento Nacional de Produção Mineral — DNPM a quem competia, dentre outras atribuições, o registro e análise dos processos de outorga de títulos minerários, assim como o controle e fiscalização das atividades de mineração em todo o território nacional.

Ante a novidade legislativa a Agência Reguladora criada para o setor mineral substituirá parte do papel então desempenhado pelo estado brasileiro e pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), que foi extinto.

O texto também altera aspectos relacionados à cobrança da taxa para o exercício da atribuição de poder de polícia da agência, trata do enquadramento salarial dos servidores que migrarão para a ANM e estabelece as atribuições do órgão.

São descritas ainda competências e funções para a nova agência, que deverá, entre outras coisas, realizar fiscalizações presenciais nos empreendimentos minerários com o objetivo de aproveitar racionalmente as jazidas e garantir sua segurança técnica operacional.

Alguns projetos de lei haviam sido encaminhados anteriormente, como o de nº 37/2011, bem como o de nº 5.807/2013, os quais seguiam a mesma linha político-administrativa dos recursos minerais, com adoção de um Novo Marco Regulatório da Mineração e criação de uma Agência Reguladora no setor, dentre os principais temas^[1].

Entretanto, após a tragédia ocorrida na cidade de Mariana, em Minas Gerais, suspenderam-se as discussões das propostas legislativas, que até então eram analisadas mais do ponto de vista econômico que ambiental. Na proposta original de 2013 havia a indicação de maior compensação financeira aos municípios afetados pela extração de minério, mas a partir da tragédia ocorrida em Mariana, o aumento passou a ser

defendido como maneira de compensar os municípios pelos danos ambientais.

As propostas legislativas foram substituídas pelas Medidas Provisórias nº 789, 790 e 791, todas de 2017, as quais alteraram a forma de cálculo da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM), modificaram regras e procedimentos de pesquisa e exploração mineral e criou a Agência Nacional de Mineração - ANM, acabando com o Departamento Nacional de Produção Mineral, respectivamente.

As citadas medidas provisórias aguardavam sua conversão em lei, o que acabou ocorrendo com a publicação da Lei nº 13.575 de 26 de dezembro de 2017, que definitivamente criou a nova Agência Reguladora do setor mineral, além de atualizar alguns temas do Código de Mineração, sendo considerado o novo Marco Regulatório da Mineração.

Alguns pontos foram alterados, como o tempo de pesquisa que foi ampliado, com o intuito de aprimoramento da própria pesquisa objetivando o plano de aproveitamento econômico exigido quando do requerimento de lavra.^[2]

Significativa alteração foi a indicação de que a contribuição passou a ser realizada pela receita bruta e não mais pela líquida, após diagnóstico de que havia intenso processos de judicialização da cobrança.

2. Natureza jurídica da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais — CFEM

As diretrizes da nova lei impõe à ANM a atribuição para gerir os recursos minerais da União, regular e fiscalizar as atividades de aproveitamento dos recursos minerais no País, competindo-lhe, nos termos do inciso XII de seu art. 2º, **regulação, fiscalização**, arrecadação, constituição e cobrança dos créditos decorrentes:

a) da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM), de que trata a [Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989](#);

b) da taxa anual, por hectare, a que se refere o [inciso II do caput do art. 20 do Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967](#) (Código de Mineração); e

c) das multas aplicadas pela ANM;

Em relação à perspectiva econômica, destacam-se as receitas arrecadadas pelos Estados da Federação a partir da atividade minerária providas da **Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais — CFEM**—, recebida por Estados e Municípios como indenizações em função da exploração mineral em seus territórios, e a **Taxa de Controle, Monitoramento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Aproveitamento de Recursos Minerários — TFRM** —, devida pelas pessoas físicas ou jurídicas que explorem determinados recursos minerais no Estado, instituídas apenas por alguns Estados.

A natureza jurídica da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM- já fora alvo de muitos debates na doutrina e na jurisprudência. Por outro lado, este posicionamento já se encontra mais consolidado após o posicionamento do Superior Tribunal Federal – STF - sobre a matéria.

Assim, o STF entende que a **CFEM possui natureza jurídica de receita patrimonial, constituindo preço público, receita patrimonial originária do Estado decorrente da exploração dos recursos minerais, de participação no produto da exploração**, conforme o seguinte julgamento:

EMENTA: Bens da União: (recursos minerais e potenciais hídricos de energia elétrica): participação dos entes federados no produto ou compensação financeira por sua exploração (CF, art. 20, e § 1º): natureza jurídica: constitucionalidade da legislação de regência (L. 7.990/89, arts. 1º e 6º e L. 8.001/90). 1. O tratar-se de prestação pecuniária compulsória instituída por lei não faz necessariamente um tributo da participação nos resultados ou da compensação financeira previstas no art. 20, § 1º, CF, que configuram receita patrimonial. 2. A obrigação instituída na L. 7.990/89, sob o título de "compensação financeira pela exploração de recursos minerais" (CFEM) não corresponde ao modelo constitucional respectivo, que não comportaria, como tal, a sua incidência sobre o

faturamento da empresa; não obstante, é constitucional, por **amoldar-se à alternativa de "participação no produto da exploração" dos aludidos recursos minerais**, igualmente prevista no art. 20, § 1º, da Constituição. (RE 228800, Relator(a):Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 25/09/2001, DJ 16-11-2001 PP -00021 EMENT VOL – 02052 - 03 PP - 00471) ^[3]

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO: TAXA: CONCEITO. CÓDIGO Lei 9.314, de 14.11.96: REMUNERAÇÃO DE MINERAÇÃO. PELA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS: PREÇO PÚBLICO. I. - As taxas decorrem do poder de polícia do Estado, ou são de serviço, resultantes da utilização efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição (C.F., art. 145, II). O poder de polícia está conceituado no art. 78, CTN. II. - Lei 9.314, de 14.11.96, art. 20, II e § 1º, inciso II do § 3º: não se tem, no caso, taxa, no seu exato sentido jurídico, mas preço público decorrente da exploração, pelo particular, de um bem da União (C.F., art. 20, IX, art. 175 e §§). III. - ADIn julgada improcedente. ([ADI 2586](#) / DF – DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO
Julgamento: 16/05/2002 Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

A CFEM, também denominada de *royalties* da mineração, portanto, é considerada como a receita mais tradicional advinda da utilização dos recursos minerais. Instituída pela [Constituição Federal de 1988](#), é devida aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos órgãos da administração da União, como contraprestação pela utilização econômica dos recursos minerais em seus respectivos territórios e devida por toda e qualquer pessoa física ou jurídica que explora substâncias minerais para fins de aproveitamento econômico.

A atual legislação sobre a matéria, além de alterar as porcentagens da destinação da CFEM a cada ente estatal, dispõe agora que esses *royalties* incidem não mais sobre o faturamento líquido. Com a observância do limite de 4% (quatro por cento) mas sim sobre a receita bruta da venda, deduzidos os tributos incidentes sobre sua comercialização, quando da realização de sua venda entre outras hipóteses^[4], com variações nas alíquotas, de acordo com a substância mineral.

Portanto, temos que a CFEM, também denominada de *royalties* da mineração são agora administrada pela nova agência reguladora criada para regular, fiscalizar e controlar o setor mineral.

Freire (2005, p.61^[5]) ressalta que “ao garantir ao minerador a propriedade do produto da lavra instituiu, ao mesmo tempo, Compensação Financeira pela exploração dos bens minerais.” Assim, como decorrência da exploração das jazidas minerais, o minerador paga a Compensação Financeira, como uma participação no resultado pela exploração.

3. **Cooperação entre os entes federativos**

A Constituição Federal dispõe que os recursos minerais, inclusive o subsolo, são bens da União, sendo esta competente privativamente para legislar sobre jazidas, minas e outros recursos minerais.

O parágrafo 1º do art. 20 da Constituição Federal assegura nos termos da lei, aos Estados membros, ao Distrito Federal e aos Municípios, Órgãos da Administração direta da União, participação nos resultados da exploração dos recursos minerais ou compensação financeira por essa exploração.

Apesar da primazia da União sobre a atividade minerária a competência é comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e de lavra mineral em seus territórios e controlar os impactos ambientais causados pela atividade minerária, atribuição expressamente prevista na Constituição Federal, senão vejamos:

Art. 20. **São bens da União:**

IX - **os recursos minerais**, inclusive os do subsolo;

[...]

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

VI - sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;

[...]

XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

Destaca-se o fortalecimento da cooperação entre os entes federativos, ao teor do art. 23, XI da Constituição Federal, conforme acima citado.

Os percentuais da distribuição dos *royalties* da mineração, tratado pela Lei nº 7.990/1989 foram também alterados pela atual legislação, que deu nova redação Lei nº 8.001/1990, que dispõe sobre o assunto.

A atual distribuição da CFEM será realizada seguindo os percentuais de 10% (dez por cento) para a União^[6]; 15% (quinze por cento) para o Distrito Federal e os Estados onde ocorrer a produção; 60% (sessenta por cento) para o Distrito Federal e os Municípios onde ocorrer a produção; 15% (quinze por cento) para o Distrito Federal e os Municípios, quando afetados pela atividade de mineração e a produção não ocorrer em seus territórios, em situações específicas^[7].

As alíquotas anteriores consideravam a destinação de 23% para o Estado onde for extraída a substância mineral; 65% para o Município produtor e 10% para o Ministério de Minas e Energia, a serem integralmente repassados ao Departamento Nacional de Produção Mineral — DNPM —, que destinará 2% desta cota-parte à proteção ambiental em

regiões mineradoras, por intermédio do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis — Ibama; e 2% para o Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico — FNDCT — destinado ao desenvolvimento científico e tecnológico do setor mineral.

Nesse sentido, percebe-se que sob a visão do ente estatal, a porcentagem de CFEM que era medida da extração mineral, passou a ocorrer sua produção, havendo diminuição de 8% (oito por cento). Por outro lado, o Distrito Federal e Municípios afetados pela atividade de mineração e a produção não ocorrer em seus territórios ficaram privilegiados em relação apesar da diminuição do percentual de CFEM destinado aos Estados.

O professor Marcelo Novelino^[8] ao tratar sobre o tema de competência administrativa (ou materiais) comuns de todos os entes federativos, disposta no art. 23 da CF esclarece que este sistema inova ao assim tratar e que não significa, de forma imediata, competência para legislar. Continua citando julgado do Supremo Tribunal Federal que enfatiza que:

Isso não significa que os entes federativos estejam impedidos de legislar sobre o tema, porquanto se em um Estado de Direito tudo deve ser feito em conformidade com a lei, negar a competência legislativa acabaria por tornar inócua a competência material^[9].

A emenda constitucional 53/2006 deu nova redação ao parágrafo único do artigo 23 estabelecendo que “leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”.

Assim, temos que o texto constitucional federal remete à lei complementar a fixação de normas de cooperação entre os entes federados para efetivar a competência de registro, acompanhamento e fiscalização das concessões de direitos de pesquisa e de lavra mineral. Entretanto, essa lei ainda não foi editada.

Sobre essa questão o professor Marcelo Novelino entende que melhor seria se as leis complementares que tratarem sobre cooperação forem elaboradas pela União, para evitar regulamentações distintas. Cita ainda Itiberê Rodrigues^[10] ao explicar que se seguindo o modelo-matriz alemão, o instrumento jurídico de consecução de tais atividades seria o convênio administrativo, cabendo à União fornecer a parte substancial dos meios técnicos e financeiros, “ao passo que a execução propriamente dita das atividades ficaria sob a competência dos Estados-membros, Distritos Federal e Municípios”.

Nesse propósito, no sítio eletrônico do antigo DNPM, a quem competia a fiscalização das atividades relativas à mineração, havia um modelo padrão de cooperação técnica padrão e a indicação de todos os acordos já firmados com os diferentes entes da federação brasileira.

Com o mesmo intuito de atuação com cooperação entre os entes da federação, na visão de quem mais próximo está melhor fiscaliza, por mais que a atuação fiscal seja de competência da União, via agora a ANM, essa atividade sobre a mineração pode ser exercido pela competência administrativa dos diferentes entes federativos ou por aqueles que firmarem convênios ou instrumentos normativos de cooperação que esse poder outorgue, atuando por delegação de competência.

A Lei nº 13.575 de 26 de dezembro de 2017 retira as dúvidas antes existentes ao inserir previsão expressa de cooperação nas atividades de fiscalização dos *royalties* da mineração, nos termos do parágrafo quarto de seu parágrafo quarto do art. 2º, abaixo destacado:

§ 4º As competências de fiscalização das atividades de mineração e da arrecadação da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM) poderão ser exercidas por meio de convênio com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que os entes possuam serviços técnicos e administrativos organizados e aparelhados para execução das atividades, conforme condições estabelecidas em ato da ANM.

4. A escolha pelo modelo de agência reguladora

O Estado brasileiro sofreu um processo de reforma regulatória, principalmente a partir do programa de desestatização, dos anos de 1990 em diante.

A atividade regulatória é inerente ao exercício da atividade estatal. Entretanto, optou-se por introduzir no Brasil o modelo de Agências Reguladoras, inspirado em experiências internacionais, as quais foram adotadas de forma incompleta, vez que apesar da influência do modelo norte-americano de agência reguladora independente, mesclou-se com a experiência europeia, criando-se um modelo brasileiro próprio, ainda em construção e por vezes conflitante com o regime presidencialista e com o princípio da separação dos Poderes.^[11]

As agências reguladoras são entes criados por lei que servem para regular o mercado, funcionando como um tripé, aptas a realizarem ajustes entre os usuários/cidadãos, as empresas e o próprio Estado. Para tanto devem possuir um quadro especializado altamente técnico que possibilite a constante melhoria da qualidade da regulação e aumento de sua legitimidade, transparência, eficácia e eficiência.

Tradicionalmente a experiência adotada nas agências reguladoras estava voltada à regulação da infra-estrutura e serviços públicos. É certo que a atividade de regulação dos diversos setores, nos moldes determinados pelo art. 175 da Constituição Federal pode ser realizada pelo próprio Estado. Órgãos da administração direta exercem fiscalização e controle de atividades diversas.

Por outro lado, por mais que as atividades de fiscalização minerárias, dentre outras, fossem exercidas por uma autarquia, o DNPM, vislumbrou-se a necessidade de que este ente tivesse mais independência e desvinculação do próprio estado.

Assim também ocorreu com outros setores, que vislumbaram a necessidade de uma nova regulação estatal, determinada pela perspectiva de um Estado intervir em setores da economia, com características citadas por Marques Neto (2009, p.46):

- i) sem afastar a participação dos agentes privados; ii) separando as tarefas de regulação das de exploração de atividade econômica, mesmo quando remanescer atuando no setor por ente controlado seu; iii) orientando sua intervenção predominantemente para a defesa dos

interesses do cidadãos enquanto participantes das relações econômicas travadas no setor regulado; iv) procurando manter o equilíbrio interno ao setor regulado, de modo a permitir a preservação e incremento das relações de competição (concorrência), sem descuidar da tarefa de imprimir ao setor pautas distributivas ou desenvolvimentistas típicas de políticas públicas; e por fim, v) exercendo a autoridade estatal por mecanismos e procedimentos menos impositivos e mais reflexivos (permeáveis à composição e arbitramento de interesses), o que envolve maior transparência e participação na atividade regulatória^[12].

Assim surgem as agências reguladoras, autarquias especiais que exigem ampla gama de competências associadas a uma alta especialidade técnica, que possibilitem a atuação em determinado setor da economia, que justifique tal intervenção por sua relevância ou essencialidade da atividade econômica (MARQUES NETO, 2009).

O exercício da atividade reguladora a ser desenvolvido por meio de Agência Nacional de Mineração (ANM) é afeto ao controle, a fiscalização e a regulação econômica ligada a atividade mineral.

Dentre as atividades a serem desenvolvidas pela ANM, assim como em qualquer outra agência reguladora, destaca-se o papel a ser desempenhado pela regulação, em si.

A atuação do Governo Federal na área regulatória foi originada a partir de ações governamentais que visavam aprimorar o modelo institucional para a regulação econômica no Brasil. Assim, a partir de um diagnóstico realizado^[13] por volta de quinze anos atrás, elaborou-se o Projeto de Lei nº 3.337/2004, que propõe alterações e criação de uma lei geral que regeria todas as agências reguladoras, a proporcionar aprimoramento vinculado.

Observa-se que as críticas às agências reguladoras são justamente opostas a sua essência, digo, se os objetivos desses entes fossem cumpridos, na forma estabelecida pela doutrina ou até mesmo como dispõe a lei, muito melhor seriam suas atuações.

O direcionamento a um melhor Estado Regulador demandaria um movimento coordenado e estudado por parte da cúpula do governo,

primando pelo equilíbrio entre as partes, visando não só o interesse de uma das partes (prestadores de serviços/ empresas ou usuários/população afetada), sem interferência direta “de dinâmicas setoriais endógenas” [\[14\]](#).

Nesse sentido, denota-se a necessidade de fortalecimento do modelo escolhido, de regulação por meio de agências reguladoras, com a publicação da proposta de edição de uma lei que possibilitasse a sua ampla regência, exigindo mandatos fixos dos dirigentes, servidores com capacidade técnica suficiente a trabalharem nas demandas específicas que desempenham e melhoramento da qualificação técnica e da forma de representação dos usuários e cidadãos, como um dos afetados no tripé da regulação.

Outra falha que mostra as agências reguladoras do âmbito federal está na confusão de que é o poder outorgante do serviço ou bem regulado. E isso pode gerar confusão e dissonância entre a formulação das políticas públicas, a sua execução e o planejamento do serviço em si.

No setor mineral agora ficou a cargo do Conselho Nacional de Política Mineral – CPMR várias atividade de regulação. Uma das atividades é a indicação de quais áreas irão ser licitadas, tonando mais justa essa divisão.

O poder concedente dos bens minerais é da União, via Ministério de Minas e Energia, a quem compete estabelecer a política pública mineral, também desenvolvida pelo Conselho Nacional de Política Mineral. Já a ANM tem o dever de implementar a política nacional para as atividades de mineração;

Como mais uma observação a criação de uma melhor agência reguladora sugere-se a criação de ouvidorias que bem funcionem; o julgamento colegiado dos atos, formado por membros técnico qualificados; interação operacional entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência, além de melhor cooperação e interação entre as agências reguladoras, dos diferentes âmbitos de atuação, nacional, estadual, do Distrito Federal e municipal, quando assim for o caso.

5. Conclusão

A Lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017 criou a Agência Nacional de Mineração (ANM) e realizou uma reorganização institucional no setor mineral.

Observa-se mudança na Outorga de Título Mineral garantindo melhor acompanhamento, fiscalização e gestão pelo órgão gestor e uma vontade legislativa de que haja mitigação dos procedimentos especulativos improdutivos. Ademais, denota-se um incentivo à agregação de valor na produção mineral e mecanismos de apoio à sustentabilidade da mineração em todas suas etapas.

É certo que as atividades de fiscalização das atividades relativas à mineração são de competência da recente Agência Nacional de Mineração, mas a cooperação entre os entes da federação torna-se imprescindível para que haja um controle e fiscalização mais próxima, adequada e eficaz a também proteger o meio ambiente e as sociedades, principalmente aquelas afetadas pela extração mineral. .

Com a observância de uma aprimorada participação federativa na fiscalização e gestão dos recursos minerais (art. 23 da Constituição Federal) espera-se que os Estados e Municípios possam se estruturar para o cumprimento de possível delegação de competência para fiscalizar as receitas advindas das atividades minerais, principalmente em relação aos *royalties* da mineração, a facilitar a execução dos atos de fiscalização e acompanhamento das receitas financeiras advindas a cada um dos entes federativos.

Cada vez mais é importante que a exploração mineral seja realizada de maneira harmônica com os interesses da sociedade e do país, tendo em vista que a extração mineral gera danos irreversível e considerável impacto ambiental e social.

Espera-se que o novo modelo institucional criado, via agência reguladora, permita melhorar o cenário para todos os regulados, principalmente para a sociedade, que se espera ser mais participativa, com possibilidade de atuação e representação dentro da ANM, a melhor preservar seus direitos.

6. REFERÊNCIAS

BARREIRA, Érika de Campos. **Novo Marco Regulatório da Mineração e a CFEM: Será que vai melhorar?** Direito ambiental e

socioambientalismo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <
<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/j0duvo2k/mLeKim3o2dfTF A72.pdf>> Acesso em: 10 jun. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: . Acesso em: 19 jun. 2017.

_____. Lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13575.htm>. Acesso em 10 jan. 2018.

_____. Decreto Federal nº 1, de 11 de janeiro de 1991. Disponível em: . Acesso em: 29 jun. 2017.

_____. Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990. Disponível em: . Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. Decreto-Lei n. 227/1967, de 28 de fevereiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0227.htm. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 228800. Primeira Turma, julgado em 25 set. 2001, Diário da Justiça, Brasília, DF, 16 nov. 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº [2586](#) / DF – DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, julgado em 16 maio 2002, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266853>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

BRAZ, Eliézer. **Aspectos tributários da mineração brasileira**. Ministério de Minas e Energia - MMEe Secretaria de Geologia, Mineração e Transformação Mineral -SGM. 2009 disponível em: http://www.mme.gov.br/documents/1138775/1256656/P03_RT09_Analise_Comparativa_de_Royalties.pdf/b3fe42a7-d7f5-41bf-8ee9-3e78644bed6f. Acesso em 02.06. 2017.

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

CARVALHO, Wanderlino Teixeira. **Audiência Pública sobre o Novo Marco Regulatório da Mineração**: Projeto de Lei nº 37, de 2011 (Deputado Weliton Prado) Projeto de Lei nº 5807, de 2013 (Poder Executivo), disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/pl-0037-11-mineracao/arquivos/wanderlino-teixeira-de-carvalho-ex-presidente-da-associacao-brasileira-de-agencias-de-regulacao-abar>> Acesso em: 10 fev. 2017.

ENRIQUEZ, M. A. R. S. **Eqüidade intergeracional na partilha dos benefícios dos recursos minerais**: a alternativa dos Fundos de Mineração. Revista Iberoamericana de Economía Ecológica Vol. 5: 61-73. Disponível em: <http://www.raco.cat/index.php/Revibec/article/viewFile/57898/67959> <>. Acesso em: 10 jun. 2017.

FREITAS, Carlos Machado de; SILVA, Mariano Andrade da; MENEZES, Fernanda Carvalho de. O desastre na barragem de mineração da Samarco: fratura exposta dos limites do Brasil na redução de risco de desastres. **Cienc. Cult.**, São Paulo, v. 68, n. 3, p. 25-30, Sept. 2016. Available from . access on 04 Nov. 2017. <http://dx.doi.org/10.21800/2317-66602016000300010>

GALVÃO, C. **A evolução do marco regulatório da mineração no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2015.

GÖCKS, N. R. A. **A mineração de agregados para a construção civil no novo marco regulatório: tratamento (in) diferenciado.** Caxias do Sul: UCS, 2015.

GOIÁS (Estado). Constituição do Estado de Goiás. Disponível em: . Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. Goiás Agora. **Gigantes grupos de mineração de olho nas minas de ouro de Goiás** Disponível em: <<http://www.goiasagora.go.gov.br/gigantes-grupos-de-mineracao-de-olho-nas-minas-de-ouro-de-goias/>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

HIJAZI, H. S. N.; PIRES, J. B.; LICORIO, A. M. O. **Compensação Financeira pela exploração de recursos minerais – CFEM.** Redeca, v.2, n. 2. Jul- Dez. 2015 p. 37-55. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/redeca/article/download/28562/20049>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes: Fundamentos e seu regime jurídico.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OLIVEIRA, Guilherme Resende. **Apostila de Avaliação de Políticas Públicas – avançado.** Goiânia: Superintendência da Escola de Governo Henrique Santillo, 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário.** 14^a edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VIEIRA, A. G. N. **O conflito agrário-minerário em Americano do Brasil - Goiás.** Goiânia: UFG, 2015.

NOTAS:

[1] CARVALHO, Wanderlino Teixeira. **Audiência Pública sobre o Novo Marco Regulatório da Mineração:** Projeto de Lei nº 37, de 2011 (Deputado Weliton Prado) Projeto de Lei nº 5807, de 2013 (Poder Executivo), disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/pl-0037-11-mineracao/arquivos/wanderlino-teixeira-de-carvalho-ex->

[presidente-da-associacao-brasileira-de-agencias-de-regulacao-abar](#)>
Acesso em 10 Fev. 2017.

[3] No mesmo sentido seguem os seguintes precedentes: MS 24.312/DF, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 19.12.2003, p. 50; RE 228.800/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 16.11.2001, p. 21; AI 453.025/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 9.6.2006, p. 28.

[4] No consumo, sobre a receita bruta calculada, considerado o preço corrente do bem mineral, ou de seu similar, no mercado local, regional, nacional ou internacional, conforme o caso, ou o valor de referência, definido a partir do valor do produto final obtido após a conclusão do respectivo processo de beneficiamento; nas exportações, sobre a receita calculada, considerada como base de cálculo, no mínimo, o preço parâmetro definido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda, com fundamento no [art. 19-A da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996](#), e na legislação complementar, ou, na hipótese de inexistência do preço parâmetro, será considerado o valor de referência; na hipótese de bem mineral adquirido em hasta pública, sobre o valor de arrematação e na hipótese de extração sob o regime de permissão de lavra garimpeira, sobre o valor da primeira aquisição do bem mineral.

[5] FREIRE, William. *Natureza Jurídica do Consentimento Para Pesquisa Mineral, Do Consentimento para Lavra e do Manifesto de Mina no Direito Brasileiro*. Minas Gerais: Jurídica, 2008.

[6] Nos termos do parágrafo segundo do art. 2º da Lei 8.001/90, dos 10% (dez por cento) destinados à União 7% (sete por cento) é destinado à Agência Nacional de Mineração; 1% (um por cento) para o Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT), instituído pelo Decreto-Lei nº 719, de 31 de julho de 1969, e restabelecido pela Lei nº 8.172, de 18 de janeiro de 1991, destinado ao desenvolvimento científico e tecnológico do setor mineral; 1,8% (um inteiro e oito décimos por cento) para o Centro de Tecnologia Mineral (Cetem), vinculado ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, criado pela Lei nº 7.677, de 21 de outubro de 1988, para a realização de pesquisas, estudos e projetos de tratamento, beneficiamento e industrialização de bens minerais; e 0,2% (dois décimos por cento) para o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), para atividades de proteção ambiental em regiões impactadas pela mineração.

[7] Pelas infraestruturas utilizadas para o transporte ferroviário ou dutoviário de substâncias minerais; afetados pelas operações portuárias e

de embarque e desembarque de substâncias minerais; onde se localizem as pilhas de estéril, as barragens de rejeitos e as instalações de beneficiamento de substâncias minerais, bem como as demais instalações previstas no plano de aproveitamento econômico.

[8] Novelino, Marcelo. Curso de direito constitucional. 10ªed. ver.ampl. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 603 e 604.

[9] STF – RE 308.399/MG, rel Min. Carlos Velloso (29.03.2005).

[10] Novelino, Marcelo. Idem. Rodapé, p.604.

[11] Luiz Alberto dos Santos. **DESAFIOS DA GOVERNANÇA REGULATÓRIANO BRASIL. Capturado em** <<http://www.regulacao.gov.br/pastas-retiradas-da-publicacao/portal-antigo/artigos/desafios-da-governanca-regulatoria-no-brasil/view>> em 03 de janeiro de 2017.

[12] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências Reguladoras Independentes: Fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 45.

[13] Verificar em BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial - “Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no Atual Arranjo Institucional Brasileiro”. 2003.

[14] Luiz Alberto dos Santos. **DESAFIOS DA GOVERNANÇA REGULATÓRIANO BRASIL. Capturado em** <<http://www.regulacao.gov.br/pastas-retiradas-da-publicacao/portal-antigo/artigos/desafios-da-governanca-regulatoria-no-brasil/view>> em 03 de janeiro de 2017

NOVAS PERSPECTIVAS CONFERIDAS AO MANDADO DE INJUNÇÃO

SILVIA PRIMILA GARCIA RASKOVISCH:
Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes.

RESUMO: Este artigo visa tratar de aspectos específicos relativos ao mandado de injunção, perpassando a análise jurisprudencial dos Tribunais Superiores, bem como as alterações promovidas pela Lei n 13.300/2016. Ademais, buscou-se conceituar o princípio da separação dos poderes e da judicialização das políticas públicas em cotejo ao mandado de injunção. Em outras palavras, passou-se a analisar a jurisprudência do STF quando do julgamento dos mandados de injunção com vistas a analisar a preservação do princípio da separação dos poderes na seara da judicialização de políticas públicas.

Palavras-chave: Mandado de Injunção; princípio da separação dos poderes; judicialização de políticas públicas; Lei n 13.300/2016.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 inovou consideravelmente ao dispor em seu artigos. 5, inc.LXXI, 102, I, “q” e II, “a”, 105, I, “h” e 121, parágrafo 4º, inciso V acerca do Mandado de Injunção, considerado remédio constitucional, sob procedimento judicial, colocado à disposição dos titulares de direitos subjetivos constitucionais cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência de norma regulamentadora.

O mandado de injunção atinge normas constitucionais de eficácia limitada, cuja aplicabilidade não tenha sido implementada pela legislação infraconstitucional. Infere-se, desta maneira, que o mencionado remédio constitucional é empregado para suprir omissões inconstitucionais, em razão da conduta omissiva do Estado no processo legislativo.

Qualquer direito previsto na carta magna que possua a natureza de norma de eficácia limitada - o que implica a integração por outra espécie normativa de hierarquia inferior - presta-se à atuação do mandado de injunção. Conseqüentemente, incabível a utilização do mandado de injunção se a previsão constitucional possui eficácia plena.

Pode-se assentar que o direito ou prerrogativa carente de regulamentação deve possuir previsão constitucional, não se admitindo cogitar do cabimento da impetração de mandado de injunção para obter a fruição de direito ou prerrogativa previsto em qualquer outra espécie normativa, como lei complementar ou ordinária. Se o direito, liberdade ou prerrogativa não recebeu dignidade constitucional, excluído está do âmbito de aplicabilidade da ação.

Da mesma forma, incabível a impetração de mandado de injunção nos casos de existência de norma, alegando sua inconstitucionalidade. Neste caso não se está a falar de inconstitucionalidade por omissão normativa, mas sim de norma inconstitucional, deduzindo-se logicamente que o sistema de controle de constitucionalidade tradicional, de caráter objetivo, é o meio adequado para tanto.

O mandado de injunção oferece dificuldades conceituais relevantes, divergindo os autores em questões fundamentais. A leitura menos atenta do texto constitucional poderá induzir à conclusão de que contém o conceito do instituto. Mas a Constituição Federal apenas prevê a ação constitucional e as hipóteses de seu cabimento, não a conceituando, absolutamente. Como se depreende da investigação acerca das origens do mandado de injunção, inexistente no direito comparado ou na história constitucional brasileira outro instrumento que ofereça parâmetros satisfatórios dos quais se possam extrair elementos que conduzam a uma adequada conceituação.

À guisa de conclusão, esclarece o renomado jurista Ilmar Galvão que o mandado de injunção tem como finalidade suprir as omissões na edição de normas infraconstitucionais, reguladoras de normas constitucionais de eficácia limitada, viabilizando, dessa maneira, o exercício de direitos assegurados pela Constituição Dirigente. Conseqüentemente, tem como pressuposto a existência de normas constitucionais de eficácia limitada, ou seja, aquelas que dependam de regulamentação legal para que produzam efeitos. ^[1]

O presente trabalho objetiva discutir o posicionamento do STF quando do julgamento dos mandados de injunção, especificamente no que se refere à judicialização de políticas públicas com vistas à concretização de direitos fundamentais em cotejo ao princípio da separação dos poderes.

2. ASPECTOS ESPECÍFICOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA LEI N 13.300/2016

Interessante uma breve abordagem sobre alguns aspectos procedimentais do mandado de injunção.

Impende consignar, inicialmente, que a Lei n 13.300/16 regulamentou o procedimento do mandado de injunção.

Neste sentido, até a edição do referido diploma legal, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei n 8038/90, aplicava-se ao mandado de injunção as normas pertinentes ao mandado de segurança. A solução jurisprudencial identificava no mandado de injunção algumas similitudes com o mandado de segurança. Aplicava-se, inclusive, via procedimental sumária.

Com a edição da Lei n 13.300/2016, a incidência das normas do mandado de segurança, bem como do Código de Processo Civil terá caráter subsidiário, conforme artigo 14 da Lei n 13.300/2016.

Quanto ao objetivo, importante frisar que o mandado de injunção almeja a proteção de direito subjetivo, relacionado ao exercício de direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania ou à cidadania, que, apesar de encontrarem guarida constitucional, em virtude de mora legislativa não podem ser exercidos a contento.

Em relação à legitimidade ativa, o writ individual poderá ser impetrado por qualquer pessoa física ou jurídica.

Ao revés, em se tratando de writ coletivo, haverá legitimidade concorrente entre o Ministério Público, partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano e Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do artigo 12 da Lei n 13.300/16.

Infere-se, assim, que o mencionado diploma legal procedeu ao controle *ope legis* de legitimação adequada, no âmbito do mandado de injunção coletivo. Não há que se falar, portanto, em legitimidade ampla no que concerne ao *writ* coletivo.

Já o polo passivo da relação processual será ocupado pelo órgão, entidade ou autoridade a quem o constituinte deferiu o dever de

regulamentar a norma constitucional cuja efetividade se pretende, conforme dicção do artigo 3º da Lei n 13.300/16.

A competência para julgamento do mandado de injunção, a exemplo do mandado de segurança, será estabelecida conforme o órgão ou a autoridade impetrados. Para tanto, devem ser observadas as regras específicas de competência originária, estabelecidas na Carta Magna.

Frise-se que a petição inicial deve preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual e indicar, além do órgão impetrado, a pessoa jurídica que ele integra ou aquela a que está vinculado, haja vista artigo 4º da Lei n 13.300/16.

Em que pese omissão do mencionado diploma legal quanto à possibilidade de deferimento de medida liminar, esta deve ser admitida. A uma, porque o Supremo Tribunal Federal, em alguns precedentes, como na lei de greve, adotou a teoria concretista. A duas, com fundamento na tutela jurisdicional efetiva, já que não encontra vedação legal.

Como regra geral, os efeitos da decisão serão *inter partes*. Todavia, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator. Excepcionalmente, os efeitos poderão ser *ultra partes* ou *erga omnes*, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração, conforme parágrafo 1º, do artigo 9º, da Lei n 13.300/16.

Quanto aos efeitos temporais, a decisão produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora, que passará a reger a relação jurídica objeto do mandado de injunção. Nesse sentido, a regulamentação superveniente não retroage, mas se aplica imediatamente, atingindo, inclusive, sentenças transitadas em julgado. Tem-se, portanto, a coisa julgada com cláusula "rebus sic stantibus", consoante artigo 11 da lei em referência.

Por fim, o artigo 10 da Lei n 13.300/2016 prevê um tipo de ação revisional da injunção que poderá gerar repercussão quanto aos efeitos temporais da sentença anterior. Assim, ainda que transitada em julgado a sentença com condição mais favorável, a aplicação da regulamentação superveniente poderá ser obtida pela via judicial própria.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A partir da previsão do mandado de injunção na CRFB, muito se discutiu acerca da judicialização de políticas públicas pelo Poder Judiciário, em especial pelo STF. Questionava-se se a Corte Constitucional não estaria violando a garantia constitucional da separação dos poderes ao concretizar direitos fundamentais através do mandado de injunção.

Esclarece a Segunda Turma do STJ que os direitos sociais não podem ficar condicionados à mera vontade do administrador, sendo

imprescindível que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Haveria uma distorção caso se pensasse que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido para garantir os direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como empecilho à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Uma correta interpretação daquele princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser apenas no sentido de utilizá-lo quando a Administração atua dentro dos limites concedidos pela lei. Quando a Administração extrapola os limites de sua competência e age sem sentido ou foge da finalidade à qual estava vinculada, não se deve aplicar o referido princípio.^[2]

Todavia, o que se infere da jurisprudência do Supremo é justamente o contrário. Esta Corte Superior tem se limitado a garantir a eficácia de direitos constitucionais, sem que, para tanto, tenha de exercer função legislativa.^[3]

Tanto é assim que nos casos de direito à aposentadoria especial do servidor público o STF determina que as instâncias administrativas apreciem os pedidos em analogia às disposições contidas na legislação infraconstitucional, qual seja, Lei n 8213/91 até que o legislativo abandone a mora legislativa e edite norma específica para os servidores públicos^[4].

Nesse diapasão, percebe-se que o mandado de injunção possui natureza mandamental e volta-se à colmatagem de lacuna legislativa capaz de inviabilizar o gozo de direitos e liberdades constitucionalmente assegurados, bem como de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal). Ação julgada procedente para declarar a mora legislativa e possibilitar que o pedido de aposentadoria especial seja analisado pela autoridade administrativa competente.

Observa-se, desta maneira, que a Corte Constitucional cumpre dois papéis quando julga procedente um mandado de injunção, quais sejam, o de decretar a mora legislativa, em alguns casos, estabelecendo, inclusive, prazo para que a mesma seja sanada, bem como estabelecendo o parâmetro a ser empregado pelas autoridades administrativas.

Esclareça-se que em absoluto respeito ao princípio da separação dos poderes, o STF não interfere no mérito administrativo, haja vista decisão de seu Pleno pela impossibilidade de se assegurarem a contagem e a averbação de tempo de serviço para futuro pedido de aposentadoria especial.^[5]

4. TRATAMENTO CONFERIDO PELO STF AO MANDADO DE INJUNÇÃO

Disponível no arsenal de garantias constitucionais a partir da promulgação da Constituição Federal em 15 de outubro de 1988, a impetração dos primeiros mandados de injunção junto ao Supremo Tribunal Federal obrigou aquela corte a debruçar-se sobre a tarefa de definir a natureza jurídica da decisão proferida em seu julgamento.

Identifica-se o desenvolvimento de duas posições principais sobre a natureza jurídica da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de mandado de injunção: uma, a posição concretista, e outra, a posição não concretista.

A nota característica da posição concretista é a de conferir ao Poder Judiciário a prerrogativa de declarar a existência da omissão normativa e, conseqüentemente, implementar o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional, permanecendo eficaz até a posterior edição normativa por parte do órgão competente. Tal decisão, portanto, implicando na criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica, possui eficácia constitutiva.

O gênero concretista permite a divisão em duas espécies. A primeira delas denomina-se posição concretista geral. Concretista, já que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal consiste em regular a norma constitucional. Geral, pois seus efeitos são *erga omnes*, irradiando efeitos para todos os possíveis destinatários da norma omissa.

O concretismo geral foi prontamente rechaçado pela doutrina, jamais tendo sido defendido nas sessões do Supremo Tribunal Federal. A argumentação que fundamenta a rejeição constrói-se a partir da constatação de que o Poder Judiciário, ao prolatar decisões com efeitos *erga omnes* em sede de mandado de injunção, está a usurpar competência constitucional que foi atribuída a poder diverso. Logo, estaria a ferir de morte o princípio da independência e harmonia entre os Poderes da República.

A esse argumento soma-se o de que não seria razoável que o Poder Judiciário elaborasse norma geral e abstrata, quando da apreciação de um caso concreto, cujo pedido é a restauração de direito subjetivo violado.

A segunda posição de natureza concretista é a denominada posição concretista individual. Diferencia-se da posição concretista geral por admitir que a sentença produza efeitos tão somente para o impetrante do mandado. A decisão, portanto, abstrai-se da generalidade dos casos enquadrados na mesma situação fática exposta na inicial, limitando-se a regular apenas o caso concreto submetido à apreciação judicial. Ao rejeitar

a eficácia *erga omnes* da decisão, a formulação permite superar o impasse criado pelo concretismo geral, contornando a eventual ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes, insculpido no art. 2º da Constituição Federal:

A forma como se dá a regulamentação do caso específico, nos moldes preconizados pelo concretismo individual, dá origem a duas vertentes: a posição concretista individual intermediária e a posição concretista individual direta, que serão adiante aprofundadas.

Resta, ainda, a análise de uma última tese, nomeadamente a posição não concretista. Resumidamente, consiste em negar ao mandado de injunção qualquer efeito constitutivo, limitando a eficácia da decisão ao efeito meramente declaratório da omissão inconstitucional: sendo esse o conteúdo possível da decisão injuncional, não há falar em medidas jurisdicionais que estabeleçam, desde logo, condições viabilizadoras do exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucionalmente prevista, mas, tão somente, deverá ser dado ciência ao poder competente para que edite a norma faltante.

Para a posição não concretista, o predomínio inicial dentre os entendimentos acerca da natureza jurídica da decisão em mandado de injunção coube à posição não concretista. Consolidou-se a partir do julgamento do MI 107-3/DF, em 21 de novembro de 1990, cujo relator foi o Ministro Moreira Alves. Naquele julgamento, tendo o relator suscitado questão de ordem sobre a auto aplicabilidade do mandado de injunção, decidiu-se que:

“Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular do direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional” (MI 107-3/DF, p. 2)

A posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal fixou o efeito declaratório da decisão. Embora se argumente que a cientificação do órgão competente para que adote medidas para editar a norma faltante tenha carga mandamental, não há qualquer meio que assegure que o

órgão omissor o faça. Ora, se é da essência do efeito mandamental a declaração do direito e a ordem, proferida pelo juiz, dirigida a alguma autoridade, forçoso concluir que estamos diante de uma eficácia meramente declaratória. Ademais, uma vez a viabilização da fruição do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional restando dependente da aquiescência daquele a quem cabe o dever de editar a normatização faltante, os efeitos constitutivos da decisão foram elididos. Diante desse quadro restritivo, os doutrinadores oportunamente teceram fundamentadas críticas:

“Os instrumentos para controle das omissões inconstitucionais não têm tradição em nosso direito. Criados pela Constituição de 1988, não alcançaram, por enquanto, a efetividade que deles seria razoável esperar. Quanto ao mandado de injunção, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal inclina-se por considerar os provimentos dele decorrentes como de eficácia assemelhada aos proferidos nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, ou seja, como simples atos de cientificação do responsável pela inércia legislativa, como recomendação para supri-la. Ora, a eficácia prática de provimentos dessa natureza, desamparados que são de força executiva, fica na dependência do efeito político que a sua inobservância poderá gerar para os responsáveis. Tais efeitos são diretamente relacionados com o grau de politização da sociedade e escapam, por inteiro, ao controle do Poder Judiciário. As recomendações e admoestações do Judiciário quanto à inércia legislativa de um modo geral não têm logrado sensibilizar os responsáveis pela elaboração das normas”.

Como se observa claramente, o não concretismo representa a antítese do concretismo geral. Com o claro objetivo de bloquear o caminho para crises institucionais decorrentes de eventual violação do princípio da separação dos poderes, sacrificou-se deliberadamente o efeito constitutivo da decisão.

Outra criticada implicação da argumentação produzida pelo Ministro Moreira Alves foi o reconhecimento de pretensa similitude entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. O debate centra-se no pressuposto de que, em que pese tratem-se ambas as ações em instrumentos de controle da inconstitucionalidade por omissão, diferenciam-se em aspectos essenciais, como legitimidade, competência, objeto e efeitos da decisão .

Resumidamente: o mandado de injunção é uma ação posta a disposição de qualquer pessoa, natural ou jurídica, ou ente despersonalizado com capacidade processual, a pleitear perante o Poder Judiciário a viabilização de um direito, liberdade ou prerrogativa constitucional subjetivo obstado por ausência de norma regulamentadora; já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma ação de controle abstrato de inconstitucionalidade de competência do Supremo

Tribunal Federal, prevista no art. 103, § 2º da Constituição Federal, privativa daqueles a quem a Carta Magna atribuiu legitimidade ativa, apta a tutelar direito objetivo.

Como demonstrado, a adoção da posição não concretista por parte do Supremo Tribunal Federal sempre recebeu ácidas críticas doutrinárias, não obstante constituir-se no entendimento predominante no pretório excelso ao longo de aproximadamente 17 anos.

A concepção concretista intermediária é criação do Ministro Neri da Silveira. Diante da ineficácia resultante da adoção do não concretismo, estabelece que o Poder Judiciário somente está autorizado a regulamentar o caso concreto após conceder ao poder competente prazo para a edição da norma, e este, mesmo assim, permanecer inerte.

Trata-se de solução harmonizadora. Transparece cristalina a preocupação conciliatória subjacente, pois a fórmula permite reservar a quem cabe o dever de regulamentar a norma constitucional a possibilidade de fazê-lo, afastando a intromissão na esfera de competência de outro Poder, e igualmente permite ao Judiciário o exercício do inarredável dever de resguardar direitos e garantias fundamentais por meio de atuação supletiva supridora da omissão inconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal, afastando-se eventualmente da orientação não concretista predominante, adotou em alguns julgados uma variante desse entendimento, matizada com indisfarçáveis tons concretistas intermediários: ao estipular prazo para a edição da norma faltante, facultou ao impetrante, se inerte o impetrado, ajuizar ação de reparação de natureza econômica por perdas e danos.

Estas decisões representam, indubitavelmente, avanço notável em relação à tão combatida posição não concretista, apontando para uma evolução natural em direção ao concretismo individual direto.

Em relação ao concretismo individual direto, a doutrina há muito defendia que a decisão proferida em sede de mandado de injunção havia de possuir eficácia concreta, individual e direta. Significa dizer que, uma vez julgada procedente a ação, assegura-se em relação ao impetrante o exercício do direito obstado, até a posterior edição da normatização regulamentadora prevista.

Os expoentes desse entendimento no Supremo Tribunal Federal foram, notadamente, os Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio. Apesar do suporte doutrinário e da relevância dos argumentos, a tese permaneceu minoritária no âmbito da corte constitucional, sendo sucessivamente derrotada nas votações.

O decurso do tempo, a sedimentação dos debates acerca da natureza do mandado de injunção, a natural renovação dos quadros componentes do tribunal, agora possuidores de perfil menos ortodoxo que as composições anteriores, e indubitavelmente a crescente insatisfação com os resultados até então obtidos, levaram finalmente o Supremo Tribunal Federal a rever o posicionamento até então adotado.

O marco dessa guinada foi o julgamento do MI 721-7/DF, realizado em 30 de agosto de 2007, cujo relator foi o já citado Ministro Marco Aurélio. Nele, pela primeira vez, o plenário do Supremo Tribunal Federal conferiu concretude ao mandado de injunção. O basilar voto do relator consolidou a abordagem doutrinária, sintetizando os argumentos que viam sendo desafiados na defesa da concretude do instituto:

“O instrumental previsto na Lei maior, em decorrência de reclamações, consideradas as Constituições anteriores, nas quais direitos dependentes de regulamentação não eram possíveis de ser acionados, tem natureza mandamental e não simplesmente declaratória, no sentido da inércia legislativa, Revela-se próprio, ao processo subjetivo e não ao objetivo, descabendo confundi-lo com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cujo rol de legitimados é estrito e está na Carta da República. Aliás, há de se conjugar o inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal com o § 1º do citado artigo, a dispor que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais constantes da Constituição têm aplicação imediata. Iniludivelmente, buscou-se, com a inserção do mandado de injunção, no cenário jurídico-constitucional, tornar concreta, tornar viva a Lei Maior, presentes direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Não se há de confundir a atuação no julgamento do mandado de injunção com atividade do Legislativo. Em síntese, ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização no caso concreto, do exercício do direito, do exercício da liberdade constitucional, das prerrogativas ligadas à nacionalidade, soberania e à cidadania. O pronunciamento judicial faz lei entre as partes, como qualquer pronunciamento em processo subjetivo, ficando, até mesmo, sujeito a uma condição resolutiva, ou seja, ao suprimento da lacuna regulamentadora por quem de direito, Poder Legislativo.

A adoção da posição concretista individual foi mantida em julgamentos posteriores, dos quais cite-se aquele proferido no MI 708-0/DF, em 25 de outubro de 2007.

O posicionamento atual, portanto, atendeu aos reclamos da doutrina, resgatou do limbo do esquecimento a intenção do constituinte originário de 1988 e restaurou a autoridade dos julgados do Supremo Tribunal Federal.

5. CONCLUSÃO

O mandado de injunção foi concebido pelo constituinte originário como um dos mecanismos aptos ao controle da inconstitucionalidade por omissão, em âmbito concreto, sistema este introduzido pela primeira vez no ordenamento jurídico nacional pela Constituição Federal de 1988.

A condução do processo de redemocratização, após anos de gradativa fragilização das instituições democráticas, implicava em preservar, como valor maior, a independência e a harmonia entre os Poderes.

Nesse contexto, a interpretação conferida inicialmente pelo Supremo Tribunal Federal, ao atribuir efeitos não concretistas à decisão, prevalecendo a eficácia meramente declaratória, em que pese tenha procurado contornar eventual crise institucional, importou no efeito colateral de afastar o instituto dos fins inicialmente preconizados.

A doutrina, atenta ao espírito da Constituição, repugnou a abordagem adotada pelo Supremo Tribunal Federal. A própria corte, ao longo dos anos de amadurecimento do instituto, sinalizou que a fórmula inicialmente encontrada havia se esgotado.

Com a consolidação das instituições democráticas e o afastamento das possibilidades de retrocesso institucional, nada mais impedia que se desse ao mandado de injunção aquela plenitude idealizada originalmente.

As recentes decisões, ao atribuírem efeitos concretos, diretos e individuais à decisão em sede de mandado de injunção, nada mais fizeram do que reencontrar um caminho há muito abandonado, resgatando uma perspectiva que permanecia viva apenas nos livros doutrinários e nas intenções de um momento histórico memorável: o de proporcionar um meio inédito e ousado de conferir viabilidade ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

6. REFERÊNCIAS

FERRAZ, J.K.; KUPFER, D e HAGUERNAUER, L. Made in Brazil: Desafios Competitivos Para a Indústria. Rio de Janeiro: Campus, 1995.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988, 4a ed. Ver e atual, São Paulo, Malheiros Ed, 1988.

KUPFER, D. "Padrão de Concorrência e Competitividade". Rio de Janeiro: UFRJ/IEI, 1991 (textos para discussão n. 265).

MAGALHÃES, Arnaldo. Concentração e Concorrência no Sistema Financeiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

NOTAS:

[1] STF, MI n 308, Rel. Min. Ilmar Galvão, J. 16.08.1995, DJU 22.08.1995.

[2] STJ. Informativo n 404 publicado no período de 24 a 28 de agosto de 2009.

[3] A judicialização da política significa a intervenção decisória do Poder Judiciário capaz de afetar a conjuntura política nas democracias contemporâneas. A consequência imediata dessa intervenção é a ampliação do poder judicial em matérias que seriam reservadas às competências dos Poderes Executivo e Legislativo com inspiração na teoria do *checks and balances*. A judicialização da política não significa a delegação do Poder Legislativo de sua competência ao Poder Judiciário nos Estados de Direito e nem a usurpação judicial do princípio da separação dos poderes. A judicialização da política é um instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais mediante a atuação ativista do Poder Judiciário sempre de acordo com a Constituição e com os princípios democráticos. O objetivo deste trabalho é traçar, em linhas gerais, a relação entre a judicialização da política e o princípio da separação dos poderes a partir de dois núcleos básicos. O primeiro visa a delinear a doutrina clássica e moderna da separação dos poderes e o segundo pretende discorrer sobre as novas tendências contemporâneas da jurisdição constitucional pautada pela judicialização da política no Brasil e em alguns países em que a judicialização da política recebe atenção especial por parte da doutrina e se torna parte significativa e integrante do neoconstitucionalismo.

[4] STF. MI 2764 AgR. Rel. Min. Dias Toffoli. J 07.11.2013. Publicado em 05.12.2013. “Impossibilidade de se assegurarem a contagem e a averbação de tempo de serviço para futuro pedido de aposentadoria especial. Ordem parcialmente concedida para viabilizar ao servidor que tenha o seu pedido de aposentadoria apreciado pela autoridade administrativa competente, nos termos do art. 57 da Lei nº 8.213/91, enquanto presente a moldura fático-jurídica revelada, in concreto, pela Instrução Normativa nº 1/10 do Ministério da Previdência Social no tocante à existência de vácuo normativo na regulamentação do art. 40, § 4º, II e III, da CF/88. Agravo regimental não provido.”

[5] STF. MI 5070 AgR. J 07.11.2013. Publicado em 05.12.2013. “Agravo regimental no mandado de injunção. Aposentadoria especial. Falta de comando constitucional específico. Ação julgada procedente para declarar a mora legislativa e possibilitar que o pedido de aposentadoria

especial seja analisado pela autoridade administrativa competente. Recurso não provido. 1. O mandado de injunção possui natureza mandamental e volta-se à colmatagem de lacuna legislativa capaz de inviabilizar o gozo de direitos e liberdades constitucionalmente assegurados, bem como de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal). 2. Impossibilidade de se assegurarem a contagem e a averbação de tempo de serviço para futuro pedido de aposentadoria especial. 3. Ordem concedida para viabilizar ao servidor que tenha o seu pedido de aposentadoria apreciado pela autoridade administrativa competente, nos termos do art. 57 da Lei nº 8.213/91, enquanto presente a moldura fático-jurídica revelada, in concreto, pela Instrução Normativa nº 1/10 do Ministério da Previdência Social no tocante à existência de vácuo normativo na regulamentação do art. 40, § 4º, II e III, da CF/88. 4. Agravo regimental não provido”.

O IMPACTO DESPROPORCIONAL E O DIÁLOGO DAS CORTES

BERNARDO MELLO PORTELLA CAMPOS:

Advogado. Graduado em Direito pela
Universidade Cândido Mendes - Centro/RJ.

RESUMO: A Teoria do Impacto Desproporcional foi uma criação essencial para a percepção da necessidade de se garantir o princípio da igualdade efetivamente. Atos aparentemente gerais e universais, mas que impactam sobre grupos vulneráveis devem ser evitados. Nesse sentido, o autor do presente trabalho traz precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que possuem um diálogo convergente favorável à observância do Princípio da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana.

PALAVRAS-CHAVE: Impacto Desproporcional; Igualdade; Discriminação.

ABSTRACT: The Disproportionate Impact Theory was an essential creation for the perception of the necessity to guarantee the principle of equality effectively. Apparently general and universal acts that impact on vulnerable groups should be avoided. In this sense, the author of the present work brings precedents of the Federal Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights, which have a convergent dialogue favorable to the observance of the Principle of Equality and the Dignity of the Human Person.

KEYWORDS: Disproportionate Impact, Equality, Discrimination

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 ORIGEM. 3 CONCEITO. 4 TEORIA APLICADA NO ORDENAMENTO INTERNO. 5 TEORIA APLICADA NO ORDENAMENTO INTERNACIONAL. 6 CONCLUSÃO. 7 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal garante a todos os cidadãos o direito fundamental à igualdade. Esse tratamento igualitário deve ser efetivado tanto perante a lei quanto na própria lei, o que leva a doutrina a classificar o direito à igualdade em formal e material.

No entanto, práticas legislativas e administrativas levaram a doutrina a identificar uma nova forma de violação à igualdade, camuflada através de um ato aparentemente neutro.

Daí decorre a Teoria do Impacto Desproporcional, também conhecida como discriminação indireta.

2 ORIGEM

O caso *Griggs v. Duke Power Co* julgado pela **Suprema Corte Norte Americana na década de 70 foi o primeiro julgado referente ao tema.**

Willie Griggs ajuizou uma ação em favor dos empregados negros da empresa *Duke Power Company*. O autor questionava exigências desproporcionais que favoreciam apenas os brancos, impedindo os negros de alcançar cargos superiores.

A Suprema Corte Norte Americana, diante do impacto desproporcional sobre os negros, vedou a prática da empresa. [1]

3 CONCEITO

A teoria foi trazida pelo ex ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, que segundo o mesmo consiste em:

“toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas” [2]

Nesse sentido, André de Carvalho Ramos traz a conceito da teoria norte americana:

“ Por sua vez, a discriminação injusta que é combatida pode ser direta ou indireta (também chamada de invisível). A discriminação direta consiste na adoção de prática intencional e consciente que adote critério injustificável, discriminando determinado grupo e resultando em prejuízo ou desvantagem. A discriminação indireta é mais sutil: consiste na adoção de critério aparentemente neutro (e, então, justificável), mas que, na situação analisada, possui impacto negativo desproporcional em relação a determinado segmento vulnerável” [3]

O professor Daniel Sarmento ensina que:

“esta teoria pode ser utilizada para impugnar medidas públicas ou privadas aparentemente neutras do ponto de vista racial, mas cuja aplicação concreta resulte, de forma intencional ou não, em manifesto prejuízo para minorias estigmatizadas.” [4]

4 A TEORIA APLICADA NO ORDENAMENTO INTERNO

O Supremo Tribunal Federal possui precedentes reconhecendo a Teoria do Impacto Desproporcional.

Na ADIN 1.946, caso envolvendo a constitucionalidade de limites de benefícios previdenciários sobre o salário maternidade, a Corte, ainda que não expressamente, concluiu que haveria um impacto desproporcional às mulheres tendo em vista que seriam preteridas no mercado de trabalho.

Vale destacar parte do voto do ex ministro Sydney Sanches:

“ Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$ 1200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada à opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés

da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX da CF/88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal.” [5]

Já na ADPF 291, o Supremo Tribunal Federal analisou a recepção do artigo 235 do Código Penal Militar.

O plenário declarou que os termos “pederastia ou outro” e “homossexual ou não” não foram recepcionados pela Constituição Federal.

Em sua fundamentação, a Corte aplicou expressamente a teoria do impacto desproporcional.

Vejamos:

“Torna-se, assim, evidente que o dispositivo, embora em tese aplicável indistintamente a atos libidinosos homo ou heterossexuais, é, na prática, empregado de forma discriminatória, produzindo maior impacto sobre militares gays. **Esta é, portanto, uma típica hipótese de discriminação indireta, relacionada à teoria do impacto desproporcional**(disparate impact), originária da jurisprudência norte-americana. Tal teoria reconhece que normas pretensamente neutras podem gerar efeitos práticos sistematicamente prejudiciais a um determinado grupo, sendo manifestamente incompatíveis com o princípio da igualdade”. [6]

Recentemente, a 1ª turma do Supremo mencionou a teoria no HC 124.306 em caso envolvendo a criminalização do aborto.

Em seu voto, o Ministro Roberto Barroso concluiu que

“ Por fim, a tipificação penal produz também discriminação social, já que prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não tem acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro. Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica ou a procedimentos precários e primitivos, que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito. (...) De um lado, já se demonstrou amplamente que a tipificação penal do aborto produz um grau elevado de restrição a direitos fundamentais das mulheres. Em verdade, a criminalização confere uma proteção deficiente aos direitos sexuais e reprodutivos, à autonomia, à integridade psíquica e física, e à saúde da mulher, **com reflexos sobre a igualdade de gênero e impacto desproporcional sobre as mulheres mais pobres.**” [7]

5 A TEORIA APLICADA NO ORDENAMENTO INTERNACIONAL

A Teoria do Impacto Desproporcional também é aplicada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No Caso Yatama x Nicarágua, o Estado da Nicarágua foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por violações ao princípio da igualdade, tendo em vista a promoção de medidas legislativas eleitorais que afetaram de forma desproporcional grupos indígenas.

As alterações das leis eleitorais pelo Estado da Nicarágua, por si só, não foram ilegais.

No entanto, acabaram afetando a vida das comunidades indígenas da região da Costa Atlântica da Nicarágua.

Segundo professor Caio Paiva:

“A discriminação aos povos indígenas pode ser encarada como indireta, tendo em vista que a mudança do diploma eleitoral regulou alterações em todo o Estado da Nicarágua e para todos os candidatos, modificando as regras eleitorais. Entretanto, os efeitos causados pela norma eleitoral causaram impactos desproporcionais apenas às comunidades indígenas, que já estavam acostumadas a se candidatar por meio de Associação Popular.” [8]

6 CONCLUSÃO

Assim, a Teoria do Impacto Desproporcional demonstra a necessidade de se controlar atos do Estado, justificando-se no atual Neoconstitucionalismo, onde a valorização dos direitos fundamentais e prevalência de princípios, principalmente através do ativismo judicial, vem regulando a atuação legislativa e administrativa.

O criador ou aplicador da norma deve se atentar para os efeitos que decorrem de atos gerais e neutros a grupos vulneráveis, evitando-se que esses grupos sofram mais as consequências concretas do ato que os outros cidadãos.

A preocupação com os impactos sobre grupos vulneráveis é verificada tanto no ordenamento interno, percebida nos julgados do Supremo Tribunal Federal, como no ordenamento internacional, verificada nos julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Há, portanto, uma convergência no diálogo das cortes que garante e promove o direito fundamental à igualdade seja em sua dimensão objetiva ou subjetiva.

7 REFERÊNCIAS:

1 (VITORELLI, Edilson. Estatuto da Igualdade Racial e Comunidades Quilombolas, 2ª Edição, p. 83).

2 (GOMES, Joaquim Barbosa. Ação Afirmativa e o princípio da igualdade. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 24.)

3 (RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 479.)

4 (SARMENTO, Daniel. “De Facto”, Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 148-149).

5 <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347341>

6 <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627>

7 http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306L_RB.pdf

8 (PAIVA, Caio. Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017. p. 259.)

PEDIDO DE REVISÃO NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES

ALICE SANTOS VELOSO NEVES: Advogada, graduada em 2002/02 pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal de Goiás. Aluna especial do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas - PPGDP, nível Mestrado Profissional, da Universidade Federal de Goiás. Assessora jurídica da Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos.

RESUMO: O presente artigo visa discutir a possibilidade de interposição de pedidos de Revisão nos processos administrativos, essencialmente nos processos sancionadores. Discute-se sobre a natureza jurídica deste meio e se esta afeta a celeridade e efetividade do processo administrativo. Ao passo que há reduzida produção doutrinária aprofundada a respeito da matéria, existe considerada utilização deste mecanismo, por parte dos administrados e supostos infratores, sendo por vezes confundido com mais um recurso a ser interposto via administrativa, principalmente quando se tratam de processos sancionatórios. Estes originam os processos de cobrança, são instrutórios para formação da Dívida Ativa e possibilitam a interposição de ações de execução fiscal pelo órgão competente. Nesse sentido, ante a norma aberta indicada na lei de Processo Administrativo federal, de caráter geral, ao final sugerimos uma forma de processamento dos eventuais pedidos de Revisão em processos administrativos, a possibilitar maior dinamismo processual e melhorar sua efetividade.

Palavras-chave: Pedido de Revisão; Processo Administrativo Sancionadores.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Classificação e fases dos processos administrativos. 3. Impugnações administrativas do julgamento. 4. Do Pedido de Revisão. 5. Da instauração e processamento do processo revisor. 6. Conclusão 7. Referências

1. Introdução

Como é de conhecimento, a finalidade do processo administrativo é o de dar maior segurança ao administrador público, em sua atuação pautada na busca do interesse da coletividade. A sua realização almeja o controle da atuação estatal, a garantia da democracia, a diminuição da busca pela solução de litígios por meio do Judiciário, com a solução mais célere dos conflitos via administrativa e a busca de uma melhor atuação, mais eficiente^[1].

Aliás, a doutrina moderna e a jurisprudência consideram a existência de processo administrativo como condição para a edição de atos administrativos regulares, a garantir maior transparência aos cidadãos, limitando a atividade estatal e direcionando a práticas de atos mais democráticos, ponderados e bem justificados, embasados no interesse público.

Inicial diferenciação, em relação a terminologia, pode ser feita, em se tratando de 'processo administrativo' e 'procedimento administrativo'. Em que pese a falta de uniformização quanto ao uso da nomenclatura - hoje a doutrina administrativista aceita a existência do 'processo administrativo', bem como reconhece que 'processo administrativo' e 'procedimento administrativo' constituem fenômenos distintos^[2].

'Processo administrativo' é um conjunto de atos preliminares, previamente coordenados, destinados à produção de um ato administrativo; e 'procedimento administrativo' é o rito a que devem ser submetidos esses atos preparatórios, que envolve, entre outros aspectos, a ordem, os prazos, a forma e a competência para a sua prática^[3].

Como bem explica o doutrinador José dos Santos Carvalho Filho:

Processo e procedimento administrativos não se contrapõem, são figuras intrinsecamente ligadas entre si: todo processo demanda um procedimento - que é a tramitação dos atos - da mesma forma que todo

procedimento só tem existência se houver o respectivo processo - este indicando a relação jurídica firmada entre aqueles que dele participam^[4].

No âmbito federal, a Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, regula o processo administrativo para os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, sendo utilizada como modelo para a elaboração de leis do processo administrativo de outros entes da federação.

O processo administrativo norteia-se, em especial: pelo princípio do devido processo legal e dos seus consectários - os princípios do contraditório e da ampla defesa (respectivamente, incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição da República); pelos princípios básicos da Administração Pública, quais sejam, da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica e interesse público (art. 37, caput, da Constituição da República, e art. 2º da Lei Estadual n.º 9.784/99); e pelos princípios que lhe são peculiares, como os da gratuidade, do formalismo moderado, da recorribilidade das decisões, da oficialidade, e o da verdade material.

Importa registrar, a Lei n.º 9.784/1999 institui normas gerais sobre o processo administrativo, logo, nos moldes do seu art. 69, os *processos administrativos específicos regem-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos dessa lei*. Citam-se como exemplos de processos específicos o processo administrativo disciplinar^[5] e o processo administrativo fiscal^[6].

Nesse contexto, diversos outros entes da própria administração federal e as administrações estaduais e municipais possuem legislações específicas sobre seus processos administrativos, sendo a Lei nº 9.784/1999 instituidora de normas gerais, como acima mencionado.

Embora os atos normativos em comento sejam denominados leis do 'processo administrativo', ambos veiculam também dispositivos

concernentes a ‘procedimentos administrativos’, igualmente dotados de caráter geral.

Sobre a matéria o doutrinador Lucas Rocha Furtado^[7] explica que:

Se a lei estabelecer determinado processo, cumpre a ela indicar o procedimento a que se sujeitará a sua condução; se a prática de determinado ato requer a instauração de processo e não for indicado o procedimento específico, é imperioso observar ao menos os ritos definidos na Lei n.º 9.784/1999.

O fato é que o processo administrativo é uma sucessão lógica de atos praticados pela administração pública com a intenção de se alcançar um objetivo final, sendo relevante que as decisões dos atos administrativos sejam motivadas, principalmente nos casos estampados no art. 50 da citada lei de Processo Administrativo do âmbito federal.

2. Classificação e fases dos processos administrativos

Os doutrinadores classificam os processos administrativos de diversas formas, sendo a classificação mais comum a que os divide em: ampliativos de direitos não concorrenciais, como os de concessão de alvarás; ampliativos de direitos concorrenciais, por exemplo, os processos de concessão de serviços públicos; e os restritivos de direitos, entre os quais está o ‘processo administrativo sancionador’, do qual estamos a tratar.

‘Processo administrativo sancionador’ é o que tem como finalidade a emissão de um ato administrativo decisório de aplicação de uma sanção: ao particular que infringir um mandamento legal, regulamentar ou contratual, ou ao servidor público que cometer uma transgressão disciplinar.

Essa separação é importante porque os processos ampliativos concorrenciais e os restritivos de direitos estão adstritos a procedimentos mais rigorosos, naqueles para privilegiar o princípio da isonomia entre os

seus participantes e, nestes, diante do confronto entre o interesse individual e o interesse público.

Em relação as fases dos processos administrativos temos que iniciam a partir de sua instauração, que pode ser feita inclusive de ofício, seguida pela instrução processual, com defesa e relatório, e decisão final, nos termos e prazos indicados pela legislação.

Observa-se que a parte interessada em determinado processo administrativo acaba por tentar soluções finais que lhe sejam mais positivas, utilizando-se mecanismos processuais dispostos na legislação para isso alcançar. E quando o resultado da demanda administrativa lhe for desfavorável o administrado interessado por vezes utiliza-se não só dos recursos e pedidos de reconsideração, mas usualmente do Pedido de Revisão, o qual será melhor abordado.

Dos julgamentos no âmbito administrativo, o interessado pode realizar impugnações, por meio de recurso, pedido de reconsideração ou pedido de revisão, na forma descrita no capítulo XV da Lei 9.784/99, dispostas nos artigos 56 a 65.

3. Impugnações administrativas do julgamento

Sendo julgado determinado ato em processo administrativo e nada mais ocorrer prevalecerá o seu trânsito em julgado. A definição de coisa julgada administrativa brasileira possui vertente no sistema de jurisdição única, ou sistema inglês, em que o processo administrativo não exaure a discussão de nenhuma matéria com caráter de definitividade, sendo sempre admitida a sua discussão na via judicial, mesmo já decidida no âmbito administrativo.

Entretanto, dos julgamentos no âmbito administrativo, a parte interessada pode realizar impugnações, por meio de recurso, pedido de reconsideração ou pedido de revisão, na forma descrita no capítulo XV da Lei nº 9.784/99, dispostas nos artigos 56 a 65.

Proferida determinada decisão em processo administrativo cabe a interposição de recurso no prazo de dez dias, salvo disposição normativa

diversa, sendo este encaminhado a autoridade que proferiu a decisão, quem poderá reconsiderar do pedido ou encaminhar a autoridade hierarquicamente superior. O pedido de reconsideração também pode ser feito de forma isolada, mas sempre à mesma autoridade que proferiu a decisão impugnada.

O recurso e o pedido de reconsideração em geral não possuem efeito suspensivo, podendo ser solicitado, no caso de receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação.

4. Do Pedido de Revisão

Em relação ao pedido de revisão, temos que é um dos mecanismos de controle administrativo, que diverge completamente do recurso ou mesmo do pedido de reconsideração.

Da análise realizada observa-se que o pedido de revisão possui a natureza jurídica **de um requerimento administrativo autônomo, oponível em face de decisões sancionadoras irrecorríveis**, ou seja, de processos administrativos já encerrados. É direcionada à mesma autoridade que proferiu a decisão definitiva e tem como finalidade promover o reexame do processo punitivo, em virtude de desdobramentos fáticos, para a obtenção do afastamento ou redução da sanção aplicada.

A característica principal desse remédio é não permitir o agravamento da pena e pode ser interposto a qualquer momento.

O art. 65 da Lei n.º 9.784/1999 assim dispõe:

Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.

Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção.

Em cotejo com o direito processual civil e o direito processual penal, a revisão guarda afinidades com a ação rescisória e a revisão criminal^[8] - ações independentes que também objetivam a desconstituição de decisões de processos judiciais findos. Esse é um grande diferencial que deve ser levado em conta, pois poderíamos induzir que o processamento do pedido de Revisão fosse realizado nos mesmos autos do processo administrativo originário.

Para melhor exemplificação do assunto tratado realizou-se pesquisa aos regimes legais dos processos administrativos sancionadores restrito a oito agências reguladoras federais, e constatou-se que em nenhum deles há comando normativo sobre o instituto da revisão dissonante dos prescritos na Lei n.º 9.784/1999. Entre essas agências reguladoras, cinco reproduzem em atos infralegais o teor do art. 65 e as três restantes remetem expressamente à aplicação da lei federal nos seus processos^[9].

A partir da previsão do art. 65 da Lei n.º 9.784/1999 extrai-se os requisitos específicos autorizadores do manejo da revisão.

O primeiro é um *processo administrativo do qual resulte sanção*. Como a regular cominação de uma penalidade depende do devido processo legal, que proporcione ao infrator o contraditório e a ampla defesa, para requerer a revisão é preciso que já tenha sido proferida uma decisão sancionadora definitiva, transitada em julgado. Enquanto o procedimento estiver em curso e puderem ser interpostos recursos administrativos, é vedado ao interessado pleitear a revisão.

O segundo é o *surgimento de fatos novos ou circunstâncias relevantes*. Aqui, fatos novos são aqueles contemporâneos à época do cometimento da infração, mas que não eram conhecidos pelo seu autor ou, se conhecidos, não havia meios de prova hábeis para comprová-los^[10]. Por sua vez, circunstâncias relevantes são as particularidades, os pormenores de um fato, que têm importância suficiente para influenciar na solução do litígio.

E o último, é essencial que esses fatos ou circunstâncias sejam *suscetíveis de justificar a inadequação da penalidade imposta*, isto é, devem ser capazes de elidir a motivação do ato decisório e, por conseguinte, implicar na exclusão da penalidade ou em incidência de reprimenda menor que a anterior.

Parcela da doutrina enquadra a revisão como uma modalidade dos recursos administrativos[11] e outra defende que a revisão não se equipara a eles[12].

É certo, tanto os recursos administrativos quanto os pedidos de revisão provocam o reexame de uma decisão e têm o poder de acarretar a modificação desse ato. Contudo, **compartilha-se do posicionamento de que a revisão não ostenta a natureza jurídica de um recurso administrativo, mas sim de requerimento administrativo autônomo**[13].

Em rigor, ante o texto dos arts. 56 a 64 da Lei n.º 9.784/1999, os recursos administrativos: são voluntários[14] - decorrem de iniciativa do próprio interessado ou de terceiro que a lei legitime; são interpostos em desfavor de decisões ainda não definitivas; fundamentam-se em razões de legalidade e de mérito; têm prazo para a sua postulação; são julgados por outra instância administrativa; e, se houver a reforma da decisão, possibilitam o agravamento da pena determinada.

De outro lado, apesar de inserida nos capítulos dedicados aos recursos administrativos da Lei n.º 9.784/1999, a revisão: é processada a pedido do administrado ou por ordem da Administração; pressupõe a existência de uma decisão administrativa irrecurável; não tem em mira uma ilegalidade ou um erro de julgamento, ampara-se na *mudança da situação jurídica antes formada, em função do surgimento ou descoberta de fatos novos*[15]; não está submetida à limitação temporal, pois pode ser requerida a qualquer tempo; é julgada pela mesma autoridade que prolatou a decisão e não em outra instância[16]; e não permite o agravamento da sanção.

No que tange aos recursos administrativos em espécie[17], a revisão aproxima-se mais do pedido de reconsideração[18] na medida em

que ambos são endereçados à mesma autoridade responsável pela emissão do ato refutado, porém, são expedientes que não se confundem. No pedido de reconsideração pretende-se que o julgador altere a sua convicção com base em elementos que já instruem os autos. A seu turno, na revisão é cogente a alegação de fatos ou circunstâncias relevantes inéditos.

Não obstante essas distinções, à semelhança dos recursos administrativos, em decorrência da presunção de legitimidade dos atos da Administração Pública, a revisão não suspende a execução da penalidade cominada[19], salvo se houver expresse mandamento legal em contrário, ou se, diante da relevância da fundamentação e de justo receio de dano grave ou de difícil reparação para o requerente, a autoridade julgadora constatar a necessidade de concessão dessa diligência[20].

Como o processo sancionador está finalizado, **a revisão forma uma nova relação jurídica entre a pessoa punida e a Administração Pública e por isso dá início a um novo processo administrativo**[21]. Destarte, no seu trâmite são seguidas as mesmas fases do processo administrativo: a de instauração, a de instrução/saneamento e a de julgamento.

Entender o processamento do Pedido de Revisão nestes termos coaduna com a não possibilidade de ser concedido efeito suspensivo, em geral. Este é o grande cerne da questão, na prática, e que pode evitar reiterados pedidos infundados de revisão e dar oportunidade de uma melhor e mais aprofundada análise ao administrado infrator.

Enfatiza-se esse posicionamento, pois por mais que o requerimento da revisão não possua efeito suspensivo, de fato este efeito pode surgir. Pode ocorrer que o processo administrativo sancionatório não seja finalizado na prática, sem encaminhamento para a fase de cobrança e inserção em dívida ativa quando lhe for anexado e processado o pedido de revisão.

5. Da instauração e processamento do processo revisor.

O requerimento do administrado do Pedido de Revisão deverá ser escrito e conter: o órgão ou autoridade administrativa a que se dirige; a identificação do interessado ou de quem o represente; o domicílio do requerente ou local para recebimento de comunicações; a formulação do pedido (que será de redução ou supressão da penalidade); a exposição dos fatos e de seus fundamentos (a indicação da decisão transitada em julgado e dos fatos novos ou circunstâncias relevantes comprobatórias da inadequação da sanção); e a data e assinatura do requerente ou de seu representante.

Ao contrário dos recursos administrativos que são, em regra, juntados e encaminhados à instância superior nos próprios autos da decisão recorrida[22], **protocolado o pedido de revisão, a Administração Pública instaura outro processo administrativo.** A autuação em processo apartado é também uma medida de cunho prático para não dificultar ou obstar a execução da pena imposta e, por consequência, não atribuir indiretamente efeito suspensivo à revisão.

Ato contínuo, haverá a **juntada por apensação dos novos autos ao processo punitivo original**[23], devido à afinidade de matérias e para permitir à autoridade competente a ampla ciência da instrução do feito anterior. Se, porventura, a juntada ao processo sancionador prejudicar o andamento da execução da penalidade, a apensação poderá ser provisoriamente dispensada[24] e, então, deverá ser trazida aos autos da revisão a cópia integral daquele, com a certificação dessa providência.

Há de ser enfatizado, **os autos do pedido revisor não são remetidos ao relator do processo que culminou na decisão sancionadora definitiva**, porque, reitera-se, será iniciado um novo contencioso. Aliás, é recomendável que o relator seja impedido de exercer outra vez a função, em razão da propensão, natural da índole humana, de defesa dos próprios atos.

A fase instrutória e a fase de julgamento do processo da revisão acompanham o curso dos processos administrativos sancionadores submetidos ao colegiado que for o responsável para decidir o pedido.

A única advertência é que não caberá recurso hierárquico da decisão que julgar improcedente o processo revisor - por ser ínsito a essa ferramenta a sua apreciação pela mesma autoridade que aplicou a pena -, nem a reiteração do pedido, exceto se surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes não suscitados na revisão rejeitada.

6. Do julgamento do pedido de Revisão

A Lei nº 9.784/1999 estabelece normas gerais sobre o processo administrativo, mas a depender de cada órgão ou ente administrativo podemos encontrar legislações específicas sobre o processo administrativo de cada uma dessas unidades, que deve ser considerado. É interessante a observância quanto a competência do órgão competente para julgar e prolatar a decisão.

Competência administrativa é o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. A competência resulta de lei e por ela é delimitada[\[25\]](#).

Uma vez que é um imperativo de ordem pública, a competência é intransferível, imodificável e irrenunciável. Os órgãos administrativos julgadores, quanto à atuação funcional, são classificados em singulares ou colegiados.

A doutrina ainda conceitua órgãos singulares como:

São os que atuam e decidem através de um único agente, que é seu chefe ou representante, sem a exigência de formalidades ou procedimentos especiais. Já os órgãos colegiados são todos aqueles que atuam e decidem pela manifestação conjunta e majoritária da vontade de seus membros. Nos órgãos colegiados não prevalece a vontade individual de seu chefe ou presidente, nem a de seus integrantes isoladamente: o que se impõe e vale juridicamente é a decisão da maioria, expressa na forma legal, regimental ou estatutária[\[26\]](#).

Isso implica dizer que é da essência da instituição do órgão colegiado a manifestação conjunta dos seus membros, ao que se denomina de princípio da colegialidade. Outrossim, para serem válidas, as decisões dos órgãos pluripessoais estão condicionadas ao pronunciamento de uma quantidade mínima de componentes (*quorum* mínimo para votação e/ou aprovação).

Ao menos em tese, a reserva de competências para um órgão colegiado tem como finalidades precípua: qualificar as decisões, que serão resultado de um debate plural e de conhecimentos e experiências diversos, e, nessa senda, poderão reduzir a possibilidade de erros; e garantir a independência e autonomia nas deliberações, pois um órgão coletivo não está sujeito a pressões externas na mesma intensidade que os órgãos singulares.

Ressalva-se que as deliberações em grupo somente são necessárias no desempenho das funções específicas do colegiado, portanto, os atos de gestão e a representação jurídica do órgão coletivo atribuídos ao seu chefe ou presidente são atos unipessoais.

No sistema jurídico brasileiro, a imprescindibilidade de atuação conjunta dos membros dos órgãos coletivos do Poder Judiciário tem assento no art. 5º da Constituição da República, em seu inciso XXXVII (*não haverá juízo ou tribunal de exceção*) e inciso LIII (*ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*).

Demonstra a processualística civil que o princípio da colegialidade não é absoluto, ele pode ser relativizado em situações excepcionais para permitir a aplicação de outros princípios, como o princípio da efetividade do processo (nas causas de urgência) e o princípio da celeridade processual (nos recursos)^[27]. Porém, com o intuito de não excluir a competência constitucional do tribunal de exercer a jurisdição no caso concreto, é sempre assegurado à parte prejudicada pela decisão monocrática o direito de acesso ao colegiado, por meio da interposição de recurso.

Cumpra anotar, as decisões monocráticas em órgãos colegiados do Poder Judiciário são figuras controvertidas, e as Cortes

Superiores já foram instadas a se pronunciar sobre a constitucionalidade/legalidade desses atos judiciais em inúmeras ocasiões[28].

As possibilidades de decisões isoladas nos tribunais pátrios estão previstas em lei ou nos seus regimentos internos e podem ser conferidas ao presidente do colegiado ou, mais comumente, ao membro designado como relator do processo. Quando instituída em ato do tribunal, diz-se que houve a delegação de competência do colegiado a um dos seus integrantes.

A propósito, copio trecho do voto-vista da Ministra Eliana Calmon do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento sobre a recorribilidade de decisão judicial monocrática:

“A partir da visão ontológica do funcionamento dos Tribunais, tem-se como regra as decisões colegiadas. Entretanto, pela necessidade de dar-se maior velocidade na tramitação dos feitos, estabelecem os regimentos internos poderes para os relatores agirem isoladamente. O relator age, então, como delegado do colegiado.

Quando a parte não se conforma com o ato isolado do relator, não se pode furtar dela a oportunidade de chegar ao juiz natural, o colegiado. Se assim não for, estar-se-á dando ao delegado poderes absolutos, tornando irrecorrível o seu agir, omitindo-se o colegiado de julgar.” (AgRg no MS n.º 11.961-DF)

O redirecionamento da competência dos tribunais poderá ocorrer: nas demandas originárias, para o relator/presidente, e, nos recursos, para o relator/presidente ou para a instância que emitiu a decisão recorrida. Ademais, poderá abranger tanto questões formais do pleito quanto de mérito. Vale mencionar, atualmente, as decisões monocráticas de mérito estão cingidas às tutelas provisórias, que são obrigatoriamente confirmadas ou revogadas pelo colegiado, e às causas que em que há pronunciamento de tribunal com força vinculante.

Além disso, insta salientar, nas últimas reformas do extinto Código de Processo Civil de 1973, verificou-se uma tendência de incremento dos poderes decisórios do relator, numa tentativa de diminuir a sobrecarga do Judiciário e de imprimir maior agilidade nos julgamentos. Todavia, o novo Código de Processo Civil, em vigor a partir de março deste ano, com esteio nessas mesmas justificativas, **reforçou a colegialidade nos julgamentos dos tribunais** e reduziu as hipóteses de cabimento das decisões monocráticas.

Neste ponto, retorna-se ao tópico dos processos administrativos para abordar a sua fase decisória. Assim como nos processos judiciais, são duas as etapas do julgamento de um requerimento ou de um recurso administrativo, a do juízo de admissibilidade e a do juízo de mérito.

Juízo de admissibilidade é uma análise preliminar do preenchimento de uma série de formalidades legais, intituladas de pressupostos ou requisitos de admissibilidade, indispensáveis à regular tramitação e decisão de uma demanda. Após a confirmação da presença dos requisitos de admissibilidade, procede-se ao juízo de mérito: o exame da motivação e do conteúdo do pedido formulado pelo interessado.

Modo geral, ausente um dos pressupostos ou requisitos de admissibilidade, são dois os caminhos a serem adotados pela autoridade julgadora.

Em razão do princípio do formalismo moderado, se o defeito for sanável, o interessado será notificado para corrigi-lo[29]. Por exemplo: na ausência de pedido no requerimento inicial, a Administração Pública convoca o administrado para emendar a sua petição e incluir o pedido; e na interposição de recurso perante órgão incompetente, o recorrente é comunicado sobre a autoridade certa e é reaberto o prazo para o recurso[30].

Contudo, se o administrado silenciar-se[31] ou o defeito for insanável, o requerimento administrativo é extinto 'de plano' e o recurso não é recebido, obstando em ambos os cenários o juízo de mérito. É o caso do requerimento apresentado sem pedido, e não emendado pelo seu autor, e do recurso intempestivo.

Em virtude dos princípios que são típicos da Administração Pública e do processo administrativo, sobretudo o da autotutela e o da verdade material, o indeferimento do requerimento administrativo 'de plano' e o não recebimento do recurso não impedem que o órgão, por sua iniciativa, enfrente o mérito da lide[32].

Na revisão, os requisitos de admissibilidade podem ser resumidos em: autoridade competente, legitimidade do interessado, existência de uma decisão sancionadora transitada em julgado e a ocorrência de fatos novos ou circunstâncias relevantes que tornem a sanção inadequada[33].

É de se observar que, no tocante aos **fatos novos e circunstâncias relevantes, o juízo de admissibilidade adentrará em um dos aspectos do juízo de mérito**. Não haverá aqui uma simples análise de forma, porque esses itens figuram, a um só tempo, como requisitos e fundamentos do pedido revisor. E mais, identificar ou confirmar o que é um fato novo ou uma circunstância relevante envolve o estudo do processo anterior e, inclusive, poderá ensejar a produção de provas.

7. Conclusão

O pedido de Revisão é remédio que pode ser interposto a qualquer momento, não permite o agravamento da pena e não possui efeito suspensivo, ao teor normativo.

Interessante que os órgãos e entes da Administração Pública observem a legislação específica que trata sobre seus processos administrativos, para seguirem detalhamento peculiar. Entretanto, as pontuações realizadas neste artigo estão considerando a norma geral disposta Lei n.º 9.784/1999, a qual praticamente é duplicada em outras legislações próprias.

Nesse toar, considerar a natureza jurídica do pedido de Revisão como um requerimento administrativo autônomo, oponível em face de decisões sancionadoras irrecorríveis, coaduna com a impossibilidade de ser concedido efeito suspensivo, em geral.

Essa postura é relevante tanto para a Administração Pública como para o administrado, que sofreu penalidade e sobre ele tramita processo administrativo sancionador ou punitivo.

Em relação à Administração pontua-se que sua correta utilização evitará sucessivos pedidos que não preencham sequer os requisitos de admissibilidade necessários (fatos novos ou motivo relevante), sendo interposto como mero ato protelatório de aplicação da sanção a ser imposta. A depender de como o requerimento da revisão for processado, acaba por possibilitar à parte interessada um artifício de suspensão natural do processo, tendo em vista que apesar de findo a fase natural de cobrança, existe mera vinculação ao processo em si, retardando de fato seu processamento.

Ao eventual interessado infrator, nos casos dos processos administrativos punitivos ou sancionatórios, tratar o requerimento de Revisão como pedido autônomo direciona o pedido a outro julgador, diverso daquele que proferiu a decisão anterior. Assim, amplia-se a possibilidade de realização de real revisão e análise mais imparcial do pedido, tornando-o mais harmônico com o princípio do amplo contraditório.

Acredita-se que o processamento virtual do processo administrativo pode colaborar para aumentar sua transparência e eficiência, mas se o pedido de revisão ainda ficar vinculado ao processo inicial certamente ocorrerão os problemas detectados.

Nesse sentido, entende-se que esse pequeno detalhamento em relação ao processamento do pedido de Revisão pode colaborar na rotina da Administração Pública e ainda proporcionar maior segurança ao administrativo, especificamente quando se tratam de processos administrativos sancionadores, tornando esta fase final do processo mais célere e garantindo maior segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 9.784, de 29 de Janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.** Disponível

em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm> Acesso em 06 Jul. 2017.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.

DA COSTA, José Armando. *Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar*, 5ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 13ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 3, 13ª ed., Salvador: Ed. JusPodvm, 2016.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 36ª ed., Malheiros Editores: São Paulo, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Curso de Processo Penal*, 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

VICHI, Bruno de Souza. *Do Recurso Administrativo e da Revisão: Comentários à Lei Federal do Processo Administrativo*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

[1] Carvalho, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 1123.

[2] É esse o posicionamento de Lucas Rocha Furtado: “Em conclusão, é possível afirmar que o processo administrativo existe e que tem por

objeto a prática de atos administrativos, à semelhança do processo judicial que objetiva a emissão de sentenças e o do processo legislativo, cujo propósito é a elaboração de leis...”. “É de se concluir, portanto, à semelhança da atividade judicial, a função administrativa do Estado igualmente convive com processos e procedimentos, sem que os primeiros possam ser confundidos com os segundos.” (Curso de Direito Administrativo, 4ª ed., Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2013, pp. 973 e 975);

A denominação ‘processo administrativo’ é inclusive acolhida pela própria Constituição da República no art. 5º, inciso LV e inciso LXXII, alínea ‘b’, e art. 41, § 1º, inciso II.

[3] Para Maria Sylvia Zanella di Pietro *não se confunde o processo com o procedimento. O primeiro existe sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa, o ato final é sempre procedido de uma série de atos materiais e jurídicos para instruir, preparar e fundamentar o ato final objetivado pela Administração. Procedimento administrativo é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo.* (Direito Administrativo, 13ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2001, p. 494)

[4] José dos Santos Carvalho Filho, *Processo Administrativo Federal*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007, p. 1.057.

[5] O processo administrativo disciplinar federal encontra-se regido no Título V da Lei nº 8.112/90, nos art. [143](#) a [182](#).

[6] Disciplinado principalmente, no âmbito federal, pelo Decreto nº 70.235/72.

[7] Op. cit., pp. 974/5.

[8] A ação rescisória está prevista no novo Código de Processo Civil: Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) § 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do *caput*, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça: (...).

E a revisão criminal no Código de Processo Penal: Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: (...). Art. 622. A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após. Art. 626. Julgando procedente a revisão, o tribunal poderá alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo. Parágrafo único. De qualquer maneira, não poderá ser agravada a pena imposta pela decisão revista.

[9] São dez as agências reguladoras federais. Embora os *sites* de todas tenham sido pesquisados, os da Agência Nacional de Petróleo - ANP e da Agência Nacional de Águas - ANA não forneceram retorno satisfatório, por isso foram excluídas da análise comparativa.

As cinco Agências que reproduzem o art. 65 da Lei n.º 9.784/1999 são:

a) a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (criada pela Lei n.º 10.233/2010: art. 101 da Resolução n.º 5.083/2016, da Diretoria da Agência, que aprova o regulamento do processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades decorrentes de condutas que infrinjam a legislação de transportes terrestres e os deveres estabelecidos nos editais de licitações, nos contratos de concessão, de permissão e de arrendamento e nos termos de outorga de autorização;

b) a Agência Nacional da Aviação Civil – Anac (criada pela Lei n.º 11.182/2005): art. 28 da Instrução Normativa n.º 08/2008, da Diretora-Geral da Agência, que dispõe sobre o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de sanções;

c) a Agência Nacional de Cinema – Ancine (criada pela Medida Provisória n.º 2.228-1/2001): art. 129 da Instrução Normativa n.º 109/2012, da Diretoria Colegiada da Agência, que regulamenta o processo administrativo para aplicação de penalidades por infrações;

d) a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (criada pela Lei n.º 9.961/2000): art. 44 da Resolução Normativa n.º 388/2015, da Diretoria Colegiada da Agência, que dispõe sobre os procedimentos adotados para a estruturação e realização de suas ações fiscalizatórias; e

e) a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel (criada pela Lei n.º 9.961/2000): art. 90 da Resolução n.º 612/2013, do Conselho Diretor da Agência, que aprova o seu Regimento Interno.

As três que remetem à lei do processo administrativo federal são:

a) a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa (criada pela Lei n.º 9.782/1999): art. 1º, parágrafo único, da Resolução da Diretoria Colegiada n.º 25/2008, que dispõe sobre o procedimento de recurso administrativo;

b) a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq (criada pela Lei n.º 10.233/2001): art. 4º da Resolução n.º 3.259/2014, do Diretor-Geral Substituto da Agência, que dispõe sobre a fiscalização e o procedimento sancionador; e

c) a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel (instituída pela Lei n.º 9.427/1996): art. 5º da Resolução Normativa n.º 273/2007, do Diretor-Geral da Agência, que altera norma que dispõe sobre os procedimentos para o funcionamento, a ordem dos trabalhos e os processos decisórios.

[10] Para José Armando da Costa o atributo novidade “tem conotação subjetivo-relativa e não cronológica. De modo que fato novo não é, em absoluto, aquele dotado de recenticidade, mas, sim, o que constitui novidade para o servidor apenado. Cronologicamente, o fato deve ser, pelo menos, contemporâneo à falta atribuída ao servidor e nunca posterior. Caso contrário, não terá a alegativa invocada idoneidade para justificar a inocência do requerente. O instrumental probatório é que poderá surgir depois, como, por exemplo, o caso em que o verdadeiro autor do ilícito disciplinar resolve confessar a autoria unipessoal, que exclui, ipso facto, a responsabilidade do servidor inocente. O fato é antigo no tempo, mas novo como instrumental de prova disciplinar. (...) Acrescente-se, ainda, que os fatos velhos e alegados poderão, para o efeito revisional disciplinar, ser considerados como alegativas novas, desde que o interessado somente tenha conseguido melhor condição de comprová-lo depois de haver transitado em julgado o decisório punitivo.” (Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar, 5ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2005, pp. 481/2)

Em plano oposto, ministra José dos Santos Carvalho Filho: “Fatos novos são aqueles não levados em consideração no processo original de que resultou a sanção por terem ocorrido a posteriori. O sentido de “novo” no texto guarda relação com o tempo de sua ocorrência e, por conseguinte, com sua ausência para análise ao tempo em que se apurava a infração. O fato novo pode alterar profundamente a conclusão antes firmada, protagonizando convicção absolutória no lugar do convencimento sancionatório adotado na ocasião. Surgindo fato dessa natureza, não seria mesmo justo que perdurasse a sanção, decorrente daí que esta deve ser anulada ou modificada conforme a hipótese, mas não mantida da forma como foi imposta.” (op. cit., p. 335)

[11] Copio, novamente, a lição de José dos Santos Carvalho Filho: “Essas designações de caráter genérico, porém, não retiram ao pedido revisional a natureza de recurso administrativo (...).” “Revisão é o recurso administrativo pelo qual o interessado postula a reapreciação de determinada decisão, já proferida em processo administrativo.” (op. cit., pp. 1.039 e 1.042).

[12] Hely Lopes Meirelles: “Como veremos adiante, essa “revisão” não se equipara ao recurso, na medida em que pressupõe processo já encerrado, com a imposição de sanção, bem como o surgimento de fatos novos ou circunstâncias relevantes que possam indicar a inadequação daquela sanção.” “(...) Ela tem caráter de recurso.” (Direito Administrativo Brasileiro, 36ª ed., Malheiros Editores: São Paulo, 2010, pp. 709 e 715)

Bruno de Souza Vichi: “Da forma como se apresenta a revisão na Lei n.º 9.784/99, percebe-se claramente que não se insere como modalidade de recurso administrativo. Com efeito, se o recurso apresentasse como instrumento de rediscussão de decisão de um dado processo administrativo, representando, portanto, um instrumento interno do processo à mão do administrado, a revisão é forma de reapreciação de processo em si, sobre o qual incidem fatos novos que possam interferir na decisão administrativa terminativa ou, ainda, sujeita a circunstâncias relevantes que possam interferir na sanção aplicada.” (Do Recurso Administrativo e da Revisão, Comentários à Lei Federal do Processo Administrativo, coordenadora Lúcia Valle Figueiredo, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, pp. 257-258)

[13] A ação rescisória e a revisão criminal também não têm a natureza de recurso.

Sobre a ação rescisória, ensinam Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha: “A ação rescisória é a ação autônoma de impugnação, que tem por objetivos a desconstituição de decisão judicial transitada em julgado e, eventualmente, o rejuízo da causa. Ela não é recurso, exatamente porque dá origem a um novo processo para impugnar a decisão judicial. A ação rescisória pressupõe a coisa julgada, contrariamente ao recurso, que impede o trânsito em julgado e mantém o estado de litispendência ou de pendência do processo.” (Curso de Direito Processual Civil, vol. 3, 13ª ed., Salvador: Ed. JusPodvm, 2016, p. 421)

E Fernando Capez acerca da revisão criminal: “Embora eventualmente possa assumir função de recurso, inequivocamente é uma ação rescisória. A este respeito, Aristides Milton: “A revisão de que estou agora me ocupando não é, contudo, simplesmente um recurso; é antes uma ação sui generis; tanto assim que ela só tem lugar com referência a processos findos, isto é, processos que não pendem mais de recurso algum, que já foram decididos em última instância, e cujas sentenças passaram em julgado (A Constituição do Brasil; notícia histórica, texto e comentário, 1898, p. 481). Pontes de Miranda, citado por Tourinho Filho, anota que “a ação rescisória e a revisão não são recursos; são ações contra sentenças, porquanto remédios com que se instaura outra relação jurídica processual” (Processo penal, cit., p. 489).” (Curso de Processo Penal, 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 832)

[14] Tecnicamente, de acordo com o entendimento majoritário, os ‘recursos administrativos de ofício’ não ostentam as características próprias dos recursos administrativos, consistem em condição de eficácia de um ato complexo.

Em consonância com esse posicionamento, no novo CPC é adotada a nomenclatura ‘remessa necessária’ (arts. 496 e ss.).

[15] Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, *Processo Administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 191.

[16] É comando expresso da Lei n.º 8.112/1990: Art. 181. O julgamento caberá à autoridade que aplicou a penalidade, nos termos do art. 141.

[17] É mais uma vez Hely Lopes Meirelles: “Já vimos precedentemente que recurso administrativo é todo meio hábil a propiciar o reexame da atividade da Administração por seus próprios órgãos. Esses meios, em sentido amplo, compreendem a representação, a reclamação e o pedido de reconsideração, e, em acepção restrita, abrangem unicamente os recursos hierárquicos próprios e os recursos hierárquicos impróprios. (...)” (op. cit., p. 711).

[18] Anota-se que a Lei n.º 9.784/1999 não prevê o pedido de reconsideração como um recurso independente. A fim de satisfazer o princípio da autotutela administrativa, de acordo com o art. 56, § 1º, das duas normas ditam que, com a interposição do recurso administrativo, a possibilidade de reconsideração da decisão é automática. Se a autoridade administrativa não se retratar do seu ato, então, o recurso é encaminhado à instância superior.

A Lei n.º 8.112/1990, em seus arts. 106 e seguintes, também prevê expressamente o recurso de reconsideração.

[19] Igualmente, dita o CPC vigente sobre a ação rescisória: Art. 969. A propositura da ação rescisória não impede o cumprimento da decisão rescindenda, ressalvada a concessão de tutela provisória.

E os tribunais pátrios acerca da revisão criminal: Supremo Tribunal Federal (RHC 80079/RN, DJ de 18/08/2000 e HC 75834/MG, DJ de 06/05/2008); Superior Tribunal de Justiça (AgRg no HC 331251/MG, DJe 18/12/2015; AgRg no HC 321200/SP, DJe 17/06/2015 e AgRg no HC 282351/DF, DJe 03/02/2014) e Tribunal de Justiça de Goiás (16416-95.2015.8.09.0000-HC, DJ de 28/04/2015 e 432153-78.2012.8.09.0000-HC, DJ 1282 de 15/04/2013).

[20] Lei n.º 9.784/1999: Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: (...) VIII – impliquem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

[21] Ainda que enquadre a revisão como uma modalidade de recurso administrativo, é esta a opinião de José dos Santos Carvalho Filho: “Nesse caso, já terá havido um processo administrativo e neste já terá sido proferida a decisão. O interessado, então, reivindica a revisão desse ato decisório. (...). A revisão, por isso, enseja a instauração de novo processo, que tramitará em apenso ao processo anterior.” (op. cit., p. 1.042)

[22] José dos Santos Carvalho Filho pontua que os recursos administrativos podem dar início a um processo administrativo: “Se o processo administrativo já estiver materializado, o recurso será interposto dentro dele, à semelhança do que ocorre com os recursos judiciais. Mas se não houver ainda processo administrativo, o recurso interposto contra o ato administrativo estará deflagrando, com a protocolização da petição escrita do recorrente, a instauração do processo.” (op. cit., p. 1.037)

[23] No que tange às hipóteses de juntada por apensação de processos, é o antigo Decreto Estadual n.º 167/1962: Art. 18. A juntada pode ser feita por anexação ou apensação. Art. 22. Haverá apensação quando ocorrer necessidade transitória da reunião de dois ou mais processos que devam ser estudados em conjunto ou quando de um deles se deva extrair qualquer elemento para estudo do outro. Cada um deles constitui uma unidade distinta e a desapensação será feita tão logo cessem os motivos que determinaram a apensação. Parágrafo único. A apensação far-se-á por barbante amarrado no canto superior esquerdo do processo em andamento. Solucionado o objeto do processo que estiver em curso, o apensado será retirado e arquivado na repartição ou serviço onde se encontrava à época da apensação.

E também a Instrução Normativa n.º 011/2012, da Secretaria de Gestão e Planejamento, que regulamenta os procedimentos para abertura de processos, juntada, cópia e demais rotinas de tramitação de processos e documentos no âmbito do Poder Executivo: Art. 4º Para os efeitos desta Instrução denomina-se: (...) VIII - juntada: é a união de um processo a outro, ou de um documento a um processo; realiza-se por anexação ou apensação; (...) X - juntada por apensação é a união provisória de um ou mais processos ao processo inicial ou principal destinada ao estudo e à uniformidade de tratamento em matérias semelhantes, com o mesmo interessado ou instituidor;

Nessa mesma linha, é a Lei Estadual n.º 10.460/1988: Art. 339. Correrá a revisão em apenso ao processo originário.

E a Lei n.º 8.112/1990: Art. 178. A revisão correrá em apenso ao processo originário.

[24] Na ação rescisória essa possibilidade está expressa no CPP: Art. 625. (...) § 2º O relator poderá determinar que se apensem os autos originais, se daí não advier dificuldade à execução normal da sentença.

[25] Hely Lopes Meirelles, op. cit. p. 155.

[26] Hely Lopes Meirelles, op. cit. pp. 74/5.

[27] São exemplos de decisões judiciais isoladas:

- o deferimento de medidas liminares no mandado de segurança (Lei n.º 12.016/2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo: Art. 16. (...). Parágrafo único. Da decisão do relator que conceder ou denegar a medida liminar caberá agravo ao órgão competente do tribunal que integre;);

- a apreciação do pedido de tutela provisória (novo CPC: Art. 932. Incumbe ao relator: (...) II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal;);

- a inadmissibilidade de recursos em razão de vícios formais (novo CPC: Art. 932. Incumbe ao relator: (...) III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;);

- a negativa de provimento de recursos que versem sobre súmulas dos tribunais superiores ou do próprio tribunal (novo CPC: Art. 932. Incumbe ao relator: (...) IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.)

[28] STF: “1. Não ofende o princípio da colegialidade o uso pelo relator da faculdade prevista no art. 21, § 1º, do Regimento Interno da Corte, o qual lhe confere a prerrogativa de, monocraticamente, negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário a jurisprudência dominante ou a súmula do Tribunal.” (HC 135173 AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, ac. unân. da 2ª T., j. em 02/09/2016, DJe de 29/09/2016)

“Poderes Processuais do Ministro-Relator e Princípio da Colegialidade - Assiste, ao Ministro Relator, competência plena para exercer, monocraticamente, com fundamento nos poderes processuais de que dispõe, o controle de admissibilidade das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal. Pode, em consequência, negar trânsito, em decisão monocrática, a ações, pedidos ou recursos, quando incabíveis, intempestivos, sem objeto ou, ainda, quando veicularem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante na Suprema Corte. Precedentes.” (MS 28.025 AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, ac. unân. do Plenário, j. em 06/02/2013, DJe de 29/10/2014)

STJ: “Regimental. Agravo em Recurso Especial Decidido Monocraticamente. Ofensa ao Princípio da Colegialidade. Inocorrência. 1. Os artigos 544 e 557 do Código de Processo Civil/73, aplicável subsidiariamente na área penal, autorizavam ao relator apreciar monocraticamente recurso quando estivesse em confronto com súmula ou

jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Assim, não havia óbice algum à análise singular do recurso, inexistindo, portanto, ofensa ao princípio da colegialidade.” (AgRg no AREsp 675661/SP, Relator Ministro Jorge Mussi, ac. unân. da 5ª T., **j. em 25/10/2016**, DJe 07/11/2016)

[29] Lei n.º 9.784/99: Art. 2º (...) Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX – adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

É essa a sistemática do CPC de 2015: Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.; Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.; Art. 801. Verificando que a petição inicial está incompleta ou que não está acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da execução, o juiz determinará que o exequente a corrija, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de indeferimento.; Art. 932. Incumbe ao relator: (...) Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

[30] Lei n.º 9.784/99: Art. 63. O recurso não será conhecido quando oposto: (...) § 1º Na hipótese do inciso II deste artigo, será indicada ao recorrente a autoridade competente, sendo-lhe devolvido o prazo para recurso.

[31] Lei n.º 9.784/99: Art. 40. Quando dados, atuações ou documentos solicitados ao interessado forem necessários à apreciação de pedido formulado, o não atendimento no prazo fixado pela Administração para a respectiva apresentação implicará arquivamento do processo.

[32] Lei n.º 9.784/99: Art. 63. O recurso não será conhecido quando oposto: (...) § 2º O não conhecimento do recurso não impede a Administração de rever o ato, se ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa.

Vide também nota 5.

[33] Orienta José dos Santos Carvalho Filho: “O interessado, então, reivindica a revisão desse ato decisório. Entretanto, precisa preencher um

requisito especial para que seja conhecido o recurso: a existência de fatos novos susceptíveis de conduzir o administrador à solução diversa daquela que apresentou anteriormente no processo administrativo.” (op. cit., p. 1.042)

O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

RICARDO MIRANDA BARBOSA:
Advogado. Bacharel em Direito pela
Universidade Federal de Pernambuco -
UFPE.

RESUMO: O presente trabalho consiste em estudo sobre a resolução do Senado Federal prevista no art. 52, X, da Constituição Federal, que visa suspender, em todo território nacional, lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso.

PALAVRAS-CHAVE: Art. 52, X, da CRFB/88. Controle de constitucionalidade. Resolução do Senado Federal.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Controle de constitucionalidade no Brasil; 2.1. Desenvolvimento histórico; 2.2. Do controle concentrado de constitucionalidade; 2.3. Do controle difuso de constitucionalidade; 3. O papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade; 3.1. Procedimento; 3.2. Apontamentos doutrinários; 3.2.1. Da vincularidade ou discricionariedade do ato; 3.2.2. Da possibilidade de suspensão parcial das normas declaradas inconstitucionais; 3.2.3. Dos efeitos da suspensão; 3.2.4. Da possibilidade de revogação das normas pelo Senado; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. Introdução

O presente trabalho busca fazer uma análise da aplicação do art. 52, X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, segundo o qual compete privativamente ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Em síntese, o Senado Federal tem a função de produzir uma resolução que vai conferir eficácia *erga omnes* e vinculante à decisão do STF em controle concreto de constitucionalidade.

Serão estudadas as principais características do referido dispositivo constitucional, que existe no país desde a Constituição da República dos

Estados Unidos do Brasil de 1934, sendo realizada uma análise de todas as dúvidas que surgiram devido à confusa redação do texto constitucional, com explicação dos principais posicionamentos doutrinários, majoritários e minoritários. Dentre elas, a eficácia temporal dos efeitos da resolução – se *ex tunc* ou *ex nunc* –, a obrigatoriedade, ou não, do Senado para fazer a resolução e quando ela pode ser realizada.

2. Controle de constitucionalidade no Brasil

2.1. Desenvolvimento histórico

O controle de constitucionalidade tem como pressuposto básico a supremacia da Constituição, que se encontra o topo do ordenamento jurídico brasileiro, servindo de parâmetro para todas as normas criadas no país. Como ensina o autor José Afonso da Silva^[1], a Constituição “*é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais*”.

Existem, ainda, outros pressupostos sobre os quais o controle constitucional se baseia, como a rigidez constitucional, pois a Constituição não pode ser alterada de qualquer forma, precisa de um quórum muito qualificado^[2]; a unidade do ordenamento jurídico, já que deve haver harmonia entre as leis e a Carta Magna; e a existência de um órgão competente para exercer esse controle.

A história do controle de constitucionalidade brasileiro começou na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891^[3], que foi a primeira a implementar o sistema de controle difuso no país, baseado no modelo norte-americano do *stare decisis*, conferindo ao Supremo Tribunal Federal a competência para decidir sobre adequação das normas nacionais em face da Constituição. Posteriormente, com a edição da Lei nº 221 de 1894^[4], surgiu a possibilidade do juiz de primeiro grau deixar de aplicar um diploma quando o considerasse inconstitucional.

A primeira ação do controle concentrado nasceu com a Constituição de 1934, denominada Representação de Inconstitucionalidade Interventiva

(art. 7º, I, a e b). Foi mantido o sistema difuso, somando-se a ele o concentrado, sendo a primeira vez que ambos os controles passaram a existir no Brasil. Além disso, houve a criação da competência do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (art. 91, IV), que visava combater a eficácia limitada de que eram dotadas as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade. Este dispositivo permanece nos dias atuais e será objeto de estudo desse trabalho. Outra inovação trazida por ela foi a regra de que “só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público” (art. 179), dispositivo precedente do que hoje é conhecido como “reserva de plenário”. Trouxe, ainda, outra novidade, que foi o mandado de segurança, que seria utilizado “para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”.

A Constituição Polaca de 1937, por outro lado, não cuidou do papel do Senado Federal, tampouco da Representação Interventiva Federal, apenas manteve a reserva de plenário (art. 96, *caput*) e o controle difuso de constitucionalidade. A inovação foi no parágrafo único do art. 96, que afirmava que “no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”. Assim, uma lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário poderia voltar a vigor normalmente. Este dispositivo, contudo, foi revogado posteriormente, em 1945.

Os dois sistemas de controle voltaram a coexistir no país com a Constituição de 1946, que trouxe de volta o papel do Senado Federal e a Representação Interventiva Federal. A Emenda Constitucional 16/65 introduziu, ainda, outras duas novidades. A principal foi a criação da grande ação do controle concentrado, a Ação Direta de

Inconstitucionalidade, chamada à época de Representação de Inconstitucionalidade (art. 101, *k*), que só podia ser impetrada pelo Procurador Geral da República. Outra inovação foi o art. 19, segundo o qual “lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado”. Este dispositivo, no entanto, não prosperou, pois não chegou a ser posto em prática^[5].

Por fim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe importantes regulamentações sobre o tema. A doutrina diz que ela foi responsável por uma virada no entendimento do controle de constitucionalidade brasileiro, que pela primeira vez passou a dar mais importância ao controle concentrado do que ao controle difuso. Entre outras inovações, se destacam a criação de outras ações diretas de competência do Supremo Tribunal Federal: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (a Ação Declaratória de Constitucionalidade só foi criada em 1993, pela Emenda Constitucional nº 3).

2.2. Do controle concentrado de constitucionalidade

O controle concentrado, também chamado de abstrato, é aquele realizado por apenas um tribunal no plano federal, o Supremo Tribunal Federal, em ação direta, com o objetivo de defender a supremacia da Constituição Federal. Vale lembrar, contudo, que ele não é o único órgão que realiza controle concentrado no país, visto que também o fazem os Tribunais de Justiça na proteção da Constituição Estadual e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que realiza controle para proteger a lei orgânica do Distrito Federal.

Neste controle, a questão da inconstitucionalidade é posta como objeto da ação. Busca-se exatamente a declaração da (in)constitucionalidade de uma norma. Os legitimados ativos para a propositura estão elencados no art. 103, *caput*, da CRFB/88, em rol taxativo^[6]. Ele se caracteriza por seus efeitos possuírem eficácia vinculante e *erga omnes*, ou seja, sua decisão alcança todas as pessoas, todos os órgãos do Poder Judiciário e toda a Administração Pública direta

e indireta das esferas federal, estadual, municipal e distrital. Obviamente, a função legiferante do Estado não fica vinculada, ou seja, o Poder Legislativo ou o Poder Executivo podem criar leis ou atos sobre um tema já declarado inconstitucional em controle abstrato, garantindo o princípio da separação de poderes.

A norma declarada inconstitucional em controle abstrato, em regra, é considerada nula de pleno direito, como se nunca tivesse existido, por isso se diz que os efeitos da decisão são *ex tunc*, pois retroagem até a data de vigência da norma, fazendo com que ela nunca tenha produzido efeitos no mundo jurídico. Isso é, os atos por ela produzidos são considerados nulos. Vale lembrar, contudo, que o Supremo Tribunal pode realizar a modulação temporal dos efeitos da decisão, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, fazendo com que a decisão tenha efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*, ou seja, a norma inconstitucional vai deixar de produzir efeitos a partir daquela data ou de uma data no futuro escolhida pela Suprema Corte, conforme art. 27 da lei 9.868/99^[7].

Existem, atualmente, quatro ações do controle concentrado de constitucionalidade: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), cuja finalidade é declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal que viole a CRFB/88; a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC), que tem o efeito inverso da primeira, pretendendo que uma norma seja reconhecida constitucional de modo vinculante e *arga omnes*, objetivando defender a segurança das relações jurídicas e acabar com uma controvérsia judicial relevante sobre o tema; a Ação Direta por Omissão (ADO), que visa defender normas constitucionais dependentes de regulamentação; e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que tem caráter residual, com o objeto de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público, sendo muito utilizada quando se quer declarar a inconstitucionalidade de lei estadual ou lei pré-constitucional (existente antes da Constituição de 1988) perante a CRFB/88.

Interessante sobre a ADPF é a previsão do art. 1º, parágrafo único, I, da lei 9882/99, segundo a qual caberá arguição de descumprimento de

preceito fundamental “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”. Este dispositivo traz a figura da ADPF em ação incidental, que só pode ser arguida como uma causa de pedir, em um processo subjetivo. Qualquer um dos legitimados do art. 103, da CRFB/88, pode propor a ADPF incidental. O juiz ou tribunal, então, deve propor uma cisão vertical de competência. O processo na origem ficará parado, enquanto o caso é remetido ao STF. Quando a Corte Suprema lavrar um acórdão, deve enviar para o juízo *a quo*, para que este possa julgar o caso. Este tipo de recurso, no entanto, é muito pouco utilizado, pois os legitimados, como é previsível, preferem impetrar um ADPF principal diretamente no STF, do que propor a arguição pelo modo incidental.

2.3. Do controle difuso de constitucionalidade

O controle difuso, por outro lado, também conhecido como controle concreto, incidental, aberto, indireto, subjetivo, por via de exceção ou via de defesa, permite que todos os Juízes e Tribunais do país, inclusive o STF, possam, no caso concreto, analisar a constitucionalidade de uma norma, podendo afastar sua aplicação no caso específico. Qualquer pessoa possui a legitimidade ativa para pleitear a declaração da inconstitucionalidade de uma lei em uma ação incidental, tanto o autor, o réu, o terceiro interessado, o Ministério Público ou até os próprios Juízes e Tribunais de ofício, a fim de resolver o caso concreto.

O pedido de inconstitucionalidade, nessa ação, é apenas causa de pedir, pois a parte vai buscar afastar a incidência de determinada norma para que tenha seu direito atendido. Nas palavras de Alexandre de Moraes^[8]:

“Nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou lei

permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros”.

Os efeitos desse controle, segundo o ordenamento jurídico pátrio, são *inter partes*, pois somente as partes do processo ficam obrigadas a esta decisão. Contudo, ela pode possuir efeitos *erga omnes*, dependendo de uma resolução do Senado Federal, que vai suspender a eficácia da norma declarada inconstitucional em todo o território nacional.

A eficácia da decisão em controle difuso também é, em regra, *ex tunc*, retroagindo até a data da edição da lei. O STF já chegou a dizer, em diversas decisões, que “não se aplica o efeito *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade em processo de controle difuso^[9]”, mas esse entendimento já foi ultrapassado. Hoje, a Suprema Corte aplica a modulação temporal dos efeitos da decisão também em controle difuso, fazendo com que ela tenha efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*. Um exemplo é o entendimento do Supremo da impossibilidade de declaração de efeitos retroativos para o caso de declaração de nulidade de contratos trabalhistas^[10]. Outro exemplo foi no RE nº 266994/SP, em que o STF declarou a incompatibilidade entre o número de habitantes e o de vereadores de um determinado município, o que gerou inconstitucionalidade. Contudo, por se tratar de uma “situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria em grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente”, foi levantada a “prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade^[11]”.

3. O papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade

O sistema de controle difuso, naturalmente, pode fazer com que uma mesma lei seja declarada constitucional por um juízo e inconstitucional por outro, o que pode gerar um cenário de grande insegurança jurídica. Além disso, depois que uma pessoa conseguiu uma decisão favorável em

controle difuso, muitas outras pessoas em situações semelhantes podem querer também recorrer ao Judiciário para obter a mesma decisão, o que vai encher, ainda mais, o Supremo Tribunal Federal. Por esses motivos, o legislador constitucional criou um modo de oferecer eficácia *erga omnes* para uma decisão realizada pelo STF em controle concreto. Essa hipótese, que não existe em nenhum outro ordenamento jurídico internacional, como foi dito, existe no Brasil desde a Constituição de 1934. Na Carta Magna atual, ela está prevista no art. 52, X:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Como é claro, este instituto só pode ser aplicado nos casos de decisões definitivas da Suprema Corte em controle difuso. Não se aplica para as decisões em controle abstrato, pois estas já são vinculantes e *erga omnes* naturalmente. O STF deve, sempre que for declarada a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo em ação de controle incidental, comunicar ao Senado Federal sua decisão, conforme art. 178 de seu Regimento Interno^[12], para que o Senado possa suspender seus efeitos, dando eficácia geral à decisão. Importante perceber que não haverá comunicação se a decisão for por ilegalidade, não recepção ou revogação de lei. O STF só é obrigado a informar ao Senado se for decidido pela inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, que pode ser estadual, federal, distrital ou municipal.

3.1. Procedimento

Os artigos 386 a 388 do Regimento Interno do Senado Federal regulam os passos que devem ser seguidos na casa do Congresso Nacional, para que seja possível suspender a norma em análise. Segundo o art. 386, o Senado conhecerá da decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal mediante comunicação do Presidente do Tribunal, representação do Procurador-Geral da República ou de projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Ainda de acordo com o Regimento Interno, o projeto de

resolução deve ser elaborado pela mesma Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal.

3.2. Apontamentos doutrinários

A redação do art. 52, X, da CRFB/88, certamente, não é a ideal, de modo que já surgiram muitas dúvidas sobre sua interpretação mais adequada, algumas com soluções já pacificadas na doutrina e na jurisprudência, enquanto que outras ainda são objetos de grandes debates.

3.2.1. Da vincularidade ou discricionariedade do ato

A primeira grande discussão doutrinária é se a suspensão da norma pelo Senado Federal é um ato vinculado ou discricionário, ou seja, depois que o Supremo informar ao Senado sobre a decisão declarando uma norma inconstitucional, a casa tem a obrigação de suspender essa norma ou pode escolher se vai suspendê-la, com base em sua conveniência e oportunidade? Alexandre de Moraes^[13] explica que há divergência na doutrina^[14], mas o Supremo Tribunal Federal e o próprio Senado Federal entendem que não há obrigação para proceder à edição da resolução suspensiva, sendo, assim, um “*ato discricionário do Poder Legislativo, classificado como deliberação essencialmente política, de alcance normativo*”. O autor lembra, nesse sentido, do mestre Paulo Brossard^[15], que, sobre o assunto, explicou:

“tudo está a indicar que o Senado é o juiz exclusivo do momento em que convém exercer a competência, a ele e só a ele atribuída, de suspender lei ou decreto declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. No exercício dessa competência cabe-lhe proceder com equilíbrio e isenção, sobretudo com prudência, como convém à tarefa delicada e relevante, assim para os indivíduos, como para a ordem jurídica”.

3.2.2. Da possibilidade de suspensão parcial das normas declaradas inconstitucionais

Outro aspecto relevante é que o art. 52, X, diz que o Senado Federal pode suspender “em todo ou em parte” a lei. Tal redação pode dar a entender que é possível suspender apenas uma parte das normas declaradas inconstitucionais pelo STF, o que não é verdade. Para realizar a suspensão da norma, o Senado deve seguir os limites da decisão da Suprema Corte, ou seja, a sentença do Tribunal é que decidirá se a lei é inconstitucional no todo ou em parte, devendo o Senado reproduzir isso na sua resolução. Dessa forma, se o STF declarar somente parte de uma lei inconstitucional, o Senado não pode suspender a vigência da lei toda, nem de somente alguns artigos declarados inconstitucionais pelo Supremo. Ele fica restrito à decisão, tendo que suspender exatamente os artigos delimitados pelo STF. Apesar da doutrina extremamente majoritária entender desse modo, há autores que divergem, como Michel Temer^[16], o qual entende que “o Senado não é mero órgão chancelador da decisão da Corte Suprema”, podendo usar essa competência de modo discricionário, isto é, “se o STF declara a inconstitucionalidade de uma lei, por inteiro, faculta-se ao Senado a possibilidade de suspendê-la em parte”. Ele explica que a decisão do Supremo, muitas vezes, acontece por uma diferença de um ou dois votos entre os ministros, de modo que o entendimento da Corte pode mudar quando há a substituição de algum deles. Por isso, o Senado não estaria vinculado à decisão da Suprema Corte, pois ela própria pode mudar de entendimento com o passar do tempo. Este entendimento, repita-se, é minoritário.

3.2.3. Dos efeitos da suspensão

Existe um grande debate doutrinário a respeito da eficácia temporal da norma suspensa pelo Senado Federal pelo rito do art. 52, X, da Constituição. A discussão é se a resolução deve, ou não, produzir efeitos retroativos. Vale lembrar que, em regra, a decisão *inter partes* do Supremo Tribunal tem eficácia *ex tunc*, retroagindo até a data do início da vigência da lei em discussão, fazendo com que ela nunca tenha produzido efeitos no mundo jurídico, apesar de ser possível, como já foi visto, a modulação temporal da decisão, de modo que ela tenha efeitos prospectivos ou *pro futuro*. A discussão se baseia nos efeitos que a resolução vai ter para terceiros, aqueles que terão suas relações jurídicas atingidas pela

suspensão da norma pelo Senado, apesar de que não tenham sido ouvidos no processo que declarou a inconstitucionalidade dela.

A parcela majoritária da doutrina parece entender que os efeitos da resolução do Senado devem ser *ex nunc*, entre eles, como enumera Dirley da Cunha Júnior^[17], Themístocles Brandão Cavalcanti, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior, José Afonso da Silva, Regina Maria Macedo Nery Ferrari, Lenio Luiz Streck e o próprio Dirley Júnior.

Para esta corrente, a suspensão da lei corresponde à revogação dela, o que não se assemelha com retirar a eficácia de uma norma, que é o que acontece com a declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal. Como explica Lenio Streck^[18], *“suspender a execução da lei não pode significar retirar a eficácia da Lei [...], quando se revoga uma lei, seus efeitos permanecem; quando se a nulifica, é esta írrita, nenhuma”*. O autor ensina que *“a suspensão da lei somente pode gerar efeitos ex nunc, pela simples razão de que a lei está suspensa (revogada), à espera da retirada de sua eficácia”*. A suspensão, portanto, *“não alcança os atos jurídicos formalmente perfeitos, praticados no passado, e os fatos consumados, ante sua irretroatividade, e mesmo os efeitos futuros dos direitos regularmente adquiridos^[19]”*.

Entretanto, parcela importante da doutrina entende que a resolução do Senado também deve produzir efeitos retroativos, para que não exista violação ao princípio da igualdade, ou seja, se as partes da ação incidental receberam os efeitos *ex tunc*, os terceiros também deveriam receber o mesmo, até para evitar que eles, posteriormente, procurem o Judiciário buscando a declaração do efeito retroativo também para sua demanda. Outro argumento seria o de que uma lei declarada inconstitucional é nula de pleno direito, não podendo nunca ter produzido efeitos na esfera jurídica. Sobre o assunto, Gilmar Mendes^[20], um dos maiores defensores dessa teoria, explica:

“Afirmava-se quase incontestadamente, entre nós, que a pronúncia da inconstitucionalidade tinha

efeito *ex tunc*, contendo a decisão judicial caráter eminentemente declaratório. Se assim fora, afigurava-se inconcebível cogitar de "situações juridicamente criadas", de "atos jurídicos formalmente perfeitos" ou de "efeitos futuros dos direitos regularmente adquiridos", com fundamento em lei inconstitucional. De resto, é fácil de ver que a constitucionalidade da lei parece constituir pressuposto inarredável de categorias como as do direito adquirido e do ato jurídico perfeito".

O autor e ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavascki^[21], é outro a entender pela eficácia *ex tunc* da decisão. Ele faz uma distinção entre o instituto da suspensão da norma e a sua revogação, afirmando que ambos os institutos fazem com que a lei não seja aplicada no futuro, porém, relativamente ao passado, a norma revogada produziu efeitos válidos, enquanto que a suspensa não incidiu, por ser inconstitucional. Nas palavras do autor:

“A norma revogada deixa de incidir a partir de sua revogação, mas incidiu validamente sobre os suportes fáticos ocorridos durante a sua vigência. Isso significa que, mesmo depois da sua revogação, a norma pode e deve ser aplicada pelo juiz, pelo administrador público e por quem mais tenha de apreciar controvérsias sobre fatos jurídicos anteriores. No caso de suspensão por inconstitucionalidade, as consequências são diferentes. A norma inconstitucional é nula desde a origem e, como tal, nunca teve aptidão para operar o fenômeno da incidência. É norma que nunca incidiu”.

Corroborando com esta corrente, o Decreto nº 2.346/9757^[22] prevê, de forma expressa, que, no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta, os efeitos da resolução do Senado Federal são *ex tunc*.

3.2.4. Da possibilidade de revogação das normas pelo Senado

Por fim, vale lembrar que o Senado Federal não pode posteriormente revogar seu ato de suspensão, ou seja, depois que a resolução foi feita suspendendo a eficácia de uma norma, não é possível que se crie outra resolução para revogar a passada para que a norma suspensa volte a produzir efeitos. Entretanto, a resolução do Senado está sujeita a aferição judicial de sua constitucionalidade, inclusive mediante controle abstrato. Como explica Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino^[23]:

“... a resolução pode ser impugnada judicialmente quando se entenda que ela desatendeu as determinações constitucionais, seja quanto aos seus aspectos formais (concernentes ao processo legislativo exigido para sua produção), seja quanto ao seu conteúdo (por exemplo, caso se considere que as disposições da resolução discrepam daquilo que foi decidido pelo STF)”.

4. Conclusão

O sistema de controle constitucional brasileiro, hoje, é considerado misto, pois possui tanto o controle difuso quanto o concentrado, mas nem sempre foi assim. O modelo difuso de controle surgiu com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, quando era o único modo existente para afastar a incidência de uma norma incompatível com a Constituição, e só era realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

O modelo concentrado de constitucionalidade apareceu pela primeira vez na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, com a criação da Representação de Inconstitucionalidade Interventiva. Ambos os sistemas passaram a conviver em todas as constituições que vieram em seguida, com exceção da Constituição “Polaca” de 1937, que não previa o controle abstrato.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o modelo concentrado passou a possuir fundamental destaque no ordenamento jurídico pátrio, principalmente com o aumento do número de

legitimados ativos para a propositura das ações diretas e a criação de novas ações. Esse tipo de controle se caracteriza por ser um pedido diretamente no Supremo Tribunal Federal para que uma norma seja declarada (in)constitucional. O objeto do pedido é exatamente a declaração do Tribunal sobre a constitucionalidade da lei, e a decisão vai produzir efeitos *erga omnes* e vinculantes. Hoje, existem quatro ações do controle abstrato: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Direta de Constitucionalidade (ADC), Ação Direta por Omissão (ADO) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

O controle difuso, por outro lado, pode ser feito por qualquer Juiz ou Tribunal do país, inclusive pelo STF. A questão constitucional aparece somente como causa de pedir, pois o objeto da ação é outro, mas, para ser atingido, a parte pede para que uma determinada norma seja declarada inconstitucional pelo juízo. A sentença também produzirá efeitos retroativos, mas somente para as partes envolvidas no processo, ou seja, possui efeitos *inter partes*.

Para combater a eficácia limitada de que eram dotadas as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade difuso, a Constituição de 1934 conferiu ao Senado Federal a competência para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”. Esse dispositivo, como visto, existe até hoje no ordenamento jurídico pátrio, atualmente no art. 52, X, da CRFB/88, e é objeto de várias discussões de ordem prática.

O Senado Federal, portanto, vai produzir uma resolução para conferir eficácia *erga omnes* e vinculante para a decisão do Supremo Tribunal Federal em controle difuso. Apesar de haver vozes dissidentes, a doutrina majoritária entende que a resolução produzirá apenas efeitos *ex nunc*, ou seja, a lei declarada inconstitucional deixará de ser aplicada a partir da resolução, mas seus efeitos já produzidos não serão afetados pela suspensão de sua eficácia.

Além disso, o entendimento majoritário é de que a resolução do Senado deve ser feita nos limites estabelecidos pelo STF, e ele não

poderá, depois, criar outra resolução para revogar a primeira. Contudo, a casa congressista não é obrigada a conceder eficácia erga omnes à decisão do Supremo. É uma função discricionária, de modo que o Senado vai analisar a conveniência e oportunidade para realizá-la.

5. Referências

BARROSO. Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: . Acesso em 31 de janeiro de 2018.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de junho de 1934**. Disponível em: . Acesso em 31 e janeiro de 2018.

_____. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: . Acesso em 31 de janeiro de 2018.

_____. Constituição (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: . Acesso em 31 de janeiro de 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: . Acesso em 31 de janeiro de 2018.

_____. **Decreto n. 2.346, de em 10 de outubro de 1997**. Disponível em: Acesso em: 31 de janeiro de 2018.

_____. **Lei nº 9.868/99 de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: . Acesso em: 31 de janeiro de 2018.

_____. Senado Federal. **Regimento Interno do Senado Federal. Resolução n. 93 de 1970.** Disponível em: . Acesso em: 31 de janeiro de 2018.

BROSSARD, Paulo. **O Senado e as leis inconstitucionais.** Revista de Informação Legislativa n° 50/55.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática.** 4ª ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional.** Disponível em: . Acesso em: 31 de janeiro de 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado.** 12ª Edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional.** *Revista Jus Navigandi*, Teresina, **ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007.** Disponível em: . Acesso em: 31 de janeiro de 2018.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional.** 22ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional.** 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NOTAS:

[1] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 46.

[2] Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

[3] Art. 58. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

III. Rever processos findos, nos termos do art 78.

b) quando se contestar a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os atos, ou leis impugnados.

[4] Art. 13, § 10, da Lei 221/1894: Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de applicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição.

[5] BARROSO. Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 118.

[6] Art. 103, CF/1988: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

[7] Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

[8] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, pág. 733.

[9] Nesse sentido: STF - AI: 528238 RJ, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 04/02/2005, Data de Publicação: DJ 17/02/2005. STF - RE: 345416 RJ, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 30/11/2004, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 04-02-2005

[10] Nesse sentido: STF - AI: 529694 RS, Relator: GILMAR MENDES. Data de Julgamento: 15/02/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 11-03-2005. Rcl 2417/SC – informativo 376 (<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo376.htm>)

[11] STF - RE: 266994 SP, Relator: MAURÍCIO CORRÊA. Data de Julgamento: 31/03/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 21-05-2004. Disponível em: Acesso em: 31 de janeiro de 2018.

[12] Art. 178. Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição (Atual dispositivo da CF/1988: art. 52, X).

[13] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, pág. 737-738.

[14] Segundo enumera o autor, Paulo Brossard, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Themístocles Cavalcanti, Nogueira da Silva, Elival da Silva Ramos e Celso de Mello Filho são alguns que entendem que a atribuição do Senado Federal é discricionária. Por outro lado, entendem que é vinculada: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Bastos, Michel Temer, Lúcio Bittencourt e Alfredo Buzaid.

[15] BROSSARD, Paulo. **O Senado e as leis inconstitucionais**. Revista de Informação Legislativa nº 50/55 *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, pág. 738.

[16] TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, pág. 49.

[17] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. 4ª ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2010, pág. 154.

[18] STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. [A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional](#). *Revista Jus Navigandi*, Teresina, [ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007](#). Disponível em: . Acesso em: 31 de janeiro de 2018.

[19] MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: J. Bushasky, 1980, pág. 211, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. Disponível em: . Acesso em: 31 de janeiro de 2018.

[20] MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. Disponível em: . Acesso em: 31 de janeiro de 2018.

[21] ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pág. 32/33.

[22] Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.

§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia ex tunc, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

[23] PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 12ª Edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, pág. 826.

RECORTE HISTÓRICO DOS CONCEITOS DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS NO BRASIL

SILVIA PRIMILA GARCIA RASKOVISCH:
Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes.

RESUMO: É corrente a afirmação de que o direito falimentar objetiva a consecução dos direitos do credor, tendo sido essa a perspectiva predominante na legislação brasileira até o advento da Nova Lei de Falências. O presente trabalho tem como escopo analisar a evolução da legislação brasileira no que concerne ao tratamento conferido aos atores centrais do processo falimentar e de recuperação de empresas.

PALAVRAS CHAVES: recorte histórico; falências; recuperação empresas;

Sumário: 1. Introdução 2. Direito falimentar sob a ótica das ordenações de Portugal; 3. Evolução da legislação falimentar brasileira; 4. Contraponto com a experiência do direito espanhol; 5. Conclusão 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

As alterações legislativas promovidas no âmbito dos institutos da falência e da recuperação judicial coincidem com as mudanças de perspectiva relacionadas às figuras do credor, devedor e do próprio Juiz.

Nesse sentido, no período do Brasil colônia, o processo falimentar era regido pelas ordenações de Portugal, que privilegiavam os interesses dos credores em contrapartida à marginalização enfrentada pelos devedores.

A partir da independência do Brasil, a perspectiva supramencionada foi paulatinamente substituída pelo reconhecimento do devedor como sujeito de direitos, especialmente a partir da edição da Lei n 11.101/05. Assim, doutrina e jurisprudência passam a defender a incidência do

princípio da menor onerosidade da execução, no âmbito do processo falimentar brasileiro.

Ademais, o Juiz assume papel ativo durante o procedimento, funcionando como verdadeiro agente colaborador na consecução dos objetivos almejados pelas partes.

Por fim, estabeleceu-se contraponto com a experiência espanhola no que concerne ao processo falimentar. Nesse ponto, alguns entraves, previstos na legislação brasileira, foram apontados como obstáculos a serem superados com vistas à efetividade do processo.

2. DIREITO FALIMENTAR SOB A ÓTICA DAS ORDENAÇÕES DE PORTUGAL

A partir da análise histórica da evolução dos conceitos de direito falimentar e de recuperação de empresas, pode-se dividir a legislação falimentar no Brasil nos períodos adiante descritos.

Em um primeiro momento, as diretrizes impostas ao devedor falido foram traçadas pelas Ordenações de Portugal, a exemplo das Afonsinas no ano de 1500. Nessa época, em virtude da posição de colônia, aplicavam-se ao Brasil o arcabouço legislativo português.

Em 1521, as ordenações Afonsinas foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, que determinavam a prisão do devedor, em virtude de débito perante os credores. Todavia, admitia-se que o devedor cedesse bens aos credores como forma de quitação do débito e consequente afastamento da pena de prisão.

No ano de 1603, quando Portugal esteve sob o comando de D. Felipe II, surgiram as Ordenações Filipinas. Tais ordenações tiveram grande influência no Brasil, com início de incipiente desenvolvimento mercantil na colônia.

Ao fim desse período, pode-se mencionar a relevância do Alvará de 13 de novembro de 1756, que instituiu o processo falimentar brasileiro. Nesse sentido, explica Ecio Perin Junior [\[1\]](#) que o falido era obrigado a apresentar-

se à Junta do Comércio, perante a qual jurava a verdadeira causa da falência. Após efetuar a entrega das chaves dos armazéns das fazendas, declarava todos os bens móveis e de raiz, fazendo entrega, na oportunidade, do Livro Diário, no qual deveriam estar lançados todos os assentamentos de todas as mercadorias, com a discriminação das despesas efetuadas.

Ademais, quando ultimado o inventário dos bens do falido, seguir-se-ia a publicação do edital, com a convocação dos credores. Do produto da arrecadação, dez por cento eram destinados ao próprio falido para seu sustento e de sua família, repartindo-se o restante entre os credores. Fraudulenta que fosse a falência, era decretada a prisão do comerciante.

Esclarece o eminente jurista Waldo Fazzio Júnior que o Decreto-Lei n 7661/45, produzido logo após a segunda guerra mundial, concluída em 1945, concebia um modelo de empresa próprio da economia nacional defasada que refletia as coordenadas da ordem capitalista instaurada, em 1944, a partir da Conferência de Bretton Woods. Concebia o crédito como, simplesmente, mais uma espécie da relação obrigacional, desconsiderava a repercussão da insolvência no mercado e concentrava-se no ajustamento das relações entre os credores e o ativo do devedor. [2]

3. EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR BRASILEIRA

Após a independência do Brasil, o Alvará de 13 de novembro de 1756 foi a referência do sistema falimentar brasileiro até a promulgação da Lei n 556/50, denominada de Código Comercial brasileiro.

O Código Comercial brasileiro instituiu procedimento moroso e burocrático, que privilegiava em demasia os interesses dos credores em detrimento da ruína dos devedores.

Noutro giro, no período republicano houve intensa produção legislativa, com a edição dos diplomas legais adiante mencionados.

Inicialmente, o Decreto n 917/1890, denominado Lei Carlos Augusto de Carvalho, inspirado na legislação suíça, provocou o desenvolvimento do direito falimentar no Brasil. Tal decreto ainda matinha a perspectiva de

superioridade dos interesses dos credores em relação aos devedores. Entretanto, inovou ao estabelecer os institutos da moratória, cessão de bens e acordo preventivo como forma de evitar a decretação da falência.

Tendo em vista o desvio de finalidade perpetrado em relação ao instituto da moratória, vislumbrou-se a necessidade da edição da Lei n 859/1890. O referido diploma legal estabeleceu a possibilidade de nomeação de síndico pelos juízes dentre uma lista de nomes organizada livremente pelas juntas comerciais.

Em 1908, foi editada a Lei n 2024, que modernizou o processo falimentar brasileiro, com a verificação e classificação dos créditos, a partir e critérios objetivos. Dessa maneira, houve diminuição de fraudes no processo falimentar.

Já a Lei n 5746/1929 estabeleceu algumas mudanças em relação ao diploma anterior, como a diminuição do número de síndicos de três para apenas um. E, ainda, a instituição de porcentagem sobre os créditos para a concessão da concordata.

Em 1945, foi editado o Decreto n 7661 que, dentre outras alterações, reforçou a figura do Juiz, no âmbito do procedimento falimentar. Nessa toada, ocorreu a extinção da assembleia de credores. Ademais, a concordata, tanto na modalidade preventiva, como suspensiva, deixou de ser um contrato, passando a benefício falimentar a ser concedido pelo Juiz, em razão de critérios objetivo fixados no referido diploma legal.

Com a Lei n 11.101/05, o instituto da falência deixa de ser mero meio de liquidação, acentuando-se a preocupação com a função social da empresa.

A partir de cotejo realizado entre Decreto n 7661/1945 e a Lei n 11101/2005, poderão ser inferidas as conclusões abaixo explicitadas.

Em primeiro plano, a Lei de recuperação de empresas e falência promoveu modificações em alguns institutos jurídicos, extinguindo, por

exemplo, a figura da concordata, que outrora se encontrou prevista no Decreto n 7661/1945.

Ademais, estabeleceu os institutos da recuperação judicial e extrajudicial, com inúmeras regras diversas daquelas estabelecidas para a falência, inclusive com procedimento especial para as microempresas e empresas de pequeno porte.

Neste diapasão, verifica-se que na recuperação judicial, que será processada sob o controle do Poder Judiciário, a empresa deverá, dentre outros requisitos previstos no artigo 51 da nova norma, expor as causas concretas da sua situação patrimonial e as razões da crise econômico-financeira, além de apresentar a relação nominal completa dos credores.

Ademais, estando em termos a documentação exigida na lei, o Juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, por conseqüência, nomeará administrador judicial e ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor.

Com o deferimento do processamento da recuperação judicial pelo Juiz, a empresa deverá apresentar o plano de recuperação, que terá seus efeitos submetidos a todos os credores. O referido plano de recuperação conterá a discriminação dos meios de recuperação empregados, a demonstração de sua viabilidade econômica, bem como laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada. Contudo, se o plano de recuperação for rejeitado pela assembleia geral de credores, o juiz poderá decretar a falência do devedor.

Destarte, alterou-se também o papel do Ministério Público em relação a estes processos, que passou a uma atuação limitada às hipóteses de fiscalização para alienação de ativos e cumprimento do plano de recuperação judicial. Entretanto, terá atuação mais marcante em âmbito criminal.

Por fim, instaurou-se uma fase administrativa consistente na verificação de créditos, a cargo do administrador, que será nomeado pelo Juiz, inclusive de ofício. O objetivo primordial da Nova lei de Falências, no

que concerne à recuperação judicial, consiste no cumprimento do plano de recuperação judicial admitido pelo juízo e aprovado pelos credores.

Cumpridas as obrigações no prazo de 2 (dois) anos da data da concessão, o juiz decretará por sentença o encerramento da recuperação judicial.

Noutro giro, a recuperação da empresa pode dar-se extrajudicialmente. Neste procedimento, o devedor não estará obrigado a negociar com todos os credores, sendo-lhe facultado escolher aqueles com quem pretende negociar, desde que cumpridos os requisitos do art. 48 da Lei n 11101/2005.

Trata-se, portanto, de procedimento menos formal, mais célere, composto de regras mais flexíveis, com maior possibilidade de negociação direta entre credores e devedores, excluída a burocratização do judiciário.

A Lei estabelece ressalvas exclusivamente em relação aos créditos de natureza tributária, derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, bem como àqueles previstos em seus artigos 49, parágrafo 3 e 86, II.

Em mais uma divergência em relação às normas de recuperação judicial, o pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial não acarretará suspensão de direitos, ações ou execuções, nem a impossibilidade do pedido de decretação de falência pelos credores não sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial.

Quanto a eventuais conflitos de direito intertemporal, deve-se salientar que conforme disposto no art. 192 da LRE, as normas do Decreto-Lei n 7661/45 continuam em vigor em relação aos processos de concordata preventiva, concordata suspensiva e falência que estivessem em curso no dia anterior ao início da vigência da lei n 11101/2005.

A empresa que se encontrar em quaisquer dessas condições, quando da vigência da Lei n 11101/2005, poderá optar pelo ingresso no procedimento de recuperação judicial, desde que não tenha descumprido

obrigação no âmbito da concordata. Noutra giro, tal possibilidade restará vedada para microempresas e empresas de pequeno porte.

O CPP e o CPC serão aplicados subsidiariamente à Lei de Recuperação de Empresas, naquilo que houver compatibilidade.

4. CONTRAPONTO COM A EXPERIÊNCIA DO DIREITO ESPANHOL

A partir da análise supramencionada, impende salientar a interessante abordagem conferida pelo direito espanhol, com base na Lei Concursal n 22/2003, de 9 de julho de 2003, em vigor desde setembro de 2004, aos credores que possuem direito real de garantia no âmbito da recuperação judicial.

O referido diploma legal estabelece procedimento único para as hipóteses de falência e recuperação de empresas, denominado concurso, que levará a duas possíveis soluções, quais sejam, convênio e liquidação.

O convênio assemelha-se ao procedimento de recuperação judicial estabelecido no Brasil pela Lei n 11101/2005, através do qual a proposta apresentada pelo devedor deverá ser aceita pelos credores e aprovada pelo juízo competente, com vistas à preservação da empresa. A divergência consiste, todavia, no fato de que, enquanto não aprovado o plano, ou decorrido o prazo de um ano, sem que tenha sido decretada a liquidação, os credores titulares de crédito com garantia real não poderão recorrer ao privilégio, pois assim resta preservada a possibilidade de recuperação da empresa.

Frise-se, ainda, que embora o convênio não se estenda aos credores privilegiados, estes ficarão obrigados na hipótese de adesão ao ajuste.

Infere-se, portanto, que o sistema espanhol difere da prática de recuperação de empresas imposta pela Lei n 11101/2005, no Brasil, especialmente em virtude da disposição contida em seu art. 49, parágrafo, 3º, do mencionado diploma legal, que exclui os créditos decorrentes dos contratos de arrendamento mercantil, alienação fiduciária, reserva de domínio, compromisso de compra e venda de imóvel, bem como de contrato de câmbio da submissão ao plano de recuperação judicial.

Indiscutivelmente, a exclusão dos especificados créditos do espectro traçado pelo plano de recuperação judicial dificulta sobremaneira a recuperação judicial da empresa viável economicamente, *ratio* da Lei de Falências brasileira. Conforme se depreende da dicção do artigo 6º, da Lei de Falências, segundo o qual deferido o processamento ou aprovado o plano de recuperação judicial, revela-se incabível o prosseguimento das execuções individuais, devendo a execução dos créditos ocorrer da maneira ali estipulada.

Frise-se, ainda, entendimento da Segunda Seção do STJ no sentido de que não é razoável a retomada das execuções individuais após o simples decurso do prazo legal de 180 dias de que trata o art. 6, parágrafo 4, da lei n 11101/2005.^[3]

Nesta linha de raciocínio, existe precedente da segunda seção do STJ no sentido de que, embora as execuções fiscais não fiquem suspensas em razão do deferimento da recuperação judicial, será defesa a prática de qualquer ato que atinja o patrimônio do devedor, em virtude do princípio da preservação da empresa. ^[4]

Pretendeu o legislador, em verdade, com a exclusão dos contratos bancários dos ditames da recuperação judicial, conferir maior segurança jurídica aos credores e investidores, almejando a redução do custo e do crédito, o que não se verificou no Brasil, que segue ostentando um dos maiores *spreads* bancários do mundo.

Neste contexto, reconhecem Eduardo Lemos e Thomas Felsberg que credores que tenham direito à propriedade do devedor, derivados, por exemplo, de alienação fiduciária, venda com reserva de domínio ou leasing – estão excluídos das duas modalidades de recuperação, embora eles não possam retirar os equipamentos que garantem a dívida antes de esgotado o período de suspensão das execuções. Entretanto, elucidam que esta vedação legal acaba por gerar uma dificuldade na obtenção de acordo com esses credores, especialmente nos casos em que eles detêm uma parcela significativa dos créditos, podendo representa um sério entrave na aprovação de um plano de recuperação. ^[5]

Considerando-se as elevadas taxas de juros praticadas pelas Instituições Financeiras, no país, em cotejo com o prejuízo causado no processo de recuperação judicial de empresas, chega-se à conclusão de que os únicos beneficiados com a mencionada previsão legislativa são os Bancos, em considerável desequilíbrio de prestações, eis que a empresa ao firmar típicos contratos bancários, como o leasing, por exemplo, precisa arcar com elevadas taxas de juros, justamente em razão do risco de inadimplemento presente no ajuste, com os ônus de o objeto do contrato possuir garantia real, são obrigados a suportar, ainda, a não submissão destes créditos ao plano de recuperação judicial, na eventual hipótese de dificuldades financeiras suportadas pela outra parte contratante.

Neste contexto, percebe-se com certa tranquilidade que o crédito bancário encontra-se triplamente beneficiado, seja pelas taxas de juros, pelas garantias privilegiadas quando da execução do contrato ou mesmo pela não submissão aos termos do plano de recuperação judicial.

Sob a perspectiva civil-constitucional, aplicável à disciplina empresarial, em que pese os contratos bancários estarem submetidos aos ditames legais, sem dúvida, os privilégios concedidos às instituições financeiras ferem princípios jurídicos, explícitos e implícitos, como solidariedade social, cooperação, bem como a correspectividade entre as prestações.

Desta maneira, resta caracterizado o instituto da lesão, pois que as empresas submetem-se a tais cláusulas em virtude de patente necessidade, ou em outras palavras, como forma de sobrevivência da atividade empresarial, e, em contrapartida, as instituições financeiras aproveitam-se deste cenário para beneficiarem-se duplamente, seja pelos altos juros compensatórios, seja pelas arrojadas garantias em processo executivo ou, ainda, pela vantagem de não submissão a uma eventual recuperação judicial.

5. CONCLUSÃO

Como se observou ao longo do texto, a evolução da legislação acerca dos institutos da falência e recuperação de empresas perpassa pela

alteração das perspectivas relacionadas às figuras do credor, devedor e do Estado, através da figura do Juiz.

Nesse sentido, busca-se a efetividade dos direitos do credor, no processo falimentar, mas não a qualquer preço, de maneira que os direitos fundamentais do devedor deverão ser preservados.

Seguindo-se essa linha de ideias, aplica-se tanto na falência como no processo de recuperação judicial de empresas o princípio da menor onerosidade do processo executivo ao devedor.

Observou-se, ainda, a valorização da figura do Juiz, que assume papel ativo no procedimento falimentar. Nesse contexto, deixa de ser mero administrador de interesses privados, passando a agente colaborador em todo o procedimento. Tem-se como exemplo a nomeação de administrador judicial, bem como a ordenação e a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor.

Por fim, estabeleceu-se um contraponto em processo falimentar espanhol e o brasileiro. Naquele, observa-se maior efetividade e celeridade, especialmente em virtude da ausência de privilégios direcionados às instituições financeiras.

6. REFERÊNCIAS

CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. Falência e recuperação. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. São Paulo, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários a nova lei de falências e de recuperação de empresas (Lei n. 11.101, de 9-2-2005). São Paulo: Saraiva, 2005.

HARADA, Kiyoshi. Aspectos tributários da nova lei de falências. Curitiba: Juruá, 2005.

JUNIOR. Ecio Perin. Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUNIOR, Waldo Fazzio. Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. São Paulo: Atlas, 2005.

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Paulo Penalva. Nova lei de falências e de recuperação de empresas: lei nº 11.101/05. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NOTAS:

[1] JUNIOR. Ecio Perin. "Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas, p. 37. 4ª edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2011.

[2] JÚNIOR. Waldo Fazzio. "Lei de Falência e Recuperação de Empresas, p. 1. 6 edição. Editora Atlas, São Paulo, 2012.

[3] AgRg no CC 110.287/SP, Rel. Min. João Otávio Noronha, Segunda Seção, DJ de 29.03.2010

[4] AgRg no CC 81.922/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 04.06.2007.

[5] LEMOS, Eduardo. FELSBERG, Thomas. *Como Recuperar uma Empresa*. São Paulo, Atlas, 2009.

(DES) CONTROLE DOS INCENTIVOS FISCAIS

CÍNTIA MUNIZ REBOUÇAS DE ALENCAR ARARIPE: Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestranda em Direito Constitucional. Procuradora na Assembleia Legislativa do Ceará (AL/CE). Advogada.

RESUMO: Conceder bilhões em isenções virou prática dos Estados - inclusive dentre os que necessitaram parcelar sua folha de pagamentos devido a conjuntura econômica brasileira. Os incentivos fiscais, da maneira como concedidos, facilitam a gestão irresponsável e às vezes até criminosa do dinheiro público. O presente artigo tem como objetivo geral discutir os incentivos fiscais sob o seu aspecto orçamentário. Como objetivos específicos destacam-se: a) Debater os incentivos no orçamento, analisando para que servem e a sua sujeição às restrições trazidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal; b) Alvitrar a proporcionalidade como fio condutor da concessão de incentivos. Utilizou-se de pesquisa bibliográfica e documental. Concluiu-se que os incentivos devem obediência ao art. 14 da LRF, por terem sido considerados renúncia de receita pelo legislador. Os incentivos devem ser refletidos, justificados e transparentes para que a população possa exercer sobre eles o seu controle. Tudo isso poderia ser alcançado se se cumprisse verdadeiramente o art. 14 da LRF. Empós, pressupondo-se que a isenção é oportuna, propôs-se analisar cada um dos desdobramentos da proporcionalidade para avaliar a oportunidade da concessão do incentivo. Tão-somente após a análise da proporcionalidade que o incentivo fiscal deveria ser concedido.

PALAVRAS-CHAVE: Incentivos fiscais. Controle. Lei de Responsabilidade Fiscal. Renúncia de receita. Proporcionalidade.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O incentivo fiscal no orçamento. 3 A avaliação da proporcionalidade como pressuposto de concessão dos incentivos fiscais. 4 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O sistema tributário brasileiro pode (e deve) ser ordenado de forma realizar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º da CF/88). É, saliente-se, a tributação sendo utilizada para finalidades outras que não somente a arrecadação ao erário – técnica conhecida por tributação extrafiscal e que congloba os incentivos fiscais.

Este artigo objetiva discutir os incentivos fiscais sob o seu aspecto orçamentário.

Diante desse cenário, tem por objetivos específicos:

a) Debater os incentivos fiscais no orçamento brasileiro, analisando para que servem, qual o seu conceito e a sua sujeição (ou não) às restrições trazidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

b) Alvitrar a máxima da proporcionalidade como fio condutor da concessão de incentivos fiscais, na tentativa de se determinar um critério que possa orientar a escolha do governante pela sua concessão (ou não).

Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e documental.

2 O INCENTIVO FISCAL NO ORÇAMENTO

O sistema tributário brasileiro pode (e deve) ser ordenado de forma realizar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º da CF/88^[1]). Por intermédio dele, a União pode intervir no mercado não somente para estimular ou não dado setor da economia como para reduzir as desigualdades sociais e regionais. Nessa perspectiva, a CRFB autoriza, *ex vi* do art. 151, I^[2], a União a conceder incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio socioeconômico entre as diversas regiões do País.

É, saliente-se, a tributação sendo utilizada para finalidades outras que não somente a arrecadação ao erário. A técnica da tributação extrafiscal – como conhecido o fenômeno – consiste, segundo Aliomar Baleeiro, em utilizar os impostos como instrumentos de intervenção ou regulação pública visando ao cumprimento de dada política ou diretriz.^[3] Complementa Raimundo Bezerra Falcão:

Por extrafiscalidade entender-se-á a atividade financeira que o Estado exercita sem o fim precípua de obter recursos para o seu erário, para o fisco, mas sim com vistas a ordenar ou reordenar a economia e as relações sociais, intervindo, portanto, por exemplo, no mercado, na redistribuição de riquezas, nas tendências demográficas, no planejamento familiar.^[4]

É a tributação com objetivo de regulamentação da atividade econômica privada, como alcunha Reuven S. Avi-Yonah^[5]:

Outra função da tributação que se quer sublinhar é o seu componente *regulamentar*. A tributação pode ser utilizada para orientar a atividade no setor privado em direções desejadas pelo Estado. Esta função também é controvertida, como demonstrado pelo debate a respeito das deduções fiscais. Mas é difícil negar que a tributação tem sido amplamente utilizada para este fim regulamentar, tendo em vista inclusive a disseminação do método de deduções fiscais em todo o mundo, após a sua introdução nos EUA na década de 70.^[6]

A princípio, mister se faz diferenciar os incentivos fiscal e financeiro. Hugo de Brito Machado, com propriedade e rigor, acentua que:

O tributo e o crédito são elementos do incentivo.

Quando o elemento utilizado para incentivar é o tributo, o incentivo caracteriza-se como fiscal. Quando o elemento utilizado para incentivar é o crédito ou financiamento, o incentivo caracteriza-se como financeiro.^[7]

Assim sendo, se, com o fito de incentivar dado proceder, concede-se ao particular crédito ou financiamento, diz-se ser o incentivo financeiro. Cite-se, *exempli gratia*, a iniciativa do Governo do Estado do Ceará

denominada “InovaFit Fase 2”, em que serão financiados projetos inovadores no Estado na cifra de seis milhões de reais. Ou ainda, segundo ilustram Marciano Seabra de Godoi e Leonardo Varella Giannetti, “se, por exemplo, para atrair a instalação de uma fábrica em seu território, um Estado doa a uma empresa determinado terreno, ou a essa empresa concede empréstimo ou financiamento.”^[8]

Já o incentivo fiscal, consoante Hugo de Brito Machado, “é a isenção, ou outra qualquer vantagem fiscal, concedida por lei como forma de estimular ou desestimular determinado comportamento na ordem econômica”^[9]. Ao revés do crédito ou financiamento, utiliza-se de isenção, redução da base de cálculo etc. É, *verbi gratia*, quando a União Federal, autorizada pelo art. 151, I da CF/88^[10], concede crédito presumido de IPI às empresas que produzem (ou apresentam projetos de investimento para a produção) ou comercializam veículos no País. Complementa Rogério Lima:

Incentivo fiscal, ou incentivo tributário, como assim preferimos chamá-lo, consiste no instrumento extrafiscal utilizado pelo Estado em sua atividade de intervenção na economia por indução, como medida de renúncia de receita, através do regime jurídico tributário, concedido pelo próprio constituinte ou pelo legislador ordinário conforme os meios legitimamente permitidos, com a finalidade de estimular determinada conduta do contribuinte com vistas, por conseguinte, à efetividade da política de desenvolvimento econômico-social preestabelecida constitucionalmente.^[11]

Discernir, porém, os incentivos fiscais dos financeiros, para alguns, não é mera questão de nomenclatura. Há quem sustente que os incentivos fiscais, por se localizarem no âmbito da tributação, subordinar-se-iam às regras de Direito Tributário, enquanto que os incentivos financeiros sujeitar-se-iam apenas e tão-somente às regras de Direito Financeiro. Nas palavras de Gustavo Miguez de Mello e Luiz Carlos Marques Simões:

[...] podemos di HORVATH, Estevão. Direito Financeiro *versus* Direito Tributário. Uma dicotomia desnecessária e contraproducente. In: HORVATH, Estevão; CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. *Direito Financeiro, econômico e tributário: homenagem a Régis Fernandes de Oliveira*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 171. zer que, no incentivo fiscal, o estímulo é concedido sem que tenha ocorrido o fato gerador do tributo; enquanto no incentivo financeiro o crédito tributário surge e é extinto com o pagamento do tributo; há o ingresso de recursos nos cofres estatais para saírem depois a título de financiamento ao contribuinte. O primeiro está subordinado às regras de direito tributário; o último, do direito financeiro.[\[12\]](#)

São incontáveis as repercussões daí advindas. Uma delas é justamente a não sujeição dos incentivos fiscais às restrições impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) à renúncia de receita pública. Assim se posiciona Ives Gandra da Silva Martins[\[13\]](#).

É, ao nosso ver, a autonomia entre os dois ramos do Direito sendo levada ao extremo e, com a devida vênia, não endossamos tal pensamento. Acerca da temática, é de ressaltar que, para Estevão Horvath, ao Direito Tributário foi conferida autonomia por mera convenção, não pairando esse ramo do Direito soberana e isoladamente no universo jurídico, pelo contrário:

“Se uma das partes do Direito Financeiro é a regulação das receitas públicas e, se um tipo dessas receitas é a tributária, então este subitem pertence àquele ramo jurídico. Em outras palavras, se o Direito Financeiro pode ser definido como sendo o conjunto de normas jurídicas que disciplinam a atividade financeira do Estado e se dentro dessa atividade está contida a de obtenção de receitas tributárias, então a

disciplina jurídica desta deveria integrar o campo do Direito Financeiro.”^[14]

Essa autonomia, no entretanto, não deve ser sinônimo de isolamento. “A eficiência da tributação não pode – nem deve – ser analisada em apartado à eficiência no gasto dos recursos públicos”^[15] – enuncia Estevão Horvath. Discorda o autor, por conseguinte, da asserção de Ives Gandra da Silva Martins de que a relação tributária se esgota com o adimplemento do tributo^[16], de que o rumo dado aos recursos arrecadados não seria relevante para o Direito Tributário:

A autonomia de um ramo do Direito não pode significar seu isolamento no tocante aos demais ramos. O Direito é um só, e, constituindo um sistema, seus elementos (seu “repertório”, no dizer de Tércio Sampaio Ferraz Jr.) inter-relacionam-se inexoravelmente, sofrendo influências e complementação de sentido uns dos outros.

Destarte, não há como dizer, simplesmente, que o Direito Tributário vai até o momento da arrecadação do tributo (o que, por outro lado, constitui uma afirmação *verdadeira*), não importando o que será feito com os recursos arrecadados.^[17]

Liam Murphy e Thomas Nagel também alertam para a questão da tributação e dos gastos do governo caminharem juntos, conforme cita-se:

Nossa principal objeção a essa idéia é que ela trata a justiça das cargas tributárias como se esta pudesse ser separada da justiça dos padrões de gastos do governo - o problema que já chamamos de miopia. Trata "o conjunto dos impostos como se eles fossem somente uma calamidade pública - como se o dinheiro dos impostos, uma vez coletado, fosse lançado ao mar" . Na verdade, os impostos são cobrados em vista de um objetivo, e todo critério adequado de justiça tributaria deve levar em conta

esse objetivo. O que importa não é se os impostos — considerados em si — são cobrados justamente, mas se é justa a maneira global pela qual o governo trata os cidadãos — os impostos cobrados e os gastos efetuados.^[18]

De toda sorte, não parece haver dúvida que a LRF considerou renúncia de receita tanto os incentivos fiscais como os incentivos financeiros – ou, ao menos, os enquadrando como tal. É o que se apreende do §1º do art. 14, que reza, *in verbis*:

A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

O que se entende, todavia, por renúncia de receita? Bem explica Ricardo Lobo Torres:

A expressão “renúncia de receita”, equivalente a “gasto tributário” (*tax expenditure*), entrou na linguagem orçamentária americana nas últimas décadas e adquiriu dimensão universal pelos trabalhos de Surrey (op. cit.). Gastos tributários ou renúncias de receita são os mecanismos financeiros empregados na vertente da receita pública (isenção fiscal, redução de base de cálculo ou de alíquota de imposto, depreciações para efeito de imposto de renda etc.) que produzem os mesmos resultados econômicos da despesa pública (subvenções, subsídios, restituições de impostos etc.).^[19]

Com efeito, devem os incentivos fiscais e financeiros obediência à Lei Complementar nº 101/2000. Digna de aplausos, para Ricardo Lobo Torres, referida iniciativa:

Modernizou-se, assim, a Constituição brasileira, não permitindo mais que parem dúvidas, como acontecia aqui e no estrangeiro, sobre a necessidade da inclusão no orçamento fiscal de subsídios, subvenções e outros benefícios, relativos aos impostos ou embutidos nos juros, alguns dos quais antes se incluíam no orçamento monetário.^[20]

No que atine à concessão dos incentivos fiscais, a LRF prescreve, especificamente no art. 14, deverem eles^[21] (I) estarem acompanhados de uma estimativa de seu impacto no orçamento para os primeiros três anos, (II) atenderem ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e (III) se demonstrar A) que foram considerados por ocasião da estimativa de receita feita na lei orçamentária e que a sua concessão não repercutirá na meta de resultados fiscais contida na lei de diretrizes orçamentárias ou B) que a perda de receita será compensada, ocasião em que a isenção só entrará em vigor quando implementadas as medidas de compensação (como a elevação de alíquotas, a ampliação da base de cálculo, a majoração ou a criação de tributo ou contribuição, dentre outras).

Sem embargo de respeitáveis opiniões em contrário, agiu corretamente o legislador. É que o incentivo tributário não deixa de ser um gasto, uma despesa pública. Por ele, o Estado deixa de arrecadar o tributo ou parte dele^[22], receita esta que poderia ter sido utilizada para o financiamento de políticas públicas outras, como de saúde, de educação, de saneamento básico etc. Vindicar planejamento das políticas de incentivos, transparência e controle é o mínimo que se pode (deve!) reivindicar e, cumprido o art. 14 da LRF, é o que, na teoria, se terá.

Alexandre Coutinho da Silveira e Fernando Facury Scaff, ao analisarem os incentivos fiscais sob a perspectiva do gasto tributário, aclaram:

E que implicaria de imediato essa mudança de visão? Principalmente, em maior transparência e controle. A despesa pública é notadamente acompanhada de maior formalidade. Basta recordar que toda e qualquer despesa, antes de sua efetivação (pagamento), deve ser precedida de uma previsão orçamentária, além dos necessários empenho e liquidação. Sem falar no processo licitatório, quando exigido. A despesa, no mais, estará discriminada nas Prestações de Contas, nos Relatórios e nos Balanços ao final do exercício, quando poderá ser escrutinizada pelos órgãos de controle e, especialmente, pela sociedade civil.[\[23\]](#)

Os incentivos fiscais, da maneira como concedidos – a saber: fora do orçamento, ao sabor do Poder Executivo e com pouca (ou nenhuma) transparência –, tornam mais fácil a gestão irresponsável e às vezes até criminosa do dinheiro público.

O que dizer da gestão orçamentária do Estado do Rio de Janeiro que, em vias de uma crise sem precedentes, com direito a atrasos e parcelamento de salários dos seus servidores públicos, renuncia a milhões em isenções a joalherias?[\[24\]](#) Aonde no orçamento foi prevista tamanha renúncia? Quanto efetivamente se renunciou? Em contrapartida aos incentivos fiscais oferecidos, com o que foi beneficiado o Estado? Não se sabe ao certo.

Desabrir mão de bilhões de reais em isenções virou prática recorrente das administrações estaduais, inclusive, ressaltemos, dentre as que necessitaram parcelar ou atrasar a sua folha de pagamentos em 2016 por conta da conjuntura econômica do País. Foi o que se sucedeu no Estado do Rio Grande de Sul que, no mesmo ano em que desonerou, somente a título de ICMS, a cifra aproximada de 2,5 bilhões de reais, teve que atrasar, por mais de uma vez, o pagamento dos salários dos seus servidores. Considerando que o orçamento do Estado certamente já vinha dando sinais de exiguidade, será que a concessão desses incentivos fiscais foi oportuna?

Não estamos – e, considerando o limitado universo de informações às quais temos acesso, nem poderíamos estar – a insinuar que as isenções concedidas tenham sido a razão das crises nos Estados do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul. O fato é que não temos como aferir o papel desempenhado por esta renúncia fiscal no agravamento da crise nesses Estados e poderíamos (melhor dizendo, deveríamos) ter.

A palavra-chave é: transparência. Deve ela ser a regra. Não se concebe, nos dias de hoje, salvo raras exceções, que os gestores do dinheiro público dele façam uso às ocultas. Luciana Ribeiro Campos denota, com clareza e brevidade, o préstimo de um orçamento transparente:

A transparência financeira possibilita o controle midiático, social e político, conduzindo o sistema para uma maior responsabilização dos gestores, para redução de áleas ineficientes da alocação de recursos públicos e melhoria do processo de escolhas públicas e de eleição de políticas públicas prioritárias.^[25]

Não é demais ressaltar que, afora isso, aos que custeiam a despesa pública – através dos impostos – importa saber como se chegou a ela. Assim entende Denise Lucena Cavalcante:

A transparência fiscal em relação ao gasto público deve ser regra no Estado, principalmente, porque se está tratando do dinheiro público originado, em sua maior parte, dos tributos. Portanto, se a sociedade paga, a sociedade tem que saber como e qual a destinação do fruto dessa arrecadação.^[26]

A sociedade tem, consoante Heleno Taveira Torres, não somente o interesse, mas o poder-dever de controlar a execução das ações governamentais e a administração dos gestores públicos:

A função de integração da atividade financeira do Estado transporta para toda a sociedade o poder-

dever de participar não apenas como beneficiários da realização das despesas públicas, mas também como agentes do controle e credores de toda responsabilidade com os atos jurídicos de manejo de recursos e realização de despesas, com direito e legitimidade a utilizar-se de garantias constitucionais (ação civil pública, mandado de segurança ou ação popular) ou apresentar denúncias aos órgãos competentes, e até mesmo aos tribunais de contas. No direito financeiro do Estado Democrático de Direito, todos devem contribuir com a organização e integração, mediante o exercício de responsabilidades compartilhadas.^[27]

Relevante é conhecer, para o autor, além do “como”, o “porquê” da despesa pública. “Ao direito financeiro impõe-se a máxima expressão de transparência, por ser direito de todos saber não só quais são os gastos e destinação dos recursos públicos, mas quais são as motivações das políticas que determinam a medida adotada”^[28] – preleciona Heleno Taveira Torres.

Já Tibério Carlos Soares Roberto Pinto vai (ainda mais) além. Além do “como” e do “porquê”, deve o Poder Público divulgar os objetivos e as metas, da forma mais detalhada possível, para a despesa pública, apresentando, ainda, uma projeção dos resultados:

Para além da necessidade de que os incentivos fiscais se destinem a promover um objetivo constitucional específico e expressamente indicado na lei instituidora, é necessário que tal objetivo seja convertido em metas bem determinadas, que estabeleçam uma projeção dos resultados que se pretende obter e delimitem os prazos para que sejam alcançados. De preferência, o acompanhamento dos resultados deve ser feito com a utilização de índices percentuais e gráficos, de maneira a facilitar a sua visualização.^[29]

Especificamente no Estado do Rio Grande do Sul, o governo estadual lançou um sítio na internet (<http://dados.receita.fazenda.rs.gov.br>) contendo demonstrativos de desonerações fiscais para vários setores da atividade econômica e uma lista das empresas beneficiadas pelas isenções. Tudo sem maiores detalhamentos, sob a alegação de não infringir o sigilo fiscal insculpido no art. 198 do CTN. Isto posto, indagamos: foi respeitada a transparência? Seguramente, não. É como pontifica Tibério Carlos Soares Roberto Pinto:

Dessa forma, não basta que se faça menção, de forma genérica, à finalidade que se pretende alcançar, como “proteger o meio ambiente” ou “promover o desenvolvimento de uma determinada região”. É necessário converter tal objetivo em uma meta, que estabeleça um incremento percentual a ser alcançado em um espaço de tempo definido; por exemplo, diminuir em 25% as emissões de poluentes em uma região delimitada em um período em um período de 2 (dois) anos ou gerar 450 mil novos empregos formais em uma determinada região ao longo de um período de três anos.^[30]

Não parece haver dúvida, *in casu*, que o objetivo foi o de propiciar o controle do incentivo respectivo, quer seja pela Administração Pública quer seja pela sociedade. Especialmente neste último caso e considerando a complexidade do Direito Financeiro, importante se faz atentar para a linguagem com que deverão ser disponibilizados os dados.

Vale registrar, a propósito, o que assevera Denise Lucena Cavalcante:

Quando se trata de transparência fiscal, deve-se pensar também na forma de apresentação dos dados que sejam de interesse geral. A transparência exige a criação de condutores hábeis para a compreensão das informações estatais. Simplesmente disponibilizar

dados brutos e incompreensíveis ao cidadão comum não alcança esse objetivo.^[31]

Para Leice Maria Garcia, cumprir efetivamente o princípio da publicidade exige que os dados sejam apresentados de forma simples e compreensíveis, com a possibilidade, inclusive, que o próprio governo ofereça para a população cursos relacionados à gestão orçamentária.^[32]

É importante que os dados sejam apresentados de forma a permitir que a população se informe, apreenda e esteja apta a participar, inclusive, na correção de eventuais desacertos. Nessa perspectiva, diz com propriedade Denise Lucena Cavalcante:

A divulgação dos dados deve ter como principal objetivo o compartilhamento da informação para a análise dos interessados e possibilidades de correção das ocasionais falhas e omissões dos envolvidos (cidadãos e agentes estatais), bem como o adequado posicionamento diante da realidade econômica do país.^[33]

Com efeito, saber o *quantum* das isenções fiscais concedidas pelo Estado por setor de atividade econômica informa o contribuinte acerca do valor e talvez do que se objetivou alcançar com a desoneração fiscal. De quase nada tem valor, entretanto, para que o contribuinte conheça com largueza da realidade econômica e das políticas públicas de incentivos tributários adotadas pelo Estado e menos ainda para que o cidadão possa corrigir eventuais falhas ou omissões. O governo do Estado, no seu próprio demonstrativo, patenteia não ser essa a sua pretensão ao afirmar não estar incluso nele “avaliação de mérito quanto à concessão, controle, adequação ou “custo de oportunidade” dos benefícios fiscais, no caso presente, os créditos fiscais presumidos.”^[34] Nada obstante isso, representa um primeiro passo rumo à transparência.

A crítica que se faz é, na verdade, para o orçamento como um todo, não se relacionando tão-somente à parcela alusiva às renúncias de receita.

“O orçamento não pode mais ser uma peça de ficção”^[35] – diz, com extrema propriedade, José Maurício Conti. E, para que o orçamento possa ser verdadeiramente uma peça de informação, planejamento e que possa realmente orientar as políticas públicas, os programas e as ações governamentais, é imprescindível que contenha números confiáveis, que realmente reflitam a realidade financeira do País^[36], e que os programas ali contidos tenham sido previamente planejados, de forma articulada com os demais entes da federação, e que tenha sido analisado o seu custo-benefício.

3 A AVALIAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE COMO PRESSUPOSTO PARA A CONCESSÃO DOS INCENTIVOS FISCAIS

Pois bem. Partindo do pressuposto de que a intervenção no Estado pela tributação é oportuna, precisamos de um mecanismo que nos permita avaliar em que medida a concessão do incentivo tributário está a realizar o objetivo a que almeja (quer seja a atração de novos investimentos quer seja o desenvolvimento social ou regional ou outro quaisquer).

Ora, nada obstante a CRFB e a LRF terem disciplinado, como visto alhures, a renúncia de receita e os incentivos fiscais terem sido a ela equiparados, as restrições trazidas mais dizem respeito à sua forma, não ao seu conteúdo. Nessa linha de entendimento, explana Tibério Carlos Soares Roberto Pinto:

O que se observa, contudo, é que tanto a Constituição Federal como a Lei de Responsabilidade Fiscal foram bastante detalhistas quanto aos requisitos procedimentais e financeiros necessários à concessão de incentivos fiscais, dedicando especial atenção ao montante da riqueza que deixaria de ser arrecadada e o impacto dessa renúncia sobre os cofres públicos. Não obstante a importância dessa preocupação e em nítido contraste com esta, observa-se que a legislação não elencou nenhum requisito relacionado ao conteúdo em si do incentivo

fiscal, deixando-o à livre apreciação do poder concedente.[\[37\]](#)

Em razão disso, temos tido incentivos fiscais iníquos ou, no mínimo, ineficientes.

Nessa senda, tem sido deveras discutida a máxima da proporcionalidade com os seus desdobramentos (*i.e.*, necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito).

Atinente à necessidade, temos que, dentre os fatores locacionais de concentração industrial, a carga tributária representa relevante fator. Necessário se faz, entretanto, perquirir se a fábrica a que se almeja aliviar a tributação já não iria se instalar naquele ente federado por fatores outros, como as condições climáticas, a concentração da matéria-prima a ser utilizada no processo de produção, dentre outros.

Lucas Bevilacqua corrobora esse entendimento:

No que respeita à avaliação da necessidade da prática de incentivo fiscal, o ente político deve avaliar, portanto, se de fato a intervenção estatal é necessária para a atração do investimento ou o agente econômico, movido por outros fatores, realizaria o seu investimento naquele Estado independentemente do incentivo fiscal.[\[38\]](#)

Constatada, então, a necessidade de se incentivar a instalação de uma indústria em dado território, dentre os tipos de incentivo fiscal existentes, qual seria o mais adequado? Deve ele ser o tributário? Decerto a concessão de um incentivo creditício na atual conjuntura econômica não seria oportuna. Discute-se aqui a concessão de um incentivo tributário. Em caso afirmativo, qual deveria ser o tributo isentado? Percebam que a resposta poderá variar conforme o objetivo constitucional a ser alcançado. Assim, por exemplo, se o incentivo busca reduzir as desigualdades sociais, um dentre os vários objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, *ex vi* do art. 3º, III da Constituição Federal de 1988, isentar o

contribuinte do imposto de renda não seria a direção ideal, pois melhor beneficia quem tem maior renda.

No que concerne à proporcionalidade *stricto sensu*, é imprescindível que consideremos os ganhos que o ente federado obterá em contrapartida aos benefícios fiscais oferecidos para que possamos proceder a uma relação custo-benefício – relação esta que, segundo Heleno Taveira Torres, mostra-se deveras apropriada para decisões públicas – que é, como se viu, o caso dos incentivos fiscais:

A análise de custo-benefício (*cost-benefit analysis*) é o método por excelência das decisões políticas ou escolhas públicas, ao lado de tantos outros sugeridos pela Ciência das Finanças. Parte do pressuposto basilar da escassez dos recursos disponíveis para determinar a máxima eficiência na eleição dos critérios de aprovação das despesas.^[39]

Assim também evidencia, com propriedade e rigor, Lucas Bevilacqua: “Por fim, análise outra respeita à proporcionalidade em sentido estrito, isto é, se os bônus alcançados (geração de empregos, distribuição de rendas etc.) ultrapassam os ônus da renúncia de receita pública empreendida.”^[40]

O que muitos gestores não parecem perceber é que o Estado não oferece o incentivo fiscal meramente para fins de auxílio ao empreendedor; ele pode (e deve) exigir um retorno. Muitas vezes isso é relegado, o que, de *per se*, acaba por minar a possibilidade de o incentivo atingir o objetivo a que se propôs. De que serve a um Município, por exemplo, um incentivo a uma fábrica que produz placas de energia solar quando o gestor municipal isenta do IPTU, a matéria-prima é exportada e a mão-de-obra extremamente qualificada (sem que se exija a capacitação dos trabalhadores locais)? Certamente não para a redução das desigualdades regionais.

E o pior é que a Constituição da República dá poderes ao Poder Legislativo, mediante controle externo, para fiscalizar a renúncia de receitas não somente quanto a sua legalidade, mas também no que

respeita a sua legitimidade e até a sua economicidade (art. 70, *caput* da CF/88). A este respeito, esclarecedora é a lição de Lucas Bevilacqua ao asseverar que “as facetas do controle dos incentivos fiscais de ICMS da legalidade e da legitimidade completam-se com o controle da economicidade, ou da eficiência, isto é, se a escolha realizada foi a melhor e se ela se fez como modicidade, dentro da equação custo-benefício.”^[41]

Tal poder, lastimavelmente, é obstaculizado quer pela falta de zelo dos membros do Poder Legislativo respectivo com o patrimônio público quer pela pouca (ou nenhuma) transparência dos incentivos fiscais.

Cabe encetar com a crítica de Tibério Carlos Soares Roberto Pinto, para quem:

O que se observa na imensa maioria dos incentivos fiscais é que estes não especificam as metas que pretendem alcançar, não dispõem de uma exposição de motivos e não explicam os fundamentos científicos e estatísticos que respaldam a sua elaboração. Isso compromete severamente a idoneidade dos mesmos, que acabam por ser caracterizam como meros “palpites” e “achismos”, o que contribui para ampliar a confusão e a assistemática que imperam nesse domínio.^[42]

4 CONCLUSÃO

Os incentivos fiscais, da maneira como concedidos – a saber: fora do orçamento, ao sabor do Poder Executivo e com pouca (ou nenhuma) transparência –, tornam mais fácil a gestão irresponsável e às vezes até criminosa do dinheiro público.

O que dizer da gestão orçamentária do Estado do Rio de Janeiro que, em vias de uma crise sem precedentes, com direito a atrasos e parcelamento de salários dos seus servidores públicos, renuncia a milhões em isenções a joalherias? Aonde no orçamento foi prevista tamanha renúncia? Quanto efetivamente se renunciou? Em contrapartida aos

incentivos fiscais oferecidos, com o que foi beneficiado o Estado? Não se sabe ao certo.

Desabrir mão de bilhões de reais em isenções virou prática recorrente das administrações estaduais, inclusive, ressaltemos, dentre as que necessitaram parcelar ou atrasar a sua folha de pagamentos em 2016 por conta da conjuntura econômica do País.

Nada obstante o sistema tributário brasileiro dever ser ordenado de forma realizar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º da CF/88), utilizando, para tanto, da tributação para atingir finalidades outras que não somente a arrecadação ao erário – técnica conhecida por tributação extrafiscal e que congloba os incentivos fiscais – o estado das coisas atual no Brasil não pode perdurar. Os incentivos fiscais devem ser refletidos, planejados, justificados e, acima de tudo, transparentes para que a população possa exercer sobre eles o seu controle. Tudo isso poderia ser alcançado se se cumprisse verdadeiramente o art. 14 da Lei Complementar nº 101/2000.

Pois bem. Partindo do pressuposto de que a intervenção no Estado pela tributação é oportuna, precisamos de um mecanismo que nos permita avaliar em que medida a concessão do incentivo tributário está a realizar o objetivo a que almeja.

Nessa senda, tem sido deveras discutida a máxima da proporcionalidade com os seus desdobramentos (*i.e.*, necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito).

Atinente à necessidade, deve-se perquirir se a fábrica a que se almeja aliviar a tributação já não iria se instalar naquele ente federado por fatores outros, como as condições climáticas, a concentração da matéria-prima a ser utilizada no processo de produção, dentre outros.

Constatada, então, a necessidade de se incentivar a instalação de uma indústria em dado território, dentre os tipos de incentivo fiscal existentes, qual seria o mais adequado? Deve ele ser o tributário? Decerto a concessão de um incentivo creditício na atual conjuntura econômica não seria oportuna. Discute-se aqui a concessão de um incentivo tributário. Em

caso afirmativo, qual deveria ser o tributo isentado? Percebam que a resposta poderá variar conforme o objetivo constitucional a ser alcançado.

No que concerne à proporcionalidade *stricto sensu*, é imprescindível que consideremos os ganhos que o ente federado obterá em contrapartida aos benefícios fiscais oferecidos para que possamos proceder a uma relação custo-benefício.

Aventou-se, sem maiores delongas, que apenas e tão-somente após a análise pormenorizada de cada um dos desdobramentos da máxima da proporcionalidade (pelo menos e não necessariamente de forma exclusiva) que o incentivo fiscal poderia ser concedido.

REFERÊNCIAS

AVI-YONAH, Reuven S. Os três objetivos da tributação. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 22, p. 7-29, 2008.

BALEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Atualização de Hugo de Brito Machado Segundo. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, 683 p.

BEVILACQUA, Lucas. *Incentivos fiscais de ICMS e desenvolvimento regional* – Série Doutrina Tributária Vol. IX. São Paulo: IBDT; Quartier Latin, 2013, 270 p.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *TC 020.126/2015-8*. Plenário. Relator: José Múcio Monteiro. Sessão de 07 jun. 2017. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/relatorio-sistematico-de-fiscalizacao-sobre-desenvolvimento-recorte-nordeste-fisc-nordeste-1.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

CAMPOS, Luciana Ribeiro. *Direito orçamentário em busca da sustentabilidade: do planejamento à execução orçamentária*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2015, 456 p.

CARVALHO, Ivo César Barreto. Regime jurídico dos incentivos fiscais. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 244-286.

CAVALCANTE, Denise Lucena. A atuação da Administração Fazendária após a Lei n. 12.527/2011: a questão do acesso às informações fiscais. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de... [et al]. *Transparência fiscal e desenvolvimento: Homenagem ao Professor Isaias Coelho*. 1. ed. São Paulo: FGV; Thompson Reuters, 2003, p. 119-137.

CONTI, José Maurício. Orçamento não pode mais ser uma peça de ficção. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-jun-02/contas-vista-orcamento-nao-peca-ficcao>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e Mudança Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, 363 p.

GARCIA, Leice Maria. Controle social dos gastos públicos: fundamentação, limites e possibilidades. In: BUGARIN, Maurício Soares; VIEIRA, Laércio Mendes; GARCIA, Leice Maria. (Org.) *Controle dos gastos públicos no Brasil: instituições oficiais, controle social e um mecanismo para ampliar o envolvimento da sociedade*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, 2003, p. 139-178.

GODOI, Marciano Seabra de; GIANNETTI, Leonardo Varella. Regime jurídico dos incentivos fiscais. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 362-403.

HORVATH, Estevão. Direito Financeiro versus Direito Tributário. Uma dicotomia desnecessária e contraproducente. In: HORVATH, Estevão; CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. *Direito Financeiro, econômico e tributário: homenagem a Régis Fernandes de Oliveira*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p 157-177.

LIMA, Rogério. Incentivo tributário. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 482-506.

MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO, Schubert de Farias. *Dicionário de Direito Tributário*. São Paulo: Atlas, 2011, 256 p.

_____. O regime jurídico dos incentivos fiscais. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 169-199.

MELLO, Gustavo Miguez de; SIMÕES, Luiz Carlos Marques. Regime jurídico dos incentivos fiscais. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 126- 168.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. O mito da propriedade. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, 280 p.

PINTO, Tibério Carlos Soares Roberto. Os incentivos fiscais enquanto instrumento para a promoção da igualdade material entre os contribuintes. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 537-590.

SILVEIRA, Alexandre Coutinho da; SCAFF, Fernando Facury. Incentivos fiscais na federação brasileira. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 19- 53.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro*. São Paulo: Thompson Reuters; Revista dos Tribunais, 2014, p. 117-162.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 17 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, 470 p.

NOTAS:

[1] Art. 3º da CRFB: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

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.

[2] Art. 151, I da CF/88: É vedado à União: instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País.

[3] BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Atualização de Hugo de Brito Machado Segundo. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 231.

[4] FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e Mudança Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 80.

[5] Reuven S. Avi-Yonah vislumbra três objetivos da tributação na era moderna, quais sejam: i) gerar receitas para que o Estado possa cumprir as suas funções e fornecer bens públicos; ii) reduzir a desigualdade na distribuição de renda e riqueza; e iii) reger a atividade privada.

[6] AVI-YONAH, Reuven S. Os três objetivos da tributação. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 22, p. 7-29, 2008.

[7] MACHADO, Hugo de Brito. O regime jurídico dos incentivos fiscais. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 174.

[8] GODOI, Marciano Seabra de; GIANNETTI, Leonardo Varella. Regime jurídico dos incentivos fiscais. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 371.

[9] MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO, Schubert de Farias. *Dicionário de Direito Tributário*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 109.

[10] Art. 151, I da CF/88. É vedado à União instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em

detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País;

[11] LIMA, Rogério. Incentivo tributário. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 502.

[12] MELLO, Gustavo Miguez de; SIMÕES, Luiz Carlos Marques. Regime jurídico dos incentivos fiscais. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 159.

[13] MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ICMS e o regime jurídico de incentivos financeiros outorgados pelos Estados e o Comunicado CAT n. 36/04 de São Paulo – Distinção entre incentivos financeiros e fiscais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 112, p. 134, jan. 2005.

[14] HORVATH, Estevão. Direito Financeiro *versus* Direito Tributário. Uma dicotomia desnecessária e contraproducente. In: HORVATH, Estevão; CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. *Direito Financeiro, econômico e tributário: homenagem a Régis Fernandes de Oliveira*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 171.

[15] *Ibid*, p. 171.

[16] MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ICMS e o regime jurídico de incentivos financeiros outorgados pelos Estados e o Comunicado CAT n. 36/04 de São Paulo – Distinção entre incentivos financeiros e fiscais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 112, p. 134, jan. 2005.

[17] HORVATH, Estevão. Direito Financeiro *versus* Direito Tributário. Uma dicotomia desnecessária e contraproducente. In: HORVATH, Estevão; CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. *Direito Financeiro, econômico e tributário: homenagem a Régis Fernandes de Oliveira*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 175-176.

[18] MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 35-36.

[19] TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 17 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 194-195.

[20] TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 17 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 111.

[21] Cabe salientar que o próprio art. 14 da LRF, no seu §3º, ressalva as alterações das alíquotas do II, IE, IPI e IOF e o cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

[22] Cabe excetuar o cognominado incentivo a custo zero que, por ser concedido a empreendimentos antes inexistentes, não representaria, teoricamente, impacto orçamentário algum. Não é demais observar que alguns autores discordam, pois, para eles, até o incentivo a custo zero poderia gerar custos ao Estado como, por exemplo, a construção de vias de acesso, a poluição do meio ambiente e o uso intensivo de estrutura pública. É como pensa Lucas Bevilacqua. (BEVILACQUA, Lucas. *Incentivos fiscais de ICMS e desenvolvimento regional* – Série Doutrina Tributária Vol. IX. São Paulo: IBDT; Quartier Latin, 2013, p. 180)

[23] SILVEIRA, Alexandre Coutinho da; SCAFF, Fernando Facury. Incentivos fiscais na federação brasileira. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 37.

[24] BRITO, Carlos. Joalherias receberam mais de R\$ 200 milhões em incentivos fiscais no RJ. *G1*: Rio de Janeiro, 10 nov. 2016. Disponível em: . Último acesso em: 03 dez. 2017.

[25] CAMPOS, Luciana Ribeiro. *Direito orçamentário em busca da sustentabilidade: do planejamento à execução orçamentária*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2015, p. 311-312.

[26] CAVALCANTE, Denise Lucena. A atuação da Administração Fazendária após a Lei n. 12.527/2011: a questão do acesso às informações fiscais. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de... [et al]. *Transparência fiscal e desenvolvimento: Homenagem ao Professor Isaias Coelho*. 1. ed. São Paulo: FGV; Thompson Reuters, 2003, p. 119.

[27] TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro*. São Paulo: Thompson Reuters; Revista dos Tribunais, 2014, p. 150.

[28] TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro*. São Paulo: Thompson Reuters; Revista dos Tribunais, 2014, p. 160.

[29] PINTO, Tibério Carlos Soares Roberto. Os incentivos fiscais enquanto instrumento para a promoção da igualdade material entre os contribuintes. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 574.

[30] *Ibid*, p. 576.

[31] CAVALCANTE, Denise Lucena. A atuação da Administração Fazendária após a Lei n. 12.527/2011: a questão do acesso às

informações fiscais. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de... [et al]. *Transparência fiscal e desenvolvimento: Homenagem ao Professor Isaias Coelho*. 1. ed. São Paulo: FGV; Thompson Reuters, 2003, p. 119.

[32] GARCIA, Leice Maria. Controle social dos gastos públicos: fundamentação, limites e possibilidades. In: BUGARIN, Maurício Soares; VIEIRA, Laércio Mendes; GARCIA, Leice Maria. (Org.) *Controle dos gastos públicos no Brasil: instituições oficiais, controle social e um mecanismo para ampliar o envolvimento da sociedade*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, 2003, p. 154.

[33] CAVALCANTE, Denise Lucena. A atuação da Administração Fazendária após a Lei n. 12.527/2011: a questão do acesso às informações fiscais. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de... [et al]. *Transparência fiscal e desenvolvimento: Homenagem ao Professor Isaias Coelho*. 1. ed. São Paulo: FGV; Thompson Reuters, 2003, p. 119.

[34] RIO GRANDE DO SUL. Receita estadual RS. Demonstrativo das desonerações fiscais: nota técnica, resultados em 2016 e retrospectiva histórica. Ago. 2017. Disponível em: . Acesso em: 10 dez. 2017.

[35] CONTI, José Maurício. *Orçamento não pode mais ser uma peça de ficção*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-jun-02/contas-vista-orcamento-nao-peca-ficcao>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

[36] *Ibid.*

[37] PINTO, Tibério Carlos Soares Roberto. Os incentivos fiscais enquanto instrumento para a promoção da igualdade material entre os contribuintes. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 569.

[38] BEVILACQUA, Lucas. *Incentivos fiscais de ICMS e desenvolvimento regional* – Série Doutrina Tributária Vol. IX. São Paulo: IBDT; Quartier Latin, 2013, p. 186.

[39] TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro*. São Paulo: Thompson Reuters; Revista dos Tribunais, 2014, p. 149.

[40] BEVILACQUA, Lucas. *Incentivos fiscais de ICMS e desenvolvimento regional* – Série Doutrina Tributária Vol. IX. São Paulo: IBDT; Quartier Latin, 2013, p. 188.

[41] *Ibidem.*, p. 191.

[42] PINTO, Tibério Carlos Soares Roberto. Os incentivos fiscais enquanto instrumento para a promoção da igualdade material entre os

contribuintes. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 577.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

EM DEFESA DA AÇÃO DE DIREITO MATERIAL
Uma análise teórico-pragmática sobre o instituto da ação de direito material à
luz do Novo Código de Processo Civil

Orientando: Maurício Schibuola de Carvalho

Orientador: Prof. Alexandre Freire Pimentel

Recife, 2016

Maurício Schibuola de Carvalho

EM DEFESA DA AÇÃO DE DIREITO MATERIAL

Uma análise teórico-pragmática sobre o instituto da ação de direito material à luz do Novo Código de Processo Civil

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção do título de Bacharelado em Direito pelo CCJ/UFPE.
Área de Conhecimento: Direito Processual Civil.

Recife, 2016

EM DEFESA DA AÇÃO DE DIREITO MATERIAL
Uma análise teórico-pragmática sobre o instituto da ação de direito material à luz do
Novo Código de Processo Civil

DEFESA PÚBLICA em Recife, __de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Alexandre Freire Pimentel

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Recife, 2016

AGRADECIMENTOS

O presente agradecimento não será apenas referente à monografia, mas sim a todo o caminho percorrido desde o início da faculdade até aqui.

Antes de todos, devo agradecer a Deus ou a qualquer outra força superior que me possibilitou estar onde estou hoje.

Seguidamente, à minha família, em especial, meu pai, mãe, madrasta, padrasto e avós. Sei que não foi fácil me proporcionar uma educação de qualidade e das dificuldades enfrentadas para isso. Sem vocês, não estaria agora prestes a me formar na Faculdade de Direito do Recife, nem teria o bom caráter que acredito ter para as minhas atividades profissionais futuras.

Ainda, é dever reconhecer a ajuda dos professores e amigos docentes - tanto do quadro da FDR, quanto de fora. Cito, inicialmente, aqueles que construíram este estudo comigo: o orientador Alexandre Pimentel e Lucas Buriel, cujos auxílios foram extremamente fundamentais. Além deles, merecem referência os estimados professores Nilcéa Maggi e Francisco Barros, os quais, mesmo sem terem ciência, são grandes responsáveis pela minha escolha em seguir a carreira da docência.

Agradeço também aos meus companheiros de faculdade, cuja contribuição para a minha formação acadêmica e pessoal é inestimável, fazendo os 5 anos de curso serem os melhores de minha vida. Refiro-me, em específico, sem esquecer dos demais, aos integrantes da Sociedade Esportiva Anistia Geral, da Manolos, da Atlético 1827 e do Grupo de Estudos de Processo Civil.

Por fim, e não menos importante, expresso minha gratidão aos que fizeram parte do início de minha trajetória profissional: CNP Advogados; Erick Macedo Advocacia; Leite & Emerenciano Advogados; 2ª Turma do TRF da 5ª Região, Gabinete do Desembargador Emérito Francisco Cavalcanti e do Desembargador Roberto Machado; e colegas da Procuradoria Regional da 5ª Região - Gabinete do Procurador Francisco Chaves.

Muito obrigado a todos!

RESUMO

O estudo sobre o conceito de ação se estende há mais de séculos, sendo o conceito originário da *actio* dos romanos. A doutrina posterior, por volta do século XIX, na tentativa de interpretá-lo e dar autonomia ao direito processual, deu significado diferente do utilizado na Roma Antiga. Para ser firmada denominação correta à ação, tem-se de conhecer previamente institutos do Direito Material, dentre os quais o direito subjetivo e a pretensão, tratados da melhor forma por Pontes de Miranda. Várias são as denominações atribuídas à palavra “ação”, tal qual ação de direito material, instrumento processual e direito de ir a juízo, ocasionando confusões na doutrina. No ordenamento jurídico brasileiro, com a proibição à autotutela, a maioria dos juristas afirmou o fim da ação de direito material, ficando ela condicionada ao ingresso em juízo, porém outros se mantiveram firmes na defesa da independência da ação de direito material em relação ao processo. No presente trabalho, defende-se a coexistência da ação de direito material junto com a tutela jurisdicional, consistindo em institutos independentes. Por fim, aborda-se as novidades referentes à ação no Novo Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Civil – Direito Civil – Ação de Direito Material – Vedação à autotutela – Ação Processual – Tutela Jurisdicional – Novo Código de Processo Civil – Condições da ação.

SUMÁRIO

SUMÁRIO	6
INTRODUÇÃO	7
1.1. DADOS HISTÓRICOS E NOÇÕES FUNDAMENTAIS PARA O CONCEITO DE AÇÃO	9
1.1. Breve relato histórico acerca da origem e da evolução do instituto.....	9
1.2. A retórica da declinação da ação material como uma estratégia de legitimação da ciência processual	13
1.3. Conceitos de direito subjetivo, pretensão e ação (de direito material).....	14
1.4. A ação material, “ação” de direito processual e os remédios jurídicos processuais	17
2. POR QUE NÃO AÇÃO MATERIAL?	19
2.1. A proposta - exposição às críticas à ação material.....	19
2.1.1. Da visualização da ação exclusivamente como a pretensão à tutela jurisdicional – A doutrina do “direito de ação”	19
2.1.2. Transferência da ação material para a tutela por Marinoni.....	24
2.2. A análise das críticas à ação material.....	26
2.2.1. Autonomia da ação material em face da tutela jurisdicional.....	26
2.2.2. Análise crítica da Teoria da Tutela dos Direitos de Marinoni.....	33
3. A AÇÃO MATERIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	34
3.1. Arremate – a justificativa científica.....	34
3.2. A supressão das condições da ação como categoria.....	38
3.3. O uso do termo ação em seu sentido material no novo Código de Processo Civil.....	40
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	47

INTRODUÇÃO

Há cerca de dois séculos é assunto recorrente na doutrina o estudo da teoria da ação, que já foi objeto de relevantes escritos, importando para essa monografia os participantes da antiga e sempre atual polêmica sobre a ação de direito material. Até este marco temporal, a *actio* era estudada sem contraposição relevante, mas o tema viria a ganhar um papel fundamental na afirmação da própria ciência processual.

O interesse pelo estudo sobre a ação começou a partir da publicação do livro “*A Ação do Direito Civil Romano do Ponto de Vista do Direito Atual*” por Bernhard Windscheid, em 1856, ensejando o célebre debate com Theodor Müther. Ambos os juristas germânicos escreveram textos que marcaram a história da ciência processual, que tiveram como protagonista justamente o conceito romano de *actio*, mais precisamente a definição do jurista Celso, reproduzida por Ulpiano, e a sua transição para o direito pandectista, conforme será melhor explorado adiante, no primeiro capítulo.

Muito embora o debate sobre a ação tenha sido travado no passado remoto, isso não significa que sua relevância seja apenas histórica. De fato, com a afirmação da ação de direito processual, ou simplesmente direito de ação, e a sedimentação da autonomia da ciência processual, poucos foram as polêmicas diretas acerca da problemática. No Brasil, no entanto, houve recente debate, consolidado na coletânea “*Polêmica em torno da ação*”, da qual participaram relevantes nomes do processo civil brasileiro e vivificaram o problema.

Com a chegada do novo Código de Processo Civil, os temas clássicos de processo acabam sendo negligenciados, em favorecimento às novidades técnicas, que naturalmente necessitam de maior atenção da doutrina. Todavia, isso não afasta a necessidade de textos que contextualizem os temas clássicos da Teoria Geral do Processo ao novo texto normativo. Neste passo, é papel da ciência processual analisar como a noção de *ação de direito material* foi impactada pelo Código de 2015, se é que o foi, e se o tema ainda revela alguma importância na nova legislação.

A pretensão deste trabalho, portanto, não é pragmática, ou melhor, o plano da experiência apenas será tangenciado acidentalmente, eis que a preocupação principal é *teórico-dogmática*, típico da ciência processual analítica. Por certo, apesar disso, os desdobramentos práticos do problema científico analisado serão avaliados.

Objetiva-se, assim, a demonstração da importância do conceito de ação de direito material e da sua convivência ao lado da pretensão de direito processual, sem excluir quaisquer dos conceitos, pugnando-se, portanto, por uma convivência harmônica.

Tendo em vista a desnecessidade de utilização de metodologia empírica de pesquisa, fez-se uso, para o desenvolvimento da presente monografia, do método bibliográfico-dedutivo, através do qual se realizou investigação bibliográfica de autores de diversas perspectivas diferentes acerca da teoria da ação.

Pois bem. Para desenvolver adequadamente os propósitos desta pesquisa, o texto está dividido em quatro capítulos. O primeiro capítulo trata das noções fundamentais que levam à compreensão adequada do conceito de *ação material*, muitas vezes rechaçado com base em premissas conceituais inadequadas. O segundo capítulo é dividido em: parte expositiva, que se volta para demonstrar quais os problemas que são apontados pelos opositores da ação material; depois tentativa de responder às críticas expostas no capítulo anterior. Finalmente, o terceiro capítulo demonstra o uso da ideia de ação material no novo Código de Processo Civil.

1. DADOS HISTÓRICOS E NOÇÕES FUNDAMENTAIS PARA O CONCEITO DE AÇÃO

1.1. Breve relato histórico acerca da origem e da evolução do instituto

Para se compreender as origens do conceito de ação, é essencial saber um pouco do procedimento dos sistemas romanos, cada um referente a uma fase da história de Roma: monarquia, república e império¹. Como sintetiza Carreira Alvim, os dois primeiros procedimentos: o do sistema da *legis actiones* (ações da lei, da monarquia) e o da *per formulas* (formulário, da república) apresentavam duas fases: *in iure*, perante o magistrado, para escolher a fórmula², e que terminava com a *litiscontestatio*; e *in iudicio*, perante o juiz privado romano ou árbitro, que terminava com a sentença³⁻⁴. Posteriormente, no sistema da *cognitio extra ordinem*, as duas fases foram unificadas em uma só instância e as partes litigavam diretamente perante o magistrado (*iudex*), o qual deveria proclamar a sentença⁵. Neste último período, foi quando adveio a célebre conceituação de Celso, posteriormente reproduzida por Ulpiano, que foi o conceito de ação adotado por muitos anos: *actio autem nihil aliud est quam ius perseguendi in iudicio quos sibi debeat*, ou seja, a ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo o que nos é devido⁶.

1 “Para falar verdade, a Roma dos primeiros reis e dos primeiros tempos da república, não se vive o regime da vingança privada. O litigante, se persegue ele próprio e pela sua força pessoal o objecto da sua reclamação, se age pessoalmente, deve pelo menos submeter-se a certas regras. O Estado obriga-o a fazer controlar a regularidade da sua acção; são estabelecidos magistrados, a fim de presidirem à boa ordem da justiça; são, no período real, o rei, que secunda, duma maneira difícil de precisar, o colégio dos altos dignitários; depois os cônsules; enfim, a partir do ano 367 antes da nossa era, o pretor. O pretor, doravante, recebe no tribunal os cidadãos prontos a fazer-se-lhes justiça; escuta as suas pretensões, autoriza-os, ou não, a prosseguirem a acção; impõe-lhes ordinariamente cessar com toda a violência antes de ter feito verificar a exactidão das suas afirmações por um árbitro, que em Roma usa o nome juiz”. (VILLEY, Michel. *Direito Romano*. Ed. Rés-Editora: Porto, 1991. P. 40.)

2 “Para designar a fórmula, as fontes utilizam também o vocábulo *iudicium* (senso estático). *Iudicium*, no entanto, possui significado mais amplo, ora indicando o ato de concessão da própria fórmula, outras vezes todo o procedimento (senso dinâmico), ou, ainda, o julgamento proferido pelo *iudex*”. (TUCCI, J. R. C.; AZEVEDO, L. C. *Lições de história do processo civil romano*. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. P. 74)

3 JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano – I: parte geral*. Ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2000. P. 286.

4 “Se o demandado se opusesse, não reconhecendo a pretensão do demandante (através duma *confessio in iure*) nem pactuando uma transação (*transactio*) com o demandante, a fase *in iure* terminava com a designação do *iudex* que o magistrado mandatava para julgar (*iussum iudicandi*)” (JUSTO, A. Santos. **Op. cit.**, P. 299.)

5 “Mais importante do que essa modificação na órbita do processo privado, foi a unificação das instâncias: com a ingerência da *cognitio extraordinária* do princeps ou de seus delegados, em determinadas causas que careciam de tutela jurídica, o procedimento, até então obrigatoriamente bipartido, passa a desenrolar-se, desde sua instauração, até o final, diante de uma única autoridade estatal (magistrado-funcionário). Assim, a decisão do magistrado, no novo sistema processual, não mais corresponderá a um parecer jurídico (*sententia*) de um simples cidadão autorizado pelas leis, mas, sim, a um comando vinculante de um órgão estatal.

Desse modo, pela primeira vez na história do processo privado romano, a sentença não significa mais um ato exclusivo do cidadão e nem apresentava mais caráter arbitral, mas, em verdade, consubstancia-se na atuação da autoridade do Estado: *ex auctoritate principis*” (TUCCI, J. R. C.; AZEVEDO, L. C. **Op. cit.**, P. 48).

6 ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 13. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2010. P. 99.

Embora haja até hoje divergências sobre o conceito da *actio*, é certo que “ação” processual não significava. Tal conceito de ação remonta à Teoria Civilista, ficando localizado no plano do direito material, ao contrário do pugnado por parte da doutrina posterior (conforme será visto no capítulo seguinte), até mesmo porque não existia à época da Roma Antiga a definição do “direito de ação” e de “relação jurídica processual”⁷. Ao apontar erros da doutrina de relacionar a *actio* romana ao conceito de “ação” processual, diz Ovídio: “*actio não era direito subjetivo, nem “ação” processual, era uma autorização para o agir privado*”.⁸⁻⁹

O estudo crítico das ações apenas foi retomado no século XIX¹⁰. Uma das grandes polêmicas acerca do conceito de ação teve como principais expoentes Windscheid e Muther, que concretizou a afirmação da autonomia do Direito processual em face do material. Porém, trouxe também como consequência grande confusão, trazendo prejuízos até os tempos atuais.

Em 1856, Windscheid, em sua obra “*A Ação do Direito Civil Romano do Ponto de Vista do Direito Atual*”, afirmou ser a *actio* romana apenas o poder de agir contra outrem, conferido pelo Pretor, não sendo proveniente ou meio de defesa de um direito, tratando-se do direito subjetivo moderno. Consistiria em algo que se é possível exigir de terceiro, “*la facultad de imponer la propia voluntad mediante la persecución judicial*”¹¹. Justificava que, em Roma, o direito era declarado na fórmula pelo pretor, responsável pela declaração do direito, concedendo a *actio*, o pretor simultaneamente estava declarando o direito. Logo, no direito romano, a *actio* surgiria junto ao direito subjetivo material. Vemos aqui, portanto, o

7 NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria da Ação de Direito Material*. Ed. Salvador: Juspodivm, 2008. P. 52.

8 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 275.

9 “Segundo a concepção romana, a pretensão jurídico-privada, que está na base da *actio*, não passou de um puro REFLEXO do facto de a ordem jurídica, sob certas condições, prometer a outorga de uma protecção jurídica num PROCESSO a iniciar-se com a *actio* (como acto de demanda). Pelo facto de este conceito central de *actio* pertencer simultaneamente ao direito privado e ao direito processual, compreende-se que o direito ‘formal’ (DIREITO PROCESSUAL) e o direito ‘material’ (DIREITO PRIVADO) constituam, para os Romanos, em todas as etapas da sua evolução jurídica, uma UNIDADE mais forte do que constituem hoje em dia”. (KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. P. 57).

10 “O estudo do direito das ações somente foi possível após o descobrimento das *Institutas de Gaio*, em 1816. Naquele ano, Niebuhr descobriu, na Biblioteca Capitular de Verona, o famoso palimpsesto no qual Santo Anselmo escreveu suas especulações teológicas, em cujo fundo, porém, apareceu o texto das *Institutas de Gaio*. Com isso foi possível restaurar parte do livro IV, que estava desaparecida, viabilizando o conhecimento sobre os primeiros sistemas processuais”. (POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. Ed. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. P. 113.)

11 WINDSCHEID, Bernhard. *La actio del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual, Polémica sobre la actio*. P. 7. In: MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. v. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 192.

conceito de pretensão (*Anspruch*), a qual era emanada do próprio direito subjetivo material, do exercício deste¹².

Alegava, ainda, não poder se afirmar a igualdade entre *actio* e *Anspruch* (pretensão que brota ao direito, independentemente de ser este violado), haja vista excluir-se da pretensão a exigência de perseguibilidade judicial¹³.

Ovídio Baptista ressalta o valor da teoria de Windscheid, mas a vê como confirmadora da redução de todo o direito material ao Direito das Obrigações, processo que já se realizara desde a obra dos compiladores de Justiniano¹⁴.

Em 1857, Muther, em obra intitulada “*Sobre a teoria da actio romana, do moderno direito de queixa, da litiscontestação e da sucessão singular nas obrigações*”, começa a tecer críticas às conclusões da teoria de Windscheid. Define a *actio* romana, diferentemente de Windscheid, o qual alegava consistir em toda a atividade do autor até o fim do processo, simplesmente como o ato que dá o impulso inicial ao processo¹⁵. Não seria a *actio* o direito subjetivo material contra o devedor, mas o direito público de queixa (*Klage* germânica) contra o pretor¹⁶.

Aduziu a existência do direito de agir contra o Estado – a *actio* – cuja prestação seria conceder a fórmula, equivalente à tutela jurídica. A concessão da fórmula, assim como da tutela jurídica atual, não seria a procedência do pedido do autor, apesar de afirmar ter apenas direito àquela o possuidor do direito material, ou seja, colocava como requisito para a obtenção da fórmula a existência de direito subjetivo prévio. O reconhecimento do direito subjetivo material apenas adviria com a sentença final do *iudex*, e não com a concessão da fórmula pelo pretor¹⁷.

Exercido o direito de agir com os seus pressupostos presentes, tem o Estado o dever de conceder a fórmula, para, em seguida, exercer a coação necessária frente ao réu, a fim de que ocorra o cumprimento da obrigação.¹⁸ Não era possível ao Pretor negar a concessão da

12 LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 216.

13 GOMES, Fábio. *Carência de ação*. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 23.

14 SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Material e Processo. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 66.

15 GOMES, Fábio. **Op. cit.**, P. 23/24.

16 LACERDA, Galeno. **Op. cit.**, P. 217.

17 *Idem*.

18 MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. v. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 194.

fórmula se preenchidas as condições gerais, podendo o requerente fazer queixa contra aquele em caso de negativa arbitrária.¹⁹

Enquanto o pedido de concessão da fórmula tinha como obrigado o Estado²⁰ ou o pretor, a tutela final consequente obrigaria o particular. Desse modo, vê-se o aparecimento de teoria separando o direito à tutela judicial e o de proteção ao direito subjetivo material do particular.

Observa Fábio Cardoso Machado que Muther “*não se limitou a atribuir novo conceito à actio: ele simplesmente apropriou-se do nome conferido a um fenômeno do direito privado para designar outro pertencente ao direito público*”.²¹

Ainda em 1857, Windscheid acata a teoria de Muther em seu livro “*A Actio. Réplica ao Dr. Theodor Muther*”, somando a ação processual, levantada por Muther, à pretensão de direito material; sem modificar, portanto, completamente o seu entendimento, já que não exclui a *actio* romana do plano do direito privado. Nota-se, portanto, que, ao final, *actio*, para Windscheid, passou a ter dois significados: poder de agir contra outra pessoa ou a concessão da tutela processual para assim fazê-lo.

Percebe-se, aqui, o início da fixação da autonomia entre o direito material e o processual, coexistindo os dois mutuamente como campos científicos e práticos diferentes. Conforme assinalava Calmon de Passos, após o aparecimento do primeiro supracitado livro de Windscheid, responsável pela revisão do conceito tradicional de ação, “*constata-se que muito se escreveu sobre o tema, quase nada se construiu de definitivo*”²².

Contudo, as teses dos referidos autores causou confusão nas concepções de ação posteriormente apresentadas. Calmon de Passos, quando aludiu a elas, destacou a importância da independência entre o direito material e processual estabelecida, porém incorrem em equívoco por misturarem a ação material e a processual (direito à tutela jurisdicional),²³ com o consequente afastamento da ação do direito material, influenciando sobremaneira os doutrinadores subsequentes.

19 GOMES, Fábio. **Op. cit.**, P. 24.

20 “*Juridicamente o Estado romano é o conjunto dos seus cidadãos; já o diz o seu nome, populus Romanus (bem como civitas ou res publica, derivada de populus).*” (KASER, Max. **Op. cit.** p. 116-117)

21 MACHADO, Fábio Cardoso. “Ação” e Ações: sobre a renovada polêmica em torno da Ação de Direito Material. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 143.

22 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Ed. Salvador: Juspodivm, 2014. P. 17.

23 *Ibidem*. P. 19.

1.2. A retórica da declinação da ação material como uma estratégia de legitimação da ciência processual

Não são poucas as obras de Teoria Geral do Processo que abordam, em proposta de perspectiva *evolutiva*, as várias teorias sobre a ação. E isso tem um significado relevante.

Nelas, costuma-se iniciar pela *actio* romana, referida como pertencente à teoria sincrética ou imanentista da ação ou, simplesmente, como ação civil. Nesta teorização, ao menos supostamente, não se havia percebido que a ação seria um fenômeno que transborda o direito material.

A tal teoria se contrapõem as teorias autonomistas, que conseguem transpor o direito substancial e alocar a ação no plano processual. Inicialmente, destacou-se a teoria concretista da ação, com ilustres processualistas em suas fileiras, como Adolf Wach e Giuseppe Chiovenda. Segundo a ideia de ação concreta, a ação seria o direito a uma sentença em favor – devendo preencher as *condições da ação* para a sentença de procedência²⁴.

Avançando, vê-se a teoria autonomista e abstrata da ação, onde a dissociação entre direito material e processo chegaria ao seu ápice. Conforme esta teorização, comumente imputada a sua inauguração a Degenkolb e Plósz – que teriam, sem comunicação, pensado a teoria, cada um autonomamente e a seu modo –, a ação seria um poder processual que nada tem a ver com a efetiva existência do direito material afirmado.

Afora estas, há também a teoria eclética, pensada por Enrico Tullio Liebman, onde se misturam características da teoria da ação autônoma e abstrata com a da teoria da ação concreta. Esta forma de conceber a ação foi bastante criticada, especialmente por gerar incongruências, forçando o ingresso de elementos típicos do mérito na admissibilidade do processo, ou seja, tornando-as questões processuais. Seja como for, esta teoria foi adotada no CPC/1973 e, conforme parcela majoritária da doutrina, também no CPC/2015.

Pois bem. Esta breve digressão serve a um propósito: destacar que a afirmação da ação processual, com a conseqüente morte da ação material, serviu a um propósito científico e estratégico peculiar: desvencilhar o direito processual civil do direito material, tornando-o mais do que um mero capítulo deste e afirmá-lo uma ciência autônoma.

Se o conceito de relação processual foi a base para a construção científica do direito processual civil, a ação processual serviu, por sua vez, como fundamento inevitável da relação processual: trata-se do ato que a faz nascer. Ora, como à época o conceito de ação que se

24 Chiovenda afirma ser a ação um direito potestativo, definindo-a: “A ação é, portanto, o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Ed. Campinas: Bookseller, 2009. P. 62.).

conhecia era justamente o de ação de direito material, não haveria como desenvolver a nova ideia, e com ela a ciência processual, sem antes eliminar o velho conceito. Uma fatalidade necessária.

Como se percebe, a “morte” da ação material decorreu de um específico contexto histórico e problemático, no qual a continuidade da ciência processual dependia da abnegação do vínculo entre direito material e processo. Estrategicamente, seria, naquele contexto, bastante difícil, senão realmente impossível, fazerem companheiras as ações de direito material e de direito processual.

Amadurecida a ciência processual, coube a Pontes de Miranda, no Brasil, e diante de sua ligação íntima com o pandectismo alemão, resgatar – ou ressuscitar? – o conceito e demonstrar, pioneiramente, a possibilidade de seu harmonioso convívio com a ação de direito processual. Com base nas suas ideias, em seguida, seria demonstrado que, cientificamente, não há qualquer consistência na eliminação da ação material: sem ela, a representação do fenômeno jurídico é incompleta.

Para que isso fique claro, passa-se a analisar os respectivos conceitos, nos moldes como compreendido pelos seus defensores.

1.3. Conceitos de direito subjetivo, pretensão e ação (de direito material)

Para entender o conceito de ação, que será usada no sentido de ação *de direito material*, é essencial primeiramente saber distingui-la da pretensão e do direito subjetivo. Tais conceitos são comumente tratados de modo confuso na doutrina, variando bastante o significado outorgado aos termos, o que gera grave imprecisão semântica e, em decorrência, falhas comunicativas ou erros. Para evitar que este problema acometa a pesquisa, passa-se a delinear o significado de tais importantes conceitos.

O direito subjetivo é um estado situado ainda no plano do pensamento, o direito existe ou não existe, ao contrário da pretensão e ação, os quais necessitam que aconteçam os fatos²⁵⁻²⁶. O funcionamento do direito dá-se da seguinte forma: há a incidência da norma sobre o fato da vida previsto em hipótese, o que gera o fato jurídico; o fato jurídico, por sua vez, deve produzir a eficácia prevista na norma, gerando uma situação jurídica; a situação

25 SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Op. cit.**, P. 279.

26 Destaca Leonardo Santana de Abreu que ainda hoje se controverte sobre a existência do próprio direito subjetivo, porém com bem menos vigor que antigamente (ABREU, Leonardo Santana de. *Direito, ação e tutela jurisdicional*. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. P. 115.) Ainda sobre o direito subjetivo fala o autor: “Por caracterizar-se como uma posição estática, ou uma categoria jurídica estaria, pode ser representado pelo verbo “ter””. (*Ibidem*. P. 116.).

jurídica mais comum é a relação jurídica²⁷, e, nesta, usualmente vê-se um direito de um sujeito em relação a outro, que possui um dever, e que, tornando-se exigível, há o nascimento da pretensão²⁸, em contraposição à situação de obrigado, e, finalmente, há ação (de direito material), a que se contrapõe a situação de acionado, quando a pretensão não for satisfeita²⁹.

Em apertada síntese, a diferença entre a ação e a pretensão é que a primeira tem o caráter de impositividade, enquanto a segunda, de exigibilidade, isto é, a pretensão dá poder ao sujeito ativo da relação jurídica de exigir do sujeito passivo o cumprimento da obrigação, que, caso não cumprida, faz surgir a ação³⁰. O exercício da pretensão pressupõe agir – cumprimento da prestação – voluntário do destinatário do dever jurídico, enquanto a ação supõe ato do titular do direito para a sua realização sem a voluntariedade do obrigado³¹. Utilizando-se de exemplo de Pontes de Miranda: “*se digo ao vendedor que desejo que me pague o que me deve, exijo-o; porém, ainda não ajo contra ele: se lhe tomo a coisa, que me deve, ajo condenatoriamente, condeno e executo*”.³²

Firmando uma linha lógica, em regra, temos que primeiro ocorre o fato, daí ocorre a incidência da norma, que permite categorizá-lo como fato jurídico, do qual surge o direito subjetivo, que pode se tornar exigível (pretensão) e, em caso de não cumprimento da obrigação pelo sujeito passivo da relação, transforma-se em impositivo (ação de direito material)³³. Há tais situações, por sua vez, no polo passivo, vê-se o dever, a obrigação e a situação de acionado.

27 Há relações jurídicas processuais e materiais. Distingue Marcos Bernardes de Mello: “*No que respeita ao conteúdo eficaz, a relação jurídica de direito material produz direitos e pretensões, eventualmente, ações e exceções que se podem subjetivar, e são oponíveis a sujeitos de direito determinados, ou determináveis, ou a sujeitos passivos totais (alter), conforme sua natureza. Na relação jurídica de direito processual, diferentemente, os direitos e deveres, pretensões e obrigações, portanto, nascem dentro da relação, jamais se projetando para além de seus limites. Os sujeitos de direito são somente aqueles que sejam, no momento, termos na relação (o juiz, o autor e o réu)*” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, 1ª parte*. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 236.).

28 “*A palavra pretensão, conquanto se possa restringir sua compreensão ao emprego utilizado no universo jurídico; ainda assim é polissêmica*” (ABREU, Leonardo Santana de. **Op. cit.**, P. 123.).

29 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Ed. Bookseller: Campinas, 1998. P. 46.

30 Exigere (ex, ago) significa empurrar, reclamar, empuxar, com o fito de que o obrigado cumpra, operar fora para que o obrigado seja exato. Acionar, agere, sem o ex, não: é ir por si, já sem querer mover o obrigado. (*Ibidem*. P. 101)

31 SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 18/19.

32 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Op. cit.**, P. 64.

33 Essa é a regra, mas há os casos de nascimento simultâneo de direito, pretensão e ação, os quais se classificam como de eficácia jurídica instantânea.

Toda ação de direito material exige a prévia existência de um direito subjetivo, o contrário não é verdadeiro, tratando-se a ação de posição de direito substantivo³⁴. É possível ter direito subjetivo sem ação e pretensão, a exemplo do caso da titularidade de crédito ainda não vencido e dos direitos mutilados – como, por exemplo, a dívida oriunda jogos de azar. Nesse caso, tem-se o direito subjetivo ao crédito, mas não posso ainda exercer a pretensão ou a ação, isto é, exigir ou impor o pagamento, devido à falta da exigibilidade e impositividade, características da pretensão e da ação, respectivamente³⁵.

Leonardo Santana de Abreu acentua dever ser evitada a utilização da expressão “direito de ação”, pois, no plano do direito material, se há ação, há direito³⁶⁻³⁷.

Guilherme Rizzo Amaral traz-nos exemplo para facilitar a compreensão dos institutos, vejamos:

Firmo um contrato de empréstimo, entregando determinada quantia a meu devedor, e estabelecendo um determinado prazo para pagamento. Quando da conclusão do contrato, surgiu, já, o (meu) *direito subjetivo* ao crédito, que me coloca em posição estática, porém, de vantagem perante o devedor. Findo o prazo para pagamento, surge a *pretensão*, dado que agora é exigível a quantia emprestada, ou ainda, é exigível a conduta do devedor no sentido de solver o débito. Exercendo a *pretensão*, notifico meu devedor que, no entanto, não me paga a quantia que lhe emprestei, constituindo-se, portanto, em mora, e assim fazendo surgir a *ação de direito material*, que nasce em meu favor. Como não posso, de mãos-próprias, obter junto ao meu devedor o que me é devido (vedação à autotutela), socorro-me da *ação processual*, afirmando a existência da ação de direito material perante um magistrado investido do poder jurisdicional estatal³⁸.

Para ratificar a diferença entre os institutos, Pontes de Miranda³⁹ aponta:

(...) a) é possível permanecer intacta a legislação quanto ao direito subjetivo e mudar quanto às pretensões, ou permanecer inalterado quanto àquele e a estas, e mudar quanto às ações; b) haver prazos para a ação, sem que com a extinção dela se extinga a pretensão ou o direito subjetivo; c) existirem direitos subjetivos e até pretensões sem ação, como os créditos de jogo e certas situações, transitórios, de tempo de guerra ou golpes de Estado.

Por fim, faz-se mister salientar que a classificação de direito subjetivo, pretensão e ação abordados se aplicam também ao plano pré-processual e processual, vide explicação de Gabriel Pintaúde:

34 “... ao se falar em ação fala-se em uma posição de direito substantivo, então é possível e correto falar em “ação possessória”, “ação ressarcitória”, “ação reivindicatória”, “ação inibitória” etc. Sendo certo que, em todos os exemplos suscitados, o termo ação está empregado em seu sentido material” (MACÊDO, Lucas Buril de.; MEDEIROS, Ravi Peixoto de. A obrigatoriedade da denunciação da lide e os novos aportes teóricos para sua compreensão: uma análise do atual e do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 225, P. 84, nov., 2013).

35 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 171.

36 ABREU, Leonardo Santana de. **Op. cit.**, P. 119.

37 Conforme Leonardo Santana de Abreu: “... ao passo que o direito subjetivo e a pretensão tendem à prestação, a ação material supõe combatividade” (*Ibidem*. P. 120.).

38 AMARAL, Guilherme Rizzo. A Polêmica em torno da “Ação de Direito Material”. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 117.

39 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Op. cit.**, P. 50.

...existe um direito subjetivo público, como *status*, garantia da utilização da “máquina judiciária”; a nova “roupagem” é a pretensão processual, o poder exigir, a exigibilidade que caracteriza a pretensão “à tutela jurídica” (“pretensão à prestação jurisdicional”); esta precisa, entretanto, do efetivo exercício representado na ação (processual), o agir contra o Estado, para obtenção da resposta jurisdicional⁴⁰.

Importante observar também que, para Pedro Henrique Nogueira⁴¹, Ovídio Baptista⁴² falha em sua conceituação de ação, pois a vislumbra apenas em caso de exercida, prendendo o termo ação ao seu verbo agir, ou seja, apenas existiria ação quando o titular do direito o exercesse. Seguindo a linha de pensamento de Pontes de Miranda, a ação existe independentemente de exercida, potencialmente, consistindo em categoria de eficácia jurídica.

1.4. A ação material, “ação” de direito processual e os remédios jurídicos processuais

O conceito de ação é utilizado de variadas formas, desde como acesso à jurisdição até o próprio de ação de direito material, que é o que aqui utilizaremos. A doutrina processualista conceitua ação de três formas diferentes, quais sejam, I) ação de direito material, II) ação como direito de ir a juízo e III) ação significando instrumento processual. Conquanto tal diferenciação seja fundamental para a técnica e prática judiciária, ainda acontece constantemente confusão pela doutrina e jurisprudência.

Pontes de Miranda, um dos que melhor estudou a teoria da ação, quando ia se referir às ações de direito processual, utilizava a palavra ação entre aspas, a fim de distinguir da considerada por ele ação em sentido próprio (direito material). No presente trabalho, seguiremos a linha de Pontes e nos referiremos à ação de direito material simplesmente como ação e colocaremos aspas quando fizermos alusão à chamada “ação” processual.

Vale ressaltar também que não se pode confundir a “ação” processual com o direito subjetivo público de invocar a tutela jurisdicional, pois, usando as palavras de Ovídio, a “ação” não é um direito subjetivo, pela singela razão de ser ela a expressão dinâmica de um direito subjetivo público que lhe é anterior e que a funda⁴³.

A partir do momento em que o Estado chamou a si poder de realizar o direito, proibindo a utilização da justiça de mão própria e assumindo a responsabilidade de decidir os

40 PINTAÚDE, Gabriel. Tutela Jurisdicional (no confronto entre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Ovídio Baptista da Silva e no pensamento de Flávio Luiz Yarshell). In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 265.

41 NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Op. cit.**, P. 108.

42 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 171.

43 SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 17.

conflitos de interesses jurídicos estabelecidos no âmbito privado, outorgou aos sujeitos de direito a pretensão à tutela jurídica. O Estado, como monopolizador da jurisdição, passou a ter a obrigação de prestar a tutela jurisdicional quando acionado, desde que preenchidos os pressupostos legalmente estabelecidos⁴⁴.

Em decorrência dessa vedação da autotutela, a ação de direito material geralmente é exercida por meio do exercício da pretensão à tutela jurídica. Já que não pode o próprio titular da ação exercê-la frente ao sujeito passivo por ato próprio, solicita o provimento jurisdicional do Estado-juiz, o qual tem o monopólio da jurisdição e o poder da coercibilidade, não presente, na maioria dos casos, no exercício da ação sem o processo. Em outras palavras, a ação material é afirmada no exercício da “ação” processual⁴⁵.

Porém, nem sempre isso ocorre, existindo hipóteses nas quais o próprio ordenamento jurídico permite a utilização da justiça de mão própria, surgindo do fato jurídico o direito subjetivo, a pretensão e a ação simultaneamente. Nesses casos, haverá exercício da ação de direito material sem a necessidade de utilização da via processual. Pedro Henrique Nogueira⁴⁶ lista alguns exemplos: no direito civil, desforço imediato da posse (art. 1210, § 1º, CC), legítima defesa (art. 188, I, CC), direito e ação do proprietário de cortar os ramos de árvores que ultrapassem o limite vertical do prédio vizinho (art. 1.283, CC); no direito administrativo, a própria autoexecutoriedade dos atos administrativos, a exemplo da interdição de um estabelecimento; no direito penal, o estado de necessidade (art. 24, CP).

Ainda, não se devem confundir ação material e “ação” processual com remédio jurídico processual. Remédio jurídico processual é o instrumento fornecido pelo direito (pré-processual) para a tutela do direito material afirmado, adequando-se às necessidades do tipo de tutela pleiteado⁴⁷. Isto é, o remédio jurídico processual consiste no procedimento dado pelo Estado a quem afirma possuir a ação material. É possível existirem várias formas processuais para a tutela do mesmo direito material afirmado⁴⁸.

A distinção do remédio jurídico processual para a ação material ficou clara na síntese acima, contudo não é de mesma facilidade a percepção da diferença para a “ação” processual.

44 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, 1ª parte*. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 234.

45 Assinala Maria Berenice Dias: “*Há o direito à proteção jurisdicional do Estado e, concomitantemente com ele, a pretensão como faculdade ou “poder de exigir” que o Estado preste a tutela que se obrigou. Desta forma, concomitantemente com o dever estatal, nasce a obrigatoriedade da prestação jurisdicional, cujo exercício é veiculado através da “ação processual”*” (DIAS, Maria Berenice. Observações sobre o conceito de pretensão. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_observa%27%2F5es_sobre_o_conceito_de_pretens%20.pdf. Acesso em: 23/04/16).

46 NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Op. cit.** P. 111.

47 MACÊDO, Lucas Buril de.; MEDEIROS, Ravi Peixoto de. **Op. cit.**, P. 84.

48 *Ibidem*. P. 85.

O remédio jurídico processual será a forma de exercício da “ação” processual (pretensão à tutela jurisdicional). Assim como podem haver vários remédios jurídicos processuais para a tutela do direito material afirmado, há possibilidade de mais de um remédio jurídico processual para o exercício da “ação” processual.

Exemplo: A deve para B determinada quantia. Em caso de não ser pago o valor de forma voluntária por B, A terá ação de direito material em face dele. Desse modo, A exercerá sua pretensão à tutela jurídica (“ação” processual) através do remédio jurídico processual que entender mais adequado (procedimento comum, ação monitória ou execução de título executivo extrajudicial, por exemplo). Independentemente do remédio jurídico processual utilizado, estará A exercendo a “ação” processual e alegando ter ação material.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já fez a diferenciação em julgados como ementado a seguir:

AÇÃO COMINATORIA; IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSAO EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ART.276 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, QUE CUIDA DA IMPROPRIEDADE DO REMEDIO JURÍDICO PROCESSUAL, E NÃO DE CONVERSAO DA PRETENSÃO, NEM DA AÇÃO, DE DIREITO MATERIAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. (RE 63367, ELOY DA ROCHA, STF.)

2. POR QUE NÃO AÇÃO MATERIAL?

2.1. A proposta – exposição das críticas à ação material

A ação de direito material foi, como se viu no capítulo anterior, renegada para que a ação de direito processual pudesse ganhar espaço, dando sustentáculo à relação jurídica processual e ao próprio direito processual como ciência autônoma. Para que tal transição ocorresse, nem sempre os argumentos foram claros.

Em seguida, os vários fundamentos em desfavor da ideia de ação material serão analisados. A proposta é compilá-los de forma expositiva, tão fiel quanto possível, para que se chegue ao cerne da crítica.

2.1.1. Da visualização da ação exclusivamente como a pretensão à tutela jurisdicional – A doutrina do “direito de ação”

Como se viu anteriormente, a doutrina do “direito de ação” floresceu com a sepultura da ação de direito material. Esta visão parte da noção que enxergar uma ação de direito material é um erro, já que a ação é pertinente ao direito processual. Trata-se, inegavelmente,

de visão majoritária atualmente, acolhida por muitos autores bastante célebres do direito processual.

Adotam-se como argumentos, dentre outros: a vedação da autotutela, e conseqüente monopólio jurisdicional do Estado; a impossibilidade de correspondência entre o agir privado e a prestação estatal do processo; e a suposta incompatibilidade entre a instabilidade inerente ao âmbito processual e a ação de direito material.

Calmon de Passos faz parte da parcela doutrinária que exclui a ação material para pôr força na ação processual. Afirma que o “*direito de ação é o direito à jurisdição, direito concedido ut civis, abstraindo-se da existência ou inexistência de qualquer direito material*”⁴⁹. Prossegue explicando o direito de ação como o direito subjetivo de todo sujeito de direito ou pessoa à intervenção do Estado para a satisfação de seus interesses tutelados pelo direito, haja vista a vedação da defesa privada⁵⁰. E, resumidamente, conclui: “*Onde não há juiz não há jurisdição. Não há ação*”.⁵¹⁻⁵² Além disso, clareando sua ideia de apenas existir ação através da intervenção estatal, aduz que não é ação a faculdade de atuar concedida ao particular pela lei para tutelar seu direito⁵³.

Carreira Alvim, tal qual Calmon de Passos, vislumbra a ação apenas através de demanda judicial com a participação do Estado, devedor da prestação jurisdicional, ignorando a construção doutrinária acerca da ação material e defendendo que a ação é direito eminentemente público⁵⁴.

Vincente Greco Filho, sem fazer maiores digressões, só visualiza a “ação” do ponto de vista do direito de pedir a tutela jurisdicional do Estado⁵⁵. No mesmo sentido vão Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antônio Carlos de Araújo Cintra, definindo, assim como os demais, ação como “*o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o*

49 PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Op. cit.**, P. 20.

50 *Ibidem*. P. 38.

51 *Ibidem*. P. 48.

52 Porém Calmon de Passos faz uma ressalva: “*Por outro lado, parece-nos incorreto explicar-se o direito de ação como uma espécie do direito de petição, um direito cívico, um direito fundamental do indivíduo. Sem dúvida que nossa Carta Magna (art. 141, §4º) fez da acionabilidade processual dos direitos individuais, preceituando que a lei não poderia excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. Isso, entretanto, não equivale a fazer do direito de ação, genericamente entendido, um direito cívico, uma espécie do direito de petição.*” (*Ibidem*. P. 53).

53 *Ibidem*. P. 85.

54 ALVIM, José Eduardo Carreira. **Op. cit.**, P. 42.

55 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 1. Ed. São Paulo, 2007. P. 43.

poder de exigir esse exercício)”⁵⁶. E acrescentam ser a “ação” dirigida apenas ao Estado, mesmo que, depois de apreciada, for ter efeitos na esfera de outra pessoa⁵⁷.

Flávio Luiz Yarshell, ao distinguir ação e tutela jurisdicional, concebe aquela como a iniciativa do interessado em estimular a tutela jurisdicional, ou seja, o impulso inicial de instauração do processo⁵⁸.

José Maria Tesheiner e Rennan Thamay seguem o mesmo direcionamento, declarando-se abertamente a anuência com a teoria do direito abstrato de agir, restando a ação como o poder de provocar o exercício da jurisdição⁵⁹.

Também assim disserta José Roberto dos Santos Bedaque, concluindo ser a ação o direito ou poder cujo exercício visa à tutela jurisdicional⁶⁰.

Cândido Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes arguem ser ação o direito ao pronunciamento do juiz de mérito acerca de uma pretensão, pertencendo exclusivamente ao direito processual⁶¹.

Para Liebman, “a ação se dirige ao Estado e por isso tem natureza sempre pública e um conteúdo uniforme, qual seja o pedido de tutela jurisdicional de um direito próprio (embora varie o tipo de provimento que cada vez se pede ao juiz)”⁶². O jurista italiano, responsável pela teoria eclética, constrói a ideia das condições da ação, as quais define como requisitos de existência da ação, que, se não atendidas, impedem o julgamento do mérito, e, conseqüentemente, carecerá o autor de ação.⁶³ Nesse contexto, sem o atendimento das condições da ação, tampouco haverá ação, dependendo, portanto, a ação do exercício da jurisdição.

Para Guilherme Rizzo Amaral, a vedação à autotutela traz como consequência a extinção da ação de direito material, sobrevivendo somente nas exceções previstas em lei para o exercício do agir privado⁶⁴. Além disso, Guilherme Rizzo Amaral enxerga como inadmissível defender que a toda sentença de procedência deva corresponder exercício de

56 GRINOVER, A. P.; DINARMARCO, C. R.; CINTRA, A. C. A. *Teoria Geral do Processo*. 26. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 236.

57 *Ibidem*. P. 277.

58 YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2. Ed. São Paulo: DPJ Editora, 2006. P. 55.

59 TESHEINER, José Maria; THAMAY, Rennan Faria Kruger. *Teoria Geral do Processo: em conformidade com o Novo CPC*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 151

60 BEDAQUE, José dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 90.

61 DINAMARCO; Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016. P. 49.

62 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Ed. Salvador: Rio de Janeiro, 1980. P. 149-150.

63 *Ibidem*. P. 153-154.

64 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Op. cit.*, P. 127.

ação de direito material preexistente pelo juiz, não havendo como este substituir o agir privado⁶⁵.

Ainda, Guilherme Rizzo Amaral critica aqueles que defendem agir o juiz tal qual o particular caso não fosse vedada a autotutela, pois estão situados em níveis distintos⁶⁶. Logo, se não fosse proibida a autotutela no ordenamento jurídico, ainda assim não existiria agir privado equivalente à declaração do juiz⁶⁷.

Hermes Zaneti Junior vai no mesmo sentido, aceitando as eficácias das ações apenas dentro do processo, através da sentença, ressalvados os casos de permissão legal da autotutela, defendendo existir uma relação circular, na qual o processo trabalha com o contraditório e retorna o direito material ao mundo da vida⁶⁸. A teoria circular dos planos, desenvolvida por Zaneti, consiste na admissão da existência do plano material e processual, contudo unidos, assim como o instrumento ao objeto, o que pode ser verificado na seguinte analogia feita por ele: “*Da mesma maneira que a música produzida pelo instrumento de quem lê a partitura se torna viva, o direito objetivo, interpretado no processo, reproduz no ordenamento jurídico um novo direito*”⁶⁹.

Na mesma linha dos acima citados, Gabriel Pintaúde não concebe a ação de direito material, arguindo ser inconcebível falar em ação de direito material na hipótese de improcedência do pedido, já que não aconteceria, nesse caso, o exercício da ação. Em poucas palavras, tal qual Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, aduz não se poder exercer o que não se tem⁷⁰. Entretanto, admite a existência da ação de direito material, mas de forma restrita: apenas nos casos em que o ordenamento jurídico permite a autotutela, denotando, nesse diapasão, seu pensamento de inexistência da ação material por causa da vedação da justiça com as próprias mãos⁷¹.

Assinala Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “*Apenas excepcionalmente o sistema permite a justiça de mão própria, chamada aí de ação de direito material por seus defensores*”⁷². Ao indagar sobre o que seria a ação de direito material, explicita ser a eficácia, força ou inflamação do direito material desatendido, a qual seria alcançada fora do processo

65 *Ibidem*. P. 122.

66 *Ibidem*. P. 121.

67 *Ibidem*. P. 122.

68 ZANETI JUNIOR, Hermes. A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual). In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 178.

69 *Ibidem*. P. 192.

70 PINTAÚDE, Gabriel. **Op. cit.**, P. 269.

71 *Ibidem*. P. 268.

72 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Direito material, processo e tutela jurisdicional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 386, P. 27, jul./ago., 2006.

pelo cumprimento voluntário do obrigado ou, em caso de desatendimento, processualmente pelo juiz⁷³.

Em diálogo com a teoria de Pontes de Miranda, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira aponta incongruências na tentativa de se colocar a ação no plano do direito material. Sustenta que apenas será possível averiguar a existência da ação material com o trânsito em julgado da sentença, uma vez que não se pode afirmar existir o direito antes do contraditório. Refuta, também, o argumento pontiano de ser possível ao autor afirmar a existência da ação que supunha ser titular através do exercício da pretensão à tutela jurídica, porém, ao cabo do processo, receber sentença de improcedência (isto é, o exercício da ação material pela processual), com o fundamento de não se poder exercer o que não se tem⁷⁴.

Passando a criticar Ovídio Baptista, cuja teoria deriva das construções de Pontes, acentua que, ao se colocar em discussão judicial o direito, apenas se poderá dizê-lo existente com a sentença, restando o autor apenas como pretendente ao reconhecimento do direito, e não já como titular⁷⁵.

Segundo o mesmo doutrinador, relacionar o direito material ao processo é passar por cima da incerteza consubstancial do direito litigioso, principal característica do âmbito processual, pois, após posto em lide, o direito material, do mesmo modo que a ação de direito material, torna-se incerto⁷⁶.

Conclui, finalmente, não ter mais utilidade prática o uso do instituto da ação de direito material diante da complexidade atual da sociedade, que vem gerando meios cada vez mais sofisticados e apurados de tutela jurisdicional, a exemplo das demandas abstratas de declaração de constitucionalidade e das referentes aos direitos difusos e coletivos. Adequa-se, desse modo, melhor ao momento atual do ordenamento jurídico a noção de tutela jurisdicional⁷⁷.

Igualmente, Galeno Lacerda, ao tecer críticas à teoria civilista da ação, diz nascer o direito subjetivo de “ação” contra o Estado do que chama de “fato jurídico novo da lide”, o qual consiste na negativa do devedor ao cumprimento da prestação devida ao credor, ou seja,

73 *Ibidem*. P. 34.

74 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O Problema da Eficácia da Sentença. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 47.

75 *Ibidem*. P. 48.

76 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Direito material, processo e tutela jurisdicional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 386, P. 32, jul./ago., 2006.

77 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 61.

a pretensão resistida⁷⁸. E ainda conclui que a “*ação, pois, sempre será uma prestação de direito público, na qual o sujeito passivo é o Estado através do órgão judiciário*”⁷⁹. Como se vê, a base do jurista gaúcho é o argumento da vedação da autotutela isolando o impulso processual como único meio viável para a impositividade – diferente de exigibilidade – da prestação jurídica decorrente do direito subjetivo material.

Galeno Lacerda ainda conclui que o direito subjetivo material apenas será atribuído efetivamente ao autor pela sentença em caso de procedência – adotando, portanto, a versão severa da unitariedade do ordenamento jurídico⁸⁰. Em outras palavras, a efetivação da existência do direito subjetivo material ficará condicionada a um julgamento de procedência na sentença concedida ao final do processo. Percebe-se semelhança entre sua concepção de ação e a dos concretistas.

Chiovenda, apesar de crítico, utiliza-se das bases da teoria concretista de Adolf Walch, trabalhando com a ideia de direito potestativo e condicionando o exercício da ação à atuação da vontade concreta da lei. Em suma, vê a ação como o direito de obter resultado favorável no processo⁸¹.

2.1.2. Transferência da ação material para a tutela por Marinoni

Marinoni, Arenhart e Mitidiero têm visão peculiar sobre a temática, alegando a convivência da tutela jurisdicional com outras formas de tutela pelo Estado para a proteção de direitos fundamentais⁸². Divide as formas de tutela dos direitos fundamentais em: normativa, através das normas; administrativa, por meio da atividade administrativa; e jurisdicional dos direitos, pela jurisdição⁸³.

Segundo a teoria, essas formas de tutela são garantidas pelo direito material, devendo-se “*partir dos direitos, passar pelas suas necessidades, para então encontrar as formas capazes de atendê-las*”⁸⁴. Condicionam o direito do indivíduo à ligação com determinada forma de tutela adequada à sua necessidade de proteção, ou seja, para ser titular do direito tem de haver a respectiva forma de tutela, a qual deve ser adequada⁸⁵. Sem direito,

78 LACERDA, Galeno. **Op. cit.**, P. 215.

79 *Ibidem*. P. 225.

80 *Ibidem*. P. 215.

81 CHIOVENDA, Giuseppe. **Op. cit.**, P. 61.

82 MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. v. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 287.

83 *Ibidem*. P. 289.

84 *Ibidem*. P. 290.

85 *Ibidem*. P. 291.

não haverá forma de tutela do direito e vice-versa, estando aqui um dos traços distintivos das formas de tutela do direito para as ações processuais⁸⁶.

Todavia, vale ressaltar que eles deixam claro não se poder confundir as formas de tutela com as técnicas processuais, sendo as técnicas processuais, para eles, meios para prestar as formas de tutela prometidas pelo direito material⁸⁷.

Ressaltando a tutela inibitória como a ideal para a proteção do direito, salientam a independência dela em relação ao direito processual, porque todo direito ameaçado de lesão tem alguma forma de proteção contra sua violação, o que fica mais claro no caso dos direitos não patrimoniais. O processo somente prevê procedimentos e técnicas processuais – exemplo da técnica de antecipação de tutela e sentença mandamental - a fim de viabilizar a obtenção da tutela do direito prevista pelo direito material⁸⁸. Exemplifica a tutela inibitória com o caso de exposição à venda de remédio que cause dano à saúde, hipótese na qual será possível a qualquer ente legitimado pleitear a tutela de remoção dos efeitos concretos do ilícito, requerendo, como técnica processual, a busca e apreensão dos remédios.⁸⁹ Apenas tratamos da tutela inibitória por ser a mais adequada para a proteção do direito, contudo o autor não exclui as outras formas de tutela, pelo contrário, demonstra existência de várias, tal qual a ressarcitória, possessória, de remoção, de reintegração de posse, entre outras⁹⁰.

Ainda, diferenciam a tutela jurisdicional do direito, ou seja, a forma de tutela do direito exercida judicialmente, e a tutela apenas jurisdicional, haja vista apenas ser prestada a primeira em caso de procedência do pedido, excetuando os casos das “ações dúplices”⁹¹⁻⁹². Em outras palavras, a tutela jurisdicional é concedida independentemente do resultado final da sentença, consistindo resumidamente em processo justo e com a participação efetiva das partes.

É importante pontuar que a utilização de tais definições pelos autores não são excludentes do seu conceito de ação, a qual é vista por eles como o “*direito de agir diante da jurisdição para obter a tutela jurisdicional*”, restringindo o termo “ação” ao direito constitucionalmente previsto de solicitar prestação jurisdicional efetiva e adequada do Estado-

86 *Ibidem.* P. 303.

87 *Ibidem.* P. 292.

88 *Ibidem.* P. 293.

89 *Ibidem.* P. 296.

90 *Ibidem.* P. 297-303.

91 *Ibidem.* P. 306.

92 Ações dúplices são aquelas em que o réu também formula um pedido de tutela jurisdicional do direito.

juiz, prolongando-se até a execução da sentença, a qual deverá ser feita através de meio capaz de permitir a tutela do direito⁹³.

Por fim, comparando as formas de tutela do direito e a ação de direito material projetada pela doutrina, ambas sitas no plano do direito material, finalizam ser a primeira mais apropriada para o direito contemporâneo⁹⁴. Por outro lado, não negam a afirmação da ação de direito material na propositura do processo, apenas sustentam que “*a categoria do direito à tutela dos direitos permite a elaboração de uma dogmática capaz de responder mais adequadamente às relações entre o direito material e o direito de ação*”, exigindo, pela sua teoria, a adequação entre a ação processual e as formas de tutela prometidas pelo direito material⁹⁵.

Ao indagarem sobre a possibilidade de Marinoni ter incorrido em violação ao princípio da identidade, José Maria Tesheiner e Rennan Thamay, de maneira didática, justificam que o mesmo “*conceitua a ação enquanto objeto da percepção do juiz, que a vê como um continente (pretensão à sentença) com certo conteúdo (pretensão à efetiva tutela de um direito subjetivo)*”⁹⁶.

2.2. A análise das críticas à ação material

Neste capítulo, serão respondidas as críticas expostas no capítulo predecessor. Para cada um dos itens do capítulo acerca das críticas corresponderá um item neste capítulo, utilizando-se da numeração respectiva.

2.2.1. Autonomia da ação material em face da tutela jurisdicional

Conforme visto, a construção da “ação” processual como única ação existente teve origem na má interpretação do que seria a *actio* romana, principalmente após a polêmica entre Windscheid e Muther, a qual é considerada o marco para a autonomia do direito processual em face do material. Acontece que não apenas foi conquistada a autonomia, mas também se revelou a “ação” processual como a única ação, eliminando, assim, a ação de direito material. Veremos aqui a possibilidade da coexistência entre a ação de direito material e a “ação” processual no mesmo ordenamento jurídico, independentemente da proibição ou não da autotutela e das diferenças entre os planos processual e material.

93 *Ibidem*. P. 322 e 328.

94 *Ibidem*. P. 332.

95 *Ibidem*. P. 333.

96 TESHEINER, José Maria; THAMAY, Rennan Faria Kruger. **Op. cit.**, P. 146.

Como anotado por Ovídio, está em Windscheid a confusão entre ação de direito material e a “ação” processual, devido à ambiguidade do conceito da *actio* romana em sua teoria. O doutrinador alemão, ao se referir às fontes romanas, aparenta sugerir que se exerce a *actio*, quando, em verdade, alega-se em juízo a sua existência, do mesmo modo que não se exercer a pretensão material na relação processual. A ação e o direito subjetivo são categorias que, quando postas em discussão judicial, são alegadas⁹⁷.

Fábio Cardoso Machado identifica a falha dos processualistas modernos na crença de ter a “ação” processual substituído a antiga *actio*, consistindo em fenômenos eminentemente distintos: a ação de direito material significa o agir de quem tem direito para a sua realização, não sendo o “agir” autônomo e abstrato; já a “ação” processual é conceito autônomo e abstrato, o qual permite a qualquer um alegar ter direito e pretensão material para conseguir através do processo agir materialmente a satisfação desta pretensão⁹⁸. Finaliza: “a ação de direito material e a “ação” processual são categorias diferentes que designam fenômenos diversos, mas que guardam entre si um estreito vínculo instrumental: age-se processualmente para, verificada a procedência do pedido, agir-se materialmente”⁹⁹.

Ovídio aponta, como originador do erro cometido pela doutrina, a percepção da vedação da autotutela como a negativa sistemática da existência da ação material, ao que se soma outro equívoco, qual seja, a visualização do processo de conhecimento como mero instrumento declarativo do direito, transferindo-se, assim, a efetiva realização do direito para o processo de execução, cuja natureza jurisdicional já foi negada¹⁰⁰. Daí reflete:

A ser verdadeira a doutrina dominante, segundo a qual a ação (*agere*) de direito material teria sido, nossos sistemas jurídicos modernos, *substituída* pela ação processual, e sendo a ação de conhecimento apenas o “pronunciamento” que o Juiz faz, compondo o conflito, pergunta-se então: e havendo reconhecimento da procedência da demanda, não terá havido realização pelo Estado da ação de direito material que ele próprio vedou, pela via privada, a partir do momento em que o órgão jurisdicional *pratica aquela mesma atividade (agere)* que o titular do direito, reconhecido pela sentença, praticaria se o monopólio estatal da jurisdição não o

97 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 171.

98 MACHADO, Fábio Cardoso. “Ação” e Ações: sobre a renovada polêmica em torno da Ação de Direito Material. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 145.

99 *Ibidem*. P. 147.

100 SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 21. Além disso, como destaca Lucas Buril, é evidente que o texto não se aplica, nesta parte, ao CPC/2015 – aliás, não se aplica ao CPC/1973 reformado –, onde o cumprimento de sentença é mera fase do processo, não sendo acertado falar em uma rígida separação. Aliás, já se chegou a firmar que nas obrigações de fazer, não-fazer e entregar coisa sequer se pode falar, precisamente, de outra fase (MACÊDO, Lucas Buril de. Procedimento para cumprimento de decisão judicial e diferenciação baseada na eficácia. *Revista de Processo*, v. 250, p. 149-163, 2015).

tivesse impedido? A realização coativa do direito, com absoluta prescindência da vontade do obrigado, é a mesma ação de direito material, ou seja, o *agir* inerente a todo direito, realizado pelos órgãos estatais da jurisdição¹⁰¹.

Logo, o monopólio da jurisdição pelo Estado não substituiu o agir privado, e sim passou a conviver com ele, não sendo mais exercida a ação de direito material, em regra, pelo particular, mas através da jurisdição estatal. Nas palavras do mestre Pontes de Miranda: “As ações exercem-se em juízo ou fora dele. Quem fala de ações, no sentido do direito material, que é o próprio, somente por associação (fato psíquico, extrajurídico) alude à justiça estatal, ou à própria autotutela”¹⁰².

O mesmo caminho é trilhado por Humberto Theodoro Júnior, segundo o qual existem duas realidades jurídicas distintas: a ação material (ligada ao direito material e concreta) e a processual (autônoma e abstrata), exercitando-se, nos casos em que vedada a autotutela, a primeira através da segunda¹⁰³.

Grande parte dos doutrinadores têm complicações quando vão laborar com o processo, justamente pelo seu caráter instável, o estado pendência a ele inerente. Ovídio resume bem essa dificuldade no seguinte trecho:

A doutrina processual utiliza-se das categorias do “ser” e do “não ser”, exigindo, pressupondo, que o direito subjetivo conserve as mesmas características com que o definiam fora do litígio; não lhes ocorre separar os dois planos, para ver o direito material que “é”, tornando uma “expectativa” durante o estado de pendência. A doutrina, porque não suporta conviver com a instabilidade própria do estado de pendência, raciocina como se direito que “era”, contraditoriamente “deixara de ser”, quando posto na relação processual¹⁰⁴.

Além disso, faz crítica severa aos normativistas que condicionam a existência do direito à sentença, afastando, por conseguinte, tudo que não for processualizado apenas ao mundo dos fatos, consistindo, assim, simplesmente em realidades sociologicamente relevantes¹⁰⁵. Para eles, só existe como direito o que é absoluto e certo, sendo forma singular de monismo que trabalha somente com o “certo” e o “errado”, contraditoriamente à essência natural do processo¹⁰⁶.

101 SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 21.

102 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Op. cit.**, P. 78-79.

103 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. v. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 76.

104 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 64.

105 SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 65.

106 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 108.

Fazendo referência direta à crítica feita por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira à sua teoria, reitera que o mesmo ignora o estado de instabilidade próprio do processo, não levando em consideração que as pretensões de direito material tornam-se meras expectativas de direito ao serem inseridas na relação processual litigiosa¹⁰⁷. Segue o raciocínio contestando a afirmação de Carlos Alberto Alvaro de apenas ser admissível a existência do direito após o contraditório, contra a qual se insurge dizendo: “*Não poderá haver ação material antes do contraditório, porque as coisas são ou não são; e antes do contraditório, para o juiz, elas não são!*”¹⁰⁸. Ou seja, mais uma vez apresenta Carlos Alberto Alvaro dificuldade em laborar com as características próprias do direito material e processual, condicionando até mesmo a existência do direito material ao contraditório.

Portanto, conclui Ovídio haver, na realidade, a coexistência da ação de direito material – dirigida contra o obrigado – e a “ação” processual, direcionada ao Estado, cuja função será, através do juiz, praticar o agir privado proibido por ele mesmo¹⁰⁹. Ambas são fundadas em algum direito exigível: a primeira em direito subjetivo material preexistente; a segunda na pretensão à tutela jurídica¹¹⁰.

Insurge-se, tal qual Ovídio, contra a alegação de apenas se poder falar em ação de direito material após o trânsito em julgado do processo, o processualista alagoano Pedro Henrique Nogueira, cuja opinião é de que tal pensamento reduziria o direito material a praticamente nada¹¹¹. Outra fundamental asserção realizada por Pedro Henrique é a de não ocorrer a conversão da ação de direito material em processual ao ser posta em discussão no âmbito judicial, podendo o juiz reconhecer ou não a existência da ação¹¹².

107 SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Material e Processo. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 76.

108 *Ibidem*. P. 77.

109 Réplica de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “Por outro lado, não se constata a pretendida duplicação de ações em certas demandas constitutivas, positivas ou negativas, despidas de pretensão material, a exemplo da demanda de divórcio, de anulação de casamento e de interdição. Da mesma forma, impensável a duplicação de ações no que concerne à pretensão declaratória, pois o titular do direito não pode agir por si mesmo para sua realização – com ou sem vontade do obrigado: a declaração do próprio interessado de seu próprio direito seria um *flatus vocis*, tornando-se indispensável a certificação que exsurge da autoridade estatal, com o exercício da jurisdição e o acolhimento da demanda”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O Problema da Eficácia da Sentença. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 48).

110 SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 28.

111 NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Op. cit.**, P. 130.

112 *Ibidem*. P. 133.

Aliás, Daniel Francisco Mitidiero igualmente contradita Carlos Alberto Alvaro de Oliveira no tocante à conclusão deste de não se poder exercer o que não se tem, ou seja, a impossibilidade de ser exercida a ação e, ao fim do processo, receber a sentença de improcedência. O Professor Mitidiero esclarece que, na realidade, será exercida a “ação” processual, em virtude da inafastabilidade da jurisdição, enquanto a ação de direito material terá sido afirmada como hipotético e eventual conteúdo daquela “ação”¹¹³.

Relativamente a essa mesma passagem de Carlos Alberto Alvaro, Fábio Cardoso Machado assinala poder alguém alegar, no início do processo, que tem ou que se deva realizar uma ação, mas, na verdade, não a tem, e, por conseguinte, não deve se realizar¹¹⁴. Aliás, é justamente nesse sentido que se fala, tão comumente na prática, em “ação improcedente”.

Ademais, Fábio Cardoso tece comentários em sentido oposto ao pregado por Carlos Alberto Alvaro, o qual, segundo o Professor Cardoso, tem teoria contrária à tendência de aproximação entre o direito material e processual, pois, se a “ação” processual é exclusiva, não está vinculada a direitos. O direito material, nesse contexto, teria a existência condicionada à sentença de procedência, a qual constituiria o direito, não havendo que se falar nele antes dela¹¹⁵. Reflete Fábio Cardoso: “*Como poderia ser o processo um instrumento a serviço do direito material se a própria existência de qualquer direito dependesse da sua constituição por ato do juiz que o fizesse existente?*”¹¹⁶.

Além disso, Daniel Mitidiero afirma que, se admitido que a eficácia da sentença nasça apenas com o provimento jurisdicional final, ficaria a critério do juiz a eficácia a ser dada, independentemente da peculiaridade do direito, da pretensão e da ação afirmadas¹¹⁷. Veríamos, portanto, o processo - instrumento – ditando os efeitos da tutela da ação posta em juízo.

Prossegue Mitidiero apontando confusão entre os planos do direito material e processual na formulação de Guilherme Rizzo Amaral, cuja teoria apenas enxerga, no plano do direito material, a eficácia executiva e mandamental, as quais supõe serem as únicas

113 MITIDIERO, Daniel Francisco. Polêmica sobre a Teoria Dualista da Ação (Ação de Direito Material – “Ação” Processual): uma Resposta a Guilherme Rizzo Amaral. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 132.

114 MACHADO, Fábio Cardoso. **Op. cit.**, P. 151.

115 *Ibidem*. P. 149.

116 *Ibidem*. P. 150.

117 MITIDIERO, Daniel Francisco. **Op. cit.**, P. 136.

realizáveis antes da interferência estatal, devido à vedação à autotutela¹¹⁸. Assim como faz Guilherme Rizzo Amaral, Mitidiero traz exemplo a fim de cristalizar seu entendimento:

Imagine que “A” contrate com “B” a entrega de cinco sacas de arroz em um prazo determinado mediante o pagamento de dada quantia em dinheiro. Pergunta-se: por força do direito material, tem “A” direito e pretensão a que “B” reconheça a existência do negócio jurídico entre ambos? O fato de estar vedada a autotutela interfere na equação do problema? Por força do direito material, tem “A” o direito de resolver o contrato com “B”, acaso esse não venha a adimplir a sua obrigação, já tendo “A” prestado da maneira como fora negociado? O fato de estar vedada a autotutela interfere na equação do problema? Por força do direito material, tem “A” direito e pretensão ao crédito, já tendo prestado a sua parte na obrigação, contra “B”? O fato de estar vedada a autotutela interfere na equação do problema? As perguntas, como se pode facilmente perceber, são auto-explicativas: é evidente que, em todas as situações elencadas, “A” tem um situação de vantagem contra “B” por força do direito material, fato que Guilherme Rizzo Amaral procurou refutar, mas sem, em nossa opinião, lograr êxito. O embaraço de nosso processualista talvez resida no fato de que todas essas ações são essencialmente normativas, só podendo ser pensadas e compreendidas nessa sede¹¹⁹.

Consoante aduz Pedro Henrique Nogueira, embora, na maioria das vezes, haja a impositividade por meio da coação, nem sempre isso ocorrerá, exemplificando com a possibilidade de o sujeito ativo ter a ação, mas não a exercer.¹²⁰ A título de exemplo, podem ter os galhos da árvore do vizinho invadido minha propriedade, momento este que surgirá a ação para mim (vide art. 1.283 do CC), e eu não os corte, estando, logo, sem exercê-la. Enquanto a “ação” processual apenas pode ser exercida através do processo, a ação de direito material é passível de exercício através das vias pessoal, administrativa e judicial¹²¹.

A recíproca também é verdadeira, isto é, pode a pessoa ter direito à ação processual sem a ação (material). O ordenamento jurídico prevê isso constitucionalmente ao garantir que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”* (art. 5º, XXXV, da CF).

Desse modo, quando o juiz decide pela improcedência da demanda, atingindo o mérito, está reconhecendo o direito - subjetivo público - de ação processual do autor, mas, por outro lado, negando a existência de ação. No caso, nas palavras de Ovídio¹²², *“o autor somente exerceu a “ação” processual porque – estando sob a proteção de um Estado juridicamente organizado – tivera “direito” a ser ouvido perante um tribunal”*, o qual apreciará a sua alegação de ter ação material.

118 *Ibidem*. P. 133.

119 *Ibidem*. P. 135/136.

120 NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Op. cit.**, P. 113.

121 DIAS, Maria Berenice. Observações sobre o conceito de pretensão. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_observa%E7%F5es_sobre_o_conceito_de_pretens%E3o.pdf.

Acesso em: 23/04/16.

122 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 186.

As pretensões de direito material, ao serem postas à apreciação do Judiciário, viram expectativas de direito, transfigurando-se do plano da certeza, o “ser”, típico do direito material, para o da dúvida, o “talvez seja”, predominante no processo, por causa da litispendência. Ocorre o desaparecimento da ação de direito material, a qual não pode subsistir no processo, campo da incerteza, figurando-se, agora, como hipótese possível de ser acatada pelo juiz, repetindo: mera expectativa de direito.

O Código Civil atual, em seu art. 195, por exemplo, utiliza o conceito de ação correto, sem se referir ao processo. Vejamos: “*Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição ou não a alegarem oportunamente*”. Neste dispositivo legal, claramente se verifica que a alusão não é feita à “ação” processual, mas sim à de direito material, haja vista estar direcionada contra os assistentes ou representantes legais, não podendo ser confundida com a “ação” processual ou o direito à tutela estatal. Apesar do esforço doutrinário em imiscuir a ação material na processual, não se pode negar que o texto de lei do Código Civil vigente utiliza o conceito de ação material, tão caro a nossa tradição, em vários dispositivos¹²³, conquanto o empregue em sentido processual em outros.

Além de todo o exposto, compartilhamos com o que conclui Pedro Henrique Nogueira: “*a necessária relação existente entre o direito fundamental à jurisdição e o processo não elimina, antes requer, uma ligação com o direito material, sobretudo se não perdermos de vista o caráter instrumental das normas jurídicas processuais*”¹²⁴.

Nesse contexto, nota-se que há nítida dificuldade da doutrina processual em admitir a instrumentalidade do processo, extrapolando-se os limites da estabelecida autonomia do direito processual em face do material ao intentar estabelecer absoluta independência deste em relação àquele.

Por fim, Leonardo Santana de Abreu, em relação à opinião de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que supõe a incompatibilidade entre a ação de direito material e a complexidade das tutelas do ordenamento jurídico atual (p. ex., demandas abstratas de constitucionalidade e tutela de direitos difusos e coletivos), dispõe:

No caso dos direitos difusos, a ação material justamente refere-se ao direito difuso da coletividade; se, v.g., o Ministério Público ingressa com uma ação civil pública em favor do meio ambiente para impor determinado reflorestamento, o direito difuso da coletividade: se, v.g., o Ministério Público ingressa com uma ação civil pública em favor do meio ambiente para impor determinado reflorestamento, o direito difuso

123 Outro exemplo de utilização correta: *Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais: I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;*

124 NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Op. cit.**, P. 158.

da coletividade ao meio ambiente preservado e a respectiva pretensão e ação material foram afirmados por meio da “ação” processual, no caso, a ação civil pública. Além disso, importante salientar que a defesa da tese da ação material não pressupõe nem mesmo a sua presença em todas as situações concretas, como também o direito subjetivo pode não estar presente. No caso da ação direta de inconstitucionalidade ou da ação declaratória de constitucionalidade, v. g., tem-se o exercício de uma “ação” processual sem relação direta com algum direito subjetivo e, justamente por essa razão, também inexistente ação material¹²⁵⁻¹²⁶.

2.2.2. Análise crítica da Teoria da Tutela dos Direitos de Marinoni

A teoria elaborada por Marinoni é criticada por alguns doutrinadores, cabendo-nos expor a censura feita por eles, a fim de propiciar maior diálogo entre as ideias, para assim, chegar a uma conclusão adequada.

Hermes Zaneti Junior diz que, caso seja aceita a teoria da tutela dos direitos sem as reservas necessárias, “*resultaria retirar a validade da afirmação de que a iniciativa do processo judicial se coloca nele mesmo, no senso de que é a sua característica juspublicística que governa o seu desenvolvimento (em contraditório) e o provimento de mérito*”¹²⁷. Segundo o mesmo, a teoria de Marinoni tem importância inegável por separar a tutela dos direitos da técnica processual, contudo não chega a atingir a realidade fática do processo¹²⁸.

Segundo Pedro Henrique Nogueira, a adoção dessa teoria traz como consequência a mesma de tantas outras concepções similares: “*o inconveniente de fazer alusão ao direito a um julgamento favorável*”¹²⁹. Não vê, assim, vantagem na utilização da expressão tutela jurisdicional dos direitos no lugar de ação de direito material.

Ovídio Baptista, na mesma linha de Pedro Henrique, tece críticas à teoria de Marinoni. Primeiramente, considera que a “ação” adequada à tutela dos direitos, proposta por Marinoni, seria como uma “ação procedente” - concreta - cujo conteúdo seria dado pelo processo. Ademais, aponta lacuna na teoria por não afirmar quem seria responsável por preencher tal conteúdo dessas ações processuais concretas, se o autor na inicial ou o juiz na

125 ABREU, Leonardo Santana de. **Op. cit.**, P. 136.

126 Nesse sentido, Pedro Henrique Nogueira: “*Quando o Ministério Público propõe “ação” civil pública visando obter reflorestamento de área desmatada, e obtém, efetivamente, o provimento judicial solicitado (a obrigação de fazer é adimplida pelo infrator), tem-se a satisfação do direito difuso de toda a coletividade. A ação (direito material) para impor o reflorestamento foi exercida através da “ação” civil pública e os direitos difusos que haviam sido lesados foram satisfeitos*” (NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Op. cit.**, P. 137.). E: “*No âmbito da jurisdição constitucional exercida através dos chamados “processos objetivos”, têm-se “ações” processuais (v.g. ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade) sem haver relação imediata com algum direito subjetivo e muito menos com alguma ação de direito material*” (*Ibidem*. P. 135.).

127 ZANETI JUNIOR, Hermes. **Op. cit.**, P. 179.

128 *Idem*.

129 NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Op. cit.**, P. 137.

sentença, concluindo: “*teríamos uma ação abstrata e inúmeras ações concretas que, mesmo assim, não seriam expressões das respectivas pretensões de direito material*”¹³⁰.

José Maria Tesheiner e Rennan Thamay expõem contradição no aludido pensamento, vez que não é possível a ação ser direito a efetiva tutela jurisdicional de direito inexistente, e, “*sendo a ação abstrata, podendo, pois, provocar um juízo de improcedência, como se lhe poderia acrescentar o plus da adequação à tutela de um direito material inexistente?*”¹³¹.

Na verdade, não discordamos da teoria da tutela dos direitos. Ela, bem vistas as coisas, parte de uma outra perspectiva, que omite a alusão à ação material, mas não a nega. Realmente, é plenamente possível falar nas várias formas de tutela dos direitos – aliás, mais do que isso, é funcionalmente relevante o uso dessa ótica para dar solução a vários problemas – e, simultaneamente, em ação material. Uma coisa não nega a outra, na verdade, elas se complementam.

Trabalhar com as formas de tutelas do direito e ação de direito material conjuntamente contribui para a efetiva proteção ao direito subjetivo material através da técnica processual mais adequada, auxiliando na adequação entre as formas de tutelas do direito, a ação de direito material e a tutela jurisdicional realizada. Tratam-se, portanto, de conceitos distintos, mas que, se utilizados cientificamente e pragmaticamente da maneira correta, ajudam no cumprimento de um dos escopos do processo, enquanto instrumento que é, a efetivação do direito material.

3. AÇÃO MATERIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1. Arremate – a justificativa científica

Não merecem prosperar as teses dos que negam a ação de direito material baseados na sua abstração e pouca função pragmática. Institutos feito o direito subjetivo, a pretensão e a ação não são tão fáceis de visualizar na *práxis* jurídica, contudo isso não os torna inexistentes, são ficções necessárias para a compreensão da fenomenologia do direito.

A grande dificuldade apresentada acontece justamente por estar cada vez menos se fazendo ciência jurídica, predominando os estudos práticos, notavelmente no campo da ciência processual, a qual tem sua produção acadêmica paulatinamente voltada aos estudos dos casos concretos. A ciência é pretensamente descritiva e, se pretende-se fazer ciência jurídica, é necessário utilizar-se da descrição.

130 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 218.

131 TESHEINER, José Maria; THAMAY, Rennan Faria Kruger. **Op. cit.**, P. 146.

Atualmente a maior parte dos estudos jurídicos são realizados por práticos, não por teóricos, ignorando conceitos jurídicos fundamentais, o que traz, conseqüentemente, prejuízos não somente para a ciência do Direito, também para a própria prática jurídica. É necessário ler mais teóricos como Pontes de Miranda.

Afora isso, há realmente função pragmática no uso da ação de direito material. A efetividade do processo como instrumento apto à realização do direito material depende da efetivação da ação material alegada. Além disso, o resultado prático do agir privado (ação) e do público (tutela jurisdicional) será o mesmo, devendo, inclusive, a sentença manter essa correlação, senão estará o juiz passando dos limites do pleiteado pelo autor. Mudar-se-á o agente, consoante demonstra Ovídio no seguinte exemplo:

Vamos a um exemplo, que poderá ser multiplicado aos milhares: vencida a locação, o inquilino recusa-se a restituir o imóvel locado. O locador não vacila, contrata três ou quatro auxiliares e promove o despejo, lançando na rua os móveis do locatário. Esta seria uma autêntica “ação de direito material”, certamente vedada pelo direito moderno. A alternativa será pedir que o juiz promova o despejo (“exerça a ação”) expedindo o respectivo mandado, a fim de que os oficiais de justiça, em seu nome, “ajam despejando”¹³².

Em síntese, sem adequar a tutela jurisdicional final à ação de direito material não se estará diante de processo efetivo.

Pode-se notar julgados, inclusive, que fazem uso do conceito para outras finalidades práticas, destacando-se:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PORTARIA Nº 239/2002 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. COMPENSAÇÃO NAS VERBAS DE FUNDEF DEVIDAS AOS AUTORES, MUNICÍPIOS DO ESTADO DE ALAGOAS. REALIZAÇÃO DO PRETENSO DIREITO DA UNIÃO (QUE TERIA FEITO PAGAMENTO EXCESSIVO ANTERIORMENTE) POR MEIO DE AUTOTUTELA, A QUAL ATENTA CONTRA A PREVISIBILIDADE INERENTE AO REGIME ORÇAMENTÁRIO DOS ENTES PÚBLICOS, MILITANDO, AINDA MAIS, EM DESFAVOR DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE. PROVIMENTO DA APELAÇÃO DOS AUTORES. 1. É incontroverso nos autos, a partir dos vários arrazoados colacionados pelos litigantes, que o Poder Executivo Federal, louvado na Portaria nº 239/2002 do Ministério da Fazenda, findou realizando compensação nas verbas do FUNDEF que são devidas aos autores da ação, municípios do Estado de Alagoas; 2. A providência teria se fundado na constatação de que houvera pagamento a maior em determinando exercício, circunstância supostamente verificada pelo Ministério da Fazenda, e daí que a União, no exercício seguinte, cuidara de realizar, por meio de autotutela, o que supunha ser crédito seu, gerando a subtração de R\$ 11.236,00 em relação às quantias devidas ao município de Messias, e de R\$ 35.966,83 concernentemente ao de Junqueiro; 3. Para a sentença, de nada adiantaria reconhecer indevida a forma de realização do direito da União para, em seguida, sujeitá-la à necessária propositura de executivo fiscal tendente ao mesmo fim; a medida, ao cabo, teria cunho limitadamente contábil (mera "movimentação de caixa"), de modo a restar esvaziada de "utilidade" (interesse de agir), donde, finalmente, a extinção do processo sem resolução do mérito, com fulcro no CPC, Art. 267, VI; 4. Ao contrário, porém, do

132 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 65.

pontuado pelo juízo planicial, não parece correta a realização do suposto crédito da União na forma praticada, ou seja, por meio de **compensação a qual, significando a prática de autotutela de direitos, representa uma ação de direito material** colidente com valores constitucionais intransponíveis: de um lado, não permitiu, aos demandantes, o exercício do contraditório e da ampla defesa no bojo de um processo administrativo que se tivesse levado a efeito (e aí a dúvida sobre o acerto ou desacerto da premissa concernente a um primeiro pagamento feito a maior); de outro, que o regime orçamentário estabelecido no Texto Constitucional sugere, para o Poder Público, a adoção de critérios de previsibilidade mais acentuados que aqueles normalmente cogitados para os particulares, como exige o princípio da continuidade do serviço público; 5. À vista de ser, este, processo em que o único debate remanescente é jurídico (como se percebe), justifica-se, superada a preliminar acolhida em primeiro grau, a aplicação da norma contida no CPC, Art. 515, parágrafo 3º, donde o provimento do apelo com o imediato reconhecimento da procedência dos pedidos autorais, o que ora se faz; 6. Vencida a Fazenda Pública, são fixados honorários advocatícios sucumbenciais, nos termos do CPC, Art. 20, parágrafo 4º, em equitativos R\$ 2.000,00 (dois mil reais); 7. Apelação, nestes termos,

provida.
(AC 20078000059389, Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data::29/03/2011 - Página::201 - grifamos)

Percebe-se, nesse primeiro julgado, o reconhecimento pelo Tribunal da existência da ação material na compensação tributária, apesar de ser proibida no caso em específico. Ou seja, corretamente o TRF da 5ª Região compreende subsistir a ação de direito material não obstante a regra da vedação à autotutela pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Vejamos outra aplicação pela jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE PENSÃO ESPECIAL À FILHA DE EX-COMBATENTE. PRESCRIÇÃO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. INVALIDEZ POSTERIOR. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. - A disposição constante no art. 53, II, do ADCT estabelece que a pensão especial de ex-combatente poderá ser requerida a qualquer tempo, permitindo-se concluir pela imprescritibilidade do fundo de direito. - **Com o indeferimento do pedido pela Administração Pública, surgiu a ação de direito material e sua respectiva pretensão uma vez configurada a lesão ao direito subjetivo da parte.** Assim, não merece reparos a sentença quanto a fixação do termo inicial do benefício eventualmente devido à data do requerimento administrativo (22/09/1999). - A jurisprudência vem afirmando que a norma aplicável para a concessão de pensão à filha de ex-combatente é aquela vigente à época do óbito de seu instituidor, ou seja, do falecimento do ex-combatente, tornando-se irrelevante a data do requerimento administrativo ou do falecimento de sua mãe. Precedentes - In casu, o ato administrativo de indeferimento da concessão do benefício de pensão especial fundou-se na circunstância de ser a autora maior de 21 anos e casada. Ora, em verdade, não é esta a realidade da apelada que, embora realmente tenha mais de 21 anos, eis que nascida em 16/08/1947 (fls.18), é viúva (fls. 17), situação que, na prática, se assemelha ao estado civil de solteira. - Assim, tendo em vista que o indeferimento do benefício está fundamentado em motivo inexistente, resulta a invalidez do ato administrativo ora impugnado. Observe-se que a invalidez da autora restou reconhecida pela própria Marinha no Termo de Inspeção de Saúde expedido pelo Ministério da Marinha, em 24/08/99 (fl.35). - Resta, pois, identificado o enquadramento da autora como dependente de ex-combatente, conforme exige o art. 5º, III, da Lei nº8.059/90. - Apelação e remessa oficial improvidas. (AC 200071000195563, VÂNIA HACK DE ALMEIDA, TRF4 - TERCEIRA TURMA, DJ 03/05/2006 PÁGINA: 507 - grifamos)

In casu, o indeferimento do pedido de pensão para a Administração Pública foi negado, nascendo, por decorrência, a ação de direito material, haja vista a violação ao direito subjetivo da parte e a negativa de cumprimento voluntário da obrigação.

Expomos as referências de mais alguns julgados que trabalham com o instituto da ação de direito material: AI 00083737320154030000, Desembargador Federal Hélio Nogueira, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/02/2016¹³³; AC 200170000366890, Luiz Carlos De Castro Lugon, TRF4 - TERCEIRA TURMA, DJ 05/11/2003¹³⁴; AC 199904011247765, Luiz Carlos De Castro Lugon, TRF4 - SEXTA TURMA, DJ 11/04/2001¹³⁵; AC 9002201036, Desembargador Federal D'Andrea Ferreira,

133 AGRADO DE INSTRUMENTO. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR. CONCESSÃO DE PRAZO PARA CONCLUSÃO DOS TRABALHOS DE DEMARCAÇÃO SOB PENA DE MULTA DIÁRIA. EXIGUIDADE. NECESSIDADE DE REFORMA. AGRADO PROVIDO. 1. **Configurada juridicamente como posse peculiar, dada sua conformação jurídico-constitucional no direito brasileiro, a posse indígena merece proteção como estado de fato (ius possessionis) e como pretensão, ação de direito material e direito à posse (ius possidendi).** 2. Compete à União Federal demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, bem como proteger e fazer respeitar todos os seus bens, conforme norma prevista no art. 231 da Constituição Federal. No entanto, a demarcação das terras indígenas, conforme disposto no Decreto n. 1.775/96, deverá ser precedida de trabalho de identificação da área, ou seja, trabalho que antecede o processo de demarcação das terras indígenas, sob iniciativa e orientação do órgão federal de assistência ao índio (FUNAI). 3. Na singularidade do caso, o prazo de 6 (seis) meses, concedido pela decisão hostilizada, para que a FUNAI promovesse a conclusão dos trabalhos de identificação da área reivindicada pelos índios Terena em Santa Rita do Pardo - MS, e apresentasse, no processo administrativo próprio, o relatório circunstanciado previsto no Decreto nº 1.775/96 (art. 2º §6º), afigura-se, numa primeira aproximação, excessivamente exíguo para seu cabal cumprimento, levando em conta a complexidade do processo demarcatório e o número efetivamente reduzido de técnicos habilitados para a realização do trabalho. 4. Não obstante a falta de recursos financeiros e materiais, vem procurando dar andamento aos trabalhos para a demarcação das terras indígenas, não apenas na região de Santa Rita do Pardo, mas em todo o Estado do Mato Grosso do Sul, tendo inclusive, já sido firmados Termos de Ajustamento de Conduta com o MPF para conclusão dos trabalhos, afluindo, portanto, desproporcional, nesse contexto, o prazo de 6 (seis) meses para que se conclua o relatório referente ao presente processo. 5. Agravo de instrumento provido. (AI 00083737320154030000, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/02/2016 - grifamos)

134 ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESPECIAL. EX-COMBATENTE. ART. 53 DO ADCT. LEI Nº 8.059/90. REVERSÃO. PAGAMENTO. DATA INICIAL. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. ÓBITO. PRESCRIÇÃO. 1. A pensão especial, revertida aos dependentes em face do óbito do ex-combatente, é devida desde o evento morte do instituidor, e não do requerimento administrativo. **2. Nascida a pretensão, o segurado tem a ação de direito material e de direito processual; as duas relações, todavia, não se confundem.** Assim, se houve prévio requerimento na via administrativa, a prescrição deve ser contada a partir da data em que a Administração indeferiu o pedido; se não houve, aí sim, conta-se a prescrição a partir do ajuizamento da ação. (AC 200170000366890, LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON, TRF4 - TERCEIRA TURMA, DJ 05/11/2003 PÁGINA: 866 - grifamos)

135 PREVIDENCIÁRIO. VALORES PAGOS COM ATRASO NA VIA ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DIES A QUO. 1. Incide correção monetária sobre os valores pagos com atraso, na via administrativa, a título de vencimento, remuneração, provento, soldo, pensão ou benefício previdenciário, face à sua natureza alimentar. **2. É a partir do expresse indeferimento da Administração que surge a ação de direito material, demarcando o dies a quo para a contagem da prescrição.** Se não houve o prévio requerimento administrativo, aí sim; conta-se a prescrição a partir do ajuizamento da ação. (AC 199904011247765, LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON, TRF4 - SEXTA TURMA, DJ 11/04/2001 - grifamos)

TRF2 - SEGUNDA TURMA¹³⁶; TJ/RS , AC 70004303020, Relator Desembargador Genaro José Baroni Borges, DJ 15/09/2004¹³⁷.

3.2. A supressão das condições da ação como categoria

Antes de mais nada, devemos criticar a nomenclatura “condições da ação” por serem referentes ao processo. O termo correto, na realidade, seria condições para o julgamento do mérito do processo, por dois motivos: a) como visto, ação não se confunde com a “ação” processual ou o remédio jurídico processual; b) ainda que fossem condições da “ação” processual, a pretensão à tutela jurídica, de acordo com o exposto nos capítulos precedentes, exerce-se independentemente do resultado do julgamento.

O CPC-73 adotava expressamente as condições da ação, muito influenciado pelas ideias de Liebman, principal responsável pela propagação do termo “condições da ação” no ordenamento jurídico brasileiro. Tal poderia ser conferido na redação dos arts. 267, IV e 301, X, do CPC-73, que, respectivamente, utilizavam o termo “condições da ação” e “carência de ação”¹³⁸.

Entretanto, não estavam os citados dispositivos imunes às críticas da doutrina, que recebiam ataques devido a serem consideradas sitas em região intermediária entre questões de mérito e de admissibilidade. Ora, ou a questão é de mérito ou de admissibilidade, não sendo cabível a criação de uma terceira zona. Inclusive, a adoção do binômio não implicaria no

136 PROCESSUAL CIVIL. CARENIA DE AÇÃO DECRETADA EM SENTENÇA FINAL, EM PROCESSO QUE ENVOLVE INTRINCADA MATERIA DE DIREITO. IMPERTINENCIA. CASSAÇÃO DA DECISÃO, PARA QUE SEJA JULGADO O MERITO. VINCULAÇÃO ESTREITA ENTRE O DIREITO MATERIAL E O DIREITO PROCESSUAL NO TOCANTE A DIFERENÇA ENTRE CARENIA DE AÇÃO E O MERITO, COM JULGAMENTO DA PROCEDENCIA OU IMPROCEDENCIA DO PEDIDO. NA APRECIACÃO DA PRIMEIRA, O JUIZ AFERE SE A SITUAÇÃO JURIDICA DE DIREITO MATERIAL INVOCADA ENSEJA A SEU TITULAR A PROPOSITURA DAQUELA ESPECIE DE AÇÃO. EXEMPLIFICAÇÃO DOS TOPICOS DE INTER-RELACIONAMENTO, NAS NOÇÕES DE SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL (ART. 6 DO CPC), IMPOSSIBILIDADE JURIDICA DO PEDIDO (ART. 267, VI); E, NO PROCESSO PENAL, DE ABSOLVIÇÃO DO REU, NO CASO DO ART. 386, VI, DO CPP. **A AÇÃO DE DIREITO PROCESSUAL E O VEICULO DE EFETIVAÇÃO DA PRETENSÃO DA AÇÃO DE DIREITO MATERIAL.** (AC 9002201036, Desembargador Federal D'ANDREA FERREIRA, TRF2 - SEGUNDA TURMA - grifamos)

137 **APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INTEMPESTIVIDADE.**

I – Nas execuções fiscais, extingue-se em 30 dias o prazo para oposição de embargos, contado da intimação da penhora (art. 16, III da Lei 6.830/80).

II – Mesmo que recebidos os Embargos, não fica o órgão judiciário impedido de rejeitá-los posteriormente.

III – Não opostos embargos ou opostos a destempo, extingue-se apenas a oposição à execução no sentido de remédio processual, subsistindo a ação de direito material, que desenganadamente autoriza, sem determinar empecilhos ao processo executivo, a ação porventura cabível.

Apelo desprovido.

138 Art. 267. *Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:*

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

Art. 301. *Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:*

IX - carência de ação;

desaparecimento das “condições da ação”, tornando-se as questões assim denominadas de mérito ou de admissibilidade – como sempre deveria ser¹³⁹.

A “condição da ação” mais suscetível de críticas sempre foi a “possibilidade jurídica do pedido”, devido à dificuldade de diferenciá-la da decisão de mérito que julga improcedente o pedido. Por conseguinte, o novo Código de Processo Civil suprimiu a alusão à “possibilidade jurídica do pedido” da classe “condições da ação”. Além disso, o NCPC acertadamente retira a alcunha “condições da ação” sem a substituir por outra, apenas referindo-se ao interesse processual e à legitimidade individualmente no seu art. 17¹⁴⁰, os quais, se ausentes, acarretarão a inadmissibilidade, conforme art. 485¹⁴¹.

Embora o NCPC tenha aparentemente atendido às críticas doutrinárias, insurgiu nova polêmica envolvendo Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara, contando com a intervenção de Leonardo Carneiro da Cunha.

De um lado, Didier, com o qual concordamos, aduz que, diante da omissão legislativa da “possibilidade jurídica do pedido”, os antes chamados casos de “impossibilidade jurídica do pedido” deslocam-se da sentença por carência de ação para a improcedência liminar do pedido, tratando-se de mérito propriamente dito. Referentemente ao interesse de agir e à legitimidade *ad causam*, devido à supressão da nomenclatura “condições da ação” no NCPC, em sua opinião, passariam a ser considerados pressupostos processuais de validade, sendo o primeiro objetivo extrínseco e o segundo subjetivo. Ressalva ainda estar se falando da legitimidade extraordinária, pois a ordinária é questão de mérito¹⁴².

Subsequentemente, Alexandre Freitas Câmara publica artigo discordando de Didier. Em sua exposição, expõe ser a impossibilidade jurídica do pedido ligada à falta de interesse de agir, dizendo que “*aquele que vai a juízo em busca de algo proibido aprioristicamente pelo ordenamento jurídico postula, a rigor, uma providência jurisdicional que não lhe pode trazer qualquer utilidade*”¹⁴³.

Freitas Câmara, no tocante à abolição da categoria “condições da ação”, apesar da supressão do nome no NCPC, aduz não ter acabado, tampouco sido acoplada aos pressupostos

139 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. P. 305.

140 Art. 17. *Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.*

141 Art. 485. *O juiz não resolverá o mérito quando:*

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

142 DIDIER JR., Fredie. **Op. cit.**, P. 306. E também: DIDIER Jr., Fredie. “Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, v. 197, P. 255-260.

143 CÂMARA, Alexandre Freitas. “Será o fim da categoria ‘condição da ação’? Uma resposta a Fredie Didier Junior”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, julho 2011, v. 197, P. 263.

processuais, diferenciando destes por se referir à “ação”, enquanto aqueles dizem respeito ao processo¹⁴⁴.

Leonardo Carneiro da Cunha concorda com Didier, expressando não se confundir a possibilidade jurídica do pedido com o interesse de agir, já que pode o provimento jurisdicional ser juridicamente impossível e ter utilidade e necessidade, restando, assim, os casos de impossibilidade jurídica do pedido nas sentenças de improcedência. Compartilha do mesmo entendimento de Didier também na conclusão de o NCPC acabar com as “condições da ação” e tornar o interesse e a legitimidade extraordinária pressupostos processuais¹⁴⁵.

3.3. O uso do termo ação em seu sentido material no novo Código de Processo Civil

O novo Código de Processo Civil traz em dispositivos a ação de direito material, ainda que os legisladores não tenham notado e grande parte dos juristas tampouco notará quando se utilizar deles.

Um dos que trazem esse conceito é o art. 20 do NCPC, que assim dispõe: “*É admissível a ação meramente declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito*”.

Utilizo-me de explicação de Ovídio para mostrar que o conceito trabalhado no dispositivo é o de ação de direito material. Segundo o doutrinador gaúcho, para a maioria dos pensadores, na “ação” declaratória, assim como na constitutiva e condenatória, não se visa a nenhuma atividade do Estado ou do obrigado, inexistindo ato que alcance o mundo empírico, localizando-se apenas no mundo das ideias ou normativo, porque a atividade do juiz se restringirá a dizer o direito¹⁴⁶. Ainda explica que, para os processualistas, o “direito positivo” que gera as ações é o processual, por exemplo, a sentença que anula contrato seria constitutiva porque o direito processual assim o quer¹⁴⁷. Em suma, alegam que será o direito processual que irá ditar a eficácia da sentença.

Ovídio contesta essas considerações afirmando que não vislumbram os processualistas “*que possa haver ligação entre as eficácias expressas nas sentenças de procedência e as respectivas pretensões de direito material que o processo recebe como um “dado”, como um pressuposto, sobre o qual terá de operar*”. A ação declaratória já vai existir

144 *Ibidem*. P. 261-269.

145 CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, agosto 2011, v. 198, P. 227-235.

146 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Direito Material e Processo*. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 57.

147 *Ibidem*. P. 68.

antes do processo e será alegada nele para ser ou não confirmada pela sentença, tal qual o direito subjetivo¹⁴⁸. Nesse contexto, questionamos: o fato de o direito subjetivo tornar-se alegação no processo a ser reconhecida ou não pela sentença o torna inexistente?

Reflete Ovídio: “*Como poderiam indagar os que negam a existência das “ações de direito material”, ver-se nas ações declaratórias e constitutivas, uma ação (um agir), seja do obrigado seja do juiz?*”¹⁴⁹⁻¹⁵⁰.

Transpondo o raciocínio para cá, nota-se que o art. 20 do NCPC diz respeito à ação declaratória, cuja natureza é de direito material.

Ainda se tem a ação de direito material no art. 53, I do NCPC, assim descrito:

Art. 53. É competente o foro:

I - para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável:

Nota-se a qualificação da ação como de divórcio, ou seja, está qualificada de acordo com o direito material, sendo o divórcio o direito subjetivo material da parte cuja ação é alegada no processo. Deve-se recordar que a “ação” processual é abstrata e autônoma, não podendo ser qualificada de acordo com o direito material, ao contrário da ação de direito material. Do mesmo modo, se pensa em relação, dentre outros, aos arts. 46, 47, *caput* e § 2º, 53, II, III, a, d, f, IV e V, 73, 85, §9º, 105, 122, 246, §3º, 292, I, II, III, IV, V, VI, VII e VIII, 323, 491, 497, 498, 501, 539, §3º, 554, 557, 561, IV, 569, I e II, 581, parágrafo único, 599, *caput* e § 2º, 693, parágrafo único, 700, *caput* e § 6º e 7º, 702, §6º, 741, § 4º, 792, I, todos do NCPC¹⁵¹.

148 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 229.

149 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Direito Material e Processo*. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 57.

150 *Ad argumentandum tantum*, Ovídio observa que, embora seja admitido o pensamento de ser possível que as pretensões declaratórias e constitutivas somente possam ocorrer dentro do processo, não há impeditivo para sua existência no âmbito extraprocessual (*Ibidem*. P. 68).

151 Art. 46. *A ação fundada em direito pessoal ou em direito real sobre bens móveis será proposta, em regra, no foro de domicílio do réu.*

Art. 47. *Para as ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro de situação da coisa.*

§ 2º *A ação possessória imobiliária será proposta no foro de situação da coisa, cujo juízo tem competência absoluta.*

Art. 53. *É competente o foro:*

I - para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável:

(...)

II - de domicílio ou residência do alimentando, para a ação em que se pedem alimentos;

III - do lugar:

a) onde está a sede, para a ação em que for ré pessoa jurídica;

(...)

c) onde exerce suas atividades, para a ação em que for ré sociedade ou associação sem personalidade jurídica;

d) onde a obrigação deve ser satisfeita, para a ação em que se lhe exigir o cumprimento;

(...)

f) da sede da serventia notarial ou de registro, para a ação de reparação de dano por ato praticado em razão do ofício;

IV - do lugar do ato ou fato para a ação:

a) de reparação de dano;

b) em que for réu administrador ou gestor de negócios alheios;

V - de domicílio do autor ou do local do fato, para a ação de reparação de dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, inclusive aeronaves.

Art. 73. O cônjuge necessitará do consentimento do outro para propor ação que verse sobre direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens.

Art. 85, § 9º: Na ação de indenização por ato ilícito contra pessoa, o percentual de honorários incidirá sobre a soma das prestações vencidas acrescida de 12 (doze) prestações vincendas.

Art. 105. A procuração geral para o foro, outorgada por instrumento público ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, exceto receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica, que devem constar de cláusula específica.

Art. 122. A assistência simples não obsta a que a parte principal reconheça a procedência do pedido, desista da ação, renuncie ao direito sobre o que se funda a ação ou transija sobre direitos controvertidos.

Art. 539, § 3º: Na ação de usucapião de imóvel, os confinantes serão citados pessoalmente, exceto quando tiver por objeto unidade autônoma de prédio em condomínio, caso em que tal citação é dispensada.

Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será:

I - na ação de cobrança de dívida, a soma monetariamente corrigida do principal, dos juros de mora vencidos e de outras penalidades, se houver, até a data de propositura da ação;

II - na ação que tiver por objeto a existência, a validade, o cumprimento, a modificação, a resolução, a rescisão ou a rescisão de ato jurídico, o valor do ato ou o de sua parte controvertida;

III - na ação de alimentos, a soma de 12 (doze) prestações mensais pedidas pelo autor;

IV - na ação de divisão, de demarcação e de reivindicação, o valor de avaliação da área ou do bem objeto do pedido;

V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido;

VI - na ação em que há cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles;

VII - na ação em que os pedidos são alternativos, o de maior valor;

VIII - na ação em que houver pedido subsidiário, o valor do pedido principal.

Art. 323. Na ação que tiver por objeto cumprimento de obrigação em prestações sucessivas, essas serão consideradas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor, e serão incluídas na condenação, enquanto durar a obrigação, se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las.

Art. 491. Na ação relativa à obrigação de pagar quantia, ainda que formulado pedido genérico, a decisão definirá desde logo a extensão da obrigação, o índice de correção monetária, a taxa de juros, o termo inicial de ambos e a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso, salvo quando:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Art. 498. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

Art. 501. Na ação que tenha por objeto a emissão de declaração de vontade, a sentença que julgar procedente o pedido, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.

539, § 3º: Ocorrendo a recusa, manifestada por escrito ao estabelecimento bancário, poderá ser proposta, dentro de 1 (um) mês, a ação de consignação, instruindo-se a inicial com a prova do depósito e da recusa.

Art. 554. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos estejam provados.

Art. 557. Na pendência de ação possessória é vedado, tanto ao autor quanto ao réu, propor ação de reconhecimento do domínio, exceto se a pretensão for deduzida em face de terceira pessoa.

Art. 561, IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração.

Art. 569. Cabe:

I - ao proprietário a ação de demarcação, para obrigar o seu confinante a estrear os respectivos prédios, fixando-se novos limites entre eles ou aviventando-se os já apagados;

Igualmente o § 5º do art. 968 do NCPC utiliza-se da ação de direito material, apresentando o seguinte teor:

§ 5º Reconhecida a incompetência do tribunal para julgar a ação rescisória, o autor será intimado para emendar a petição inicial, a fim de adequar o objeto da ação rescisória, quando a decisão apontada como rescindenda:

Nesse dispositivo fala-se em julgamento da ação, o que nos leva a concluir estar se referindo à ação de direito material. Isto porque a “ação” processual é abstrata, sem conteúdo, acarretando a impossibilidade de julgamento do seu mérito. Ovídio já abordava a questão dizendo ser absurdo supor que o juiz julgue o mérito de instituto abstrato, tal qual a “ação” processual, algo que alega que apenas seria possível se a sentença de procedência fosse “menos abstrata” do que a de improcedência¹⁵².

Essa argumentação também se aplica aos arts. 25, 572, §2º e 627, §3º, do NCPC¹⁵³.

Outra visualização da ação de direito material no NCPC encontra-se no § 1º do art. 242, de seguinte conteúdo: “*Na ausência do citando, a citação será feita na pessoa de seu*

II - ao condômino a ação de divisão, para obrigar os demais consortes a estrear os quinhões.

Art. 581. Parágrafo único. A sentença proferida na ação demarcatória determinará a restituição da área invadida, se houver, declarando o domínio ou a posse do prejudicado, ou ambos.

Art. 599. A ação de dissolução parcial de sociedade pode ter por objeto:

(...)

§ 2º A ação de dissolução parcial de sociedade pode ter também por objeto a sociedade anônima de capital fechado quando demonstrado, por acionista ou acionistas que representem cinco por cento ou mais do capital social, que não pode preencher o seu fim.

Art. 693. Parágrafo único. A ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições deste Capítulo.

Art. 700. A ação monitória pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir do devedor capaz:

(...)

§ 6º É admissível ação monitória em face da Fazenda Pública.

§ 7º Na ação monitória, admite-se citação por qualquer dos meios permitidos para o procedimento comum.

Art. 702, § 6º: Na ação monitória admite-se a reconvenção, sendo vedado o oferecimento de reconvenção à reconvenção.

Art. 741, § 4º: Os credores da herança poderão habilitar-se como nos inventários ou propor a ação de cobrança.

Art. 792, I: quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;

152 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 229.

153 Art. 25. *Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação.*

Art. 572, § 2º: Neste último caso, a sentença que julga procedente a ação, condenando a restituir os terrenos ou a pagar a indenização, valerá como título executivo em favor dos quinhoeiros para haverem dos outros condôminos que forem parte na divisão ou de seus sucessores a título universal, na proporção que lhes tocar, a composição pecuniária do desfalque sofrido.

Art. 627, § 3º: Verificando que a disputa sobre a qualidade de herdeiro a que alude o inciso III demanda produção de provas que não a documental, o juiz remeterá a parte às vias ordinárias e sobrestará, até o julgamento da ação, a entrega do quinhão que na partilha couber ao herdeiro admitido.

mandatário, administrador, preposto ou gerente, quando a ação se originar de atos por eles praticados”. A explicação está em ser a ação de direito material que se origina de fatos, no caso, dos atos praticados pelo mandatário, administrador, preposto ou gerente. Conforme já visto, a ação surge do não cumprimento voluntário da obrigação pelo obrigado, transformando a exigibilidade (pretensão) em impositividade (ação), a qual será alegada em juízo se vedada a utilização da justiça de mão própria.

Diante de todo o exposto, conclui-se que o conceito de ação de direito material está maciçamente presente no Novo Código de Processo Civil, tal qual estava no Código de Processo Civil de 1973, ainda que ignorado pela maioria da doutrina e jurisprudência. Portanto, é fundamental tanto para os cientistas quanto para os práticos do direito laborar com o instituto cuja presença no ordenamento jurídico brasileiro perdurará até que se encontre teoria capaz de substituí-lo, pois removê-lo criaria uma lacuna na fenomenologia jurídica.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, podem-se extrair as seguintes conclusões:

- a) A *actio* romana foi mal compreendida e ainda é devido à dificuldade em entender o ordenamento jurídico romano como um todo. Há discordâncias sobre seu conceito, mas é certo que “ação” processual não significa.
- b) O estudo da teoria da ação se estende por séculos, gerando grandes polêmicas tal qual a entre Muther e Windscheid, aparecendo como principal teórico do tema no Brasil Pontes de Miranda.
- c) Os conceitos de direito subjetivo e pretensão são fundamentais para a construção de qualquer teoria da ação.
- d) O nome “ação” é dado a muitos institutos distintos, a exemplo de: a) ação de direito material; b) direito de ir a juízo; e c) instrumento jurídico processual.
- e) A “ação” processual difere-se do remédio jurídico processual, sendo este a forma de exercício da “ação” processual.
- f) Os autores que negam a ação de direito material baseiam-se principalmente em três fundamentos: absorção pelo direito de “ação” processual, irrelevância pragmática ou condicionam a sua existência aos casos de sentença de procedência.
- g) Marinoni constrói teoria que alega a convivência de outras formas de tutela pelo Estado para a proteção de direitos fundamentais, da qual não discordamos e acreditamos ser passível de convivência com a ação de direito material.
- h) Embora seja vedada a autotutela e o Estado monopolize o exercício da jurisdição, a ação de direito material existe independentemente do seu ingresso em juízo. A vedação à autotutela não exclui a ação de direito material do ordenamento jurídico. O monopólio da jurisdição pelo Estado não substituiu o agir privado, e sim passou a conviver com ele, não sendo mais exercido pelo particular, mas por aquele. É preciso compreender a possibilidade de coexistência entre a tutela jurisdicional e a ação de direito material, sob pena de restarem os institutos de direito material com existência dependente do ingresso em juízo, tornando-se aspectos meramente sociológicos. Inclusive, ainda há hipóteses em que a justiça de mão-própria é permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, exercendo o próprio particular a ação.

- i) Direito é um fenômeno complexo, não podendo o direito processual – instrumento - existir sem se relacionar diretamente com o material, a utilização conjunta dos planos não impede a autonomia de cada um deles.
- j) Para negar a ação de direito material tem-se de construir teoria substitutiva capaz de explicar as relações entre direito material e processual. Sem ela, a representação do fenômeno jurídico é incompleta.
- k) O fim da categoria “condições da ação” no NCPC, sendo deslocada a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir para o campo dos pressupostos processuais e a antes denominada “possibilidade jurídica do pedido” para a improcedência liminar do pedido, compartilhando do mesmo entendimento de Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha, em sentido contrário a Alexandre Freitas Câmara.
- l) O Novo Código de Processo Civil utiliza, conquanto seja a percepção da maioria dos legisladores e dos juristas, o conceito de ação de direito material, vide exemplos apresentados na presente monografia.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Leonardo Santana de. *Direito, ação e tutela jurisdicional*. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 13. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2010.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. A Polêmica em torno da “Ação de Direito Material”. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- BEDAQUE, José dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. “Será o fim da categoria ‘condição da ação’? Uma resposta a Fredie Didier Junior”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, julho 2011, v. 197, p. 261-269.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Ed. Campinas: Bookseller, 2009.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, agosto 2011, v. 198, p. 227-235.
- DIAS, Maria Berenice. Observações sobre o conceito de pretensão. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_observa%27%2F5es_sobre_o_conceito_de_pretens%20o.pdf. Acesso em: 23/04/16.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- _____. “Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, v. 197, p. 255-260.
- DINAMARCO; Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- GOMES, Fábio. *Carência de ação*. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 1. Ed. São Paulo, 2007.
- GRINOVER, A. P.; DINARMARCO, C. R.; CINTRA, A. C. A. *Teoria Geral do Processo*. 26. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano – I: parte geral*. Ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2000.
- KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- MACÊDO, Lucas Buril de.; MEDEIROS, Ravi Peixoto de. A obrigatoriedade da denúncia da lide e os novos aportes teóricos para sua compreensão: uma análise do atual e do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 225, p. 83-100, nov., 2013.
- MACÊDO, Lucas Buril de. Procedimento para cumprimento de decisão judicial e diferenciação baseada na eficácia. *Revista de Processo*, v. 250, p. 149-163, dez., 2015.
- MACHADO, Fábio Cardoso. “Ação” e Ações: sobre a renovada polêmica em torno da Ação de Direito Material. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, 1ª parte*. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Ed. Bookseller: Campinas, 1998.

- MITIDIÉRO, Daniel Francisco. Polêmica sobre a Teoria Dualista da Ação (Ação de Direito Material – “Ação” Processual): uma Resposta a Guilherme Rizzo Amaral. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria da Ação de Direito Material*. Ed. Salvador: Juspodivm, 2008.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Direito material, processo e tutela jurisdicional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 386, P. 27, jul./ago., 2006.
- _____. O Problema da Eficácia da Sentença. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Ed. Salvador: Juspodivm, 2014.
- PINTAÚDE, Gabriel. Tutela Jurisdicional (no confronto entre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Ovídio Baptista da Silva e no pensamento de Flávio Luiz Yarshell). In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. Ed. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Material e Processo. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. Baptista da. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- TESHEINER, José Maria; THAMAY, Rennan Faria Kruger. *Teoria Geral do Processo: em conformidade com o Novo CPC*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. v. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- TUCCI, J. R. C.; AZEVEDO, L. C. *Lições de história do processo civil romano*. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- VILLEY, Michel. *Direito Romano*. Ed. Porto: Rés-Editora, 1991.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2. Ed. São Paulo: DPJ Editora, 2006.
- ZANETI JUNIOR, Hermes. A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual). In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.



**CENTRO UNIVERSITÁRIO PARA O DESENVOLVIMENTO DO ALTO VALE DO
ITAJAÍ - UNIDAVI
CAMPUS RIO DO SUL
CURSO DE LICENCIATURA EM CIÊNCIAS BIOLÓGICAS**

WILLIAM PAUL

**A BIOLOGIA EVOLUTIVA EM UMA PROPOSTA DE ABORDAGEM AO ENSINO
MÉDIO**

RIO DO SUL, SC

2017

WILLIAM PAUL

**A BIOLOGIA EVOLUTIVA EM UMA PROPOSTA DE ABORDAGEM AO ENSINO
MÉDIO**

Relatório de Estágio Curricular Obrigatório apresentado ao Curso de Licenciatura em Ciências Biológicas do Campus de Rio do Sul, do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí, como requisito parcial para a obtenção do grau de Licenciado em Ciências Biológicas.

Orientador: Dr. Diego Pasqualini.

RIO DO SUL, SC

2017

AGRADECIMENTOS

“O homem que tem presunção e brio de si próprio só sente verdadeira alegria ao vencer as grandes dificuldades. As pequenas dificuldades não pesam na vida dos homens e não podem dar-lhes a consciência, a alegria plena do cumprimento do dever.” (Antônio de Oliveira Salazar)

Primordialmente agradeço ao Centro Universitário Para O Desenvolvimento Do Alto Vale Do Itajaí – Unidavi, que em toda sua amplitude, oportunizou-me olhar a vida com outros olhos. Subsidiou e acompanhou todo o processo evolutivo amparando em todas as necessidades durante o período do curso.

Deixo aqui a minha eterna gratidão a cada professor que contribuiu de forma efetiva com a minha formação, internalizando um pouco de cada um na personalidade de um novo profissional, que com certeza levará consigo as marcas de uma educação magistral feita com o amor e dedicação de cada educador que se fez presente nesse caminho até aqui.

Agradeço aos meus pais e familiares que de certa forma contribuíram para que essa conquista fosse possível. Apoiando e estando presente sempre que possível e dentro das suas limitações, foram fundamentais para o alcance da concretização deste ciclo que agora se encerra.

Em especial, agradeço ao meu orientador Prof. Dr. Diego Pasqualini, que acompanhou boa parte desse processo de formação, sendo peça fundamental para que ele fosse possível. Por dedicar seu tempo, atenção e muitas vezes sua paciência a orientar e encaminhar para o sucesso, rompendo os vínculos educacionais se tornando um grande amigo, por quem tenho profunda admiração.

Gostaria de aqui também deixar meu agradecimento ao Professor E amigo Dr. Marcos Vinicius Hendges, a quem também atribuo parte significativa dessa conquista. Obrigado por acreditar e se tornar o exemplo que foi em suas orientações e conselhos.

Aos meus amigos, que foram grandes responsáveis por me amparar em cada momento de dificuldade, minha mais sincera gratidão. Por estarem sempre presentes, por apoiarem meus objetivos e sonhos, por formarem uma base sólida sobre meus pés para continuar caminhando rumo ao sucesso, nada disso seria possível sem a presença de vocês nessa história que está apenas começando.

OBRIGADO!

RESUMO

PAUL, William. A BIOLOGIA EVOLUTIVA EM UMA PROPOSTA DE ABORDAGEM AO ENSINO MÉDIO. 2017. Graduação em Licenciatura em Ciências Biológicas, Centro universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí, campus de Rio do Sul - SC, UNIDAVI - 2017.

O estágio supervisionado é um momento de conciliação entre conhecimentos e pessoas envolvidas no processo de formação do docente. Vivenciar a realidade da profissão que futuramente irá exercer, pode se tornar uma ferramenta para a reflexão sobre no que se arquiteta a ação pedagógica. Oportuniza um contato direto com uma fração da realidade existente nas instituições de ensino, articulando diferentes níveis de conhecimentos e formações, transformando em uma ponte entre universidade, acadêmico e realidade escolar. O professor enquanto mediador de conhecimentos e conceitos, também é um ser dotado de virtudes e características únicas, as quais devem ser a chave para despertar em seus alunos o prazer pela educação. O ensino de biologia em sua amplitude deve estar relacionado às situações comumente encontradas no dia a dia, e abrange uma variedade de conteúdos que estão diretamente relacionados com o nosso processo histórico cultural enquanto ser humano. A biologia evolutiva se faz norteador para outra gama de conceitos iniciais, os quais partem para as mais diversas áreas o conhecimento biológico, se tornando assim um tema-chave nos currículos da educação básica. Durante o período de estágio o acadêmico tem a possibilidade de repensar a sua prática docente, direcionando-se para o aperfeiçoamento das experiências e teorias obtidas no decorrer da sua formação. Para uma elaboração efetiva do estágio, utilizou-se de revisões bibliográficas atreladas as contribuições do curso de licenciatura, juntamente com a oportunidade do contato e da troca de informações obtidas durante as observações e atuações em sala de aula. Buscando assim, unificar os objetivos por uma prática qualitativa, fundamentada em suas ações e elaborada com o intuito de obter o melhor resultado possível. Os planos de aula têm como suporte, referenciais teóricos e práticos, e assim foram submetidos à realização em sala de aula, para a efetuação do estágio supervisionado.

Palavras-chave: estágio supervisionado, evolução biológica, biologia.

ABSTRACT

PAUL, William. EVOLUTIONARY BIOLOGY IN A PROPOSED APPROACH TO SECONDARY EDUCATION. 2017. Undergraduate Degree in Biological Sciences, University Center for the development of the Upper Valley of the Itajaí, campus of Rio do Sul - SC, UNIDAVI - 2017.

The supervised internship is a moment of conciliation between knowledge and people involved in the process of formation of the faculty. Experience the reality of the profession which in future will exercise, can become a tool for reflection on that builds the pedagogical action. Favors a direct contact with a fraction of the existing reality in educational institutions, articulating the different levels of knowledge and training, transforming it into a bridge between university, academic and school reality. The teacher as a mediator of knowledge and concepts, is also a being endowed with virtues and unique characteristics, which must be the key to awakening in their students the pleasure by education. The teaching of biology in its amplitude must be related to situations commonly found in the day-to-day, and covers a variety of content that are directly related to our cultural historical process as a human being. Evolutionary biology is relied to another range of initial concepts, which depart for the most diverse areas of the biological knowledge, thus becoming a key theme in the curricula of basic education. During the probationary period the student has the possibility to rethink their teaching practice, directing you to the improvement of theories and experiences obtained in the course of their training. For an effective preparation stage, used bibliographic reviews linked contributions from the course of graduation, along with the opportunity of contact and exchange of information obtained during the observations and performances in the classroom. Thus, seeking to unify the goals by a qualitative practice, based on their actions and drafted with the aim of obtaining the best possible result. The lesson plans are supported, theoretical and practical, and thus underwent in the classroom, to the making of the supervised internship.

Keywords: supervised internship, biological evolution, biology.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. OBJETIVOS	8
2.1 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	8
3. JUSTIFICATIVA	9
4. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA.....	10
4.1. DA FORMAÇÃO DO PROFESSOR.....	10
4.2. DO ESTÁGIO SUPERVISIONADO.....	12
4.3. DO ENSINO DE BIOLOGIA	13
4.4 DA BIOLOGIA EVOLUTIVA	15
4.4.1 Criacionismo.....	16
4.4.2 Evolucionismo	17
4.4.3 Teleologismo.....	21
4.4.4 Neodarwinismo e teoria sintética da evolução	22
4.5. DAS ESTRATÉGIAS DIDÁTICAS	24
4.5.1 Do planejamento	25
4.5.2 Do livro didático.....	26
4.5.3 Do quadro interativo	26
4.5.4 Utilização do lúdico.....	27
4.5.5 Vídeos.....	27
4.5.6 Do incentivo a pesquisa	28
4.5.7 Do estudo de casa	29
5. DAS VIVÊNCIAS E O CONTATO COM A ESCOLA.....	30
5.1 DA ESCOLA	30
5.2 DA PROFESSORA	31
5.3 SÍNTESES DE OBSERVAÇÃO.....	31
5.4 SÍNTESES DE ATUAÇÃO E PRÁTICA DOCENTE	32
6. CONCLUSÃO.....	36
7. REFERÊNCIAS	37
APÊNDICES	42

1. INTRODUÇÃO

O estágio Supervisionado nos cursos de licenciatura é o momento em que o licenciando forma um elo entre a escola da Educação Básica e a Universidade para aprofundar seus conhecimentos da profissão de professor (SPOSITO, 2009), sendo uma exigência da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (nº 9394/96). “O estágio supervisionado proporciona ao licenciado o domínio de instrumentos teóricos e práticos, imprescindíveis à execução de suas funções” (SCALABRIN; MOLINARI, 2013). Como uma oportunidade de pôr em prática o conhecimento adquirido durante o curso de licenciatura, Barbosa e Amaral (2009) ressaltam que ensinar não é só transmitir e nem fazer obter informações. “É sim, por meio dos saberes, humanizar, socializar, ajudar o sujeito a acontecer através da tomada de posse de uma parte do patrimônio humano que é o conhecimento”.

O ensino da evolução biológica dentro do contexto educacional relacionado às currículos da educação básica é um tema norteador para uma série de outros conteúdos que posteriormente ainda abrirão portas para a discussão de uma infinidade de conhecimentos a cerca do ensino de biologia. Um tema que necessita de um trabalho significativo, pelo fato de ser uma temática que por vezes pode gerar polêmica dentro das salas de aula em virtude de sua amplitude perante determinadas culturas ou crenças que possam permear o ambiente escolar.

Nota-se então, uma importância no enfoque destes temas, de maneira que a abordagem seja efetiva e proporcione um maior entendimento e relação ao conteúdo e cotidiano do estudante. Assim, para o alcance de níveis satisfatórios, a utilização de meios alternativos como o uso de vídeos, realização de pesquisa, debates e discussões como parte fundamental das estratégias didáticas contidas na elaboração e desenvolvimento deste relatório. Conforme contribuições do PCN (1998), para que o ensino e aprendizagem sejam realizados de forma efetiva faz-se necessário considerar os conhecimentos do aluno, do professor e da Ciência. Dessa forma, Leite *et al* (2012) destaca que são valorizados os conhecimentos prévios dos alunos, sua vivência, sua cultura e o senso comum. Ressalta que “também são valorizados os conhecimentos científicos do professor e sua didática atrelada com as concepções do campo de conhecimento científico em conjunto com as teorias científicas da ciência” (LEITE *et al*, 2012).

O presente trabalho foi desenvolvido com o 3º ano II, Noturno, da Escola de Educação Básica Gertrud Aichinger, localizada em Ibirama – SC, sob supervisão da professora efetiva Thyciane Tambosetti, e orientação do Prof. Dr Diego Pasqualini. Tendo início no dia 27 de

setembro de 2017, com duas aulas semanais de 40 minutos, terminando no dia 23 de novembro do mesmo ano. Este relatório compõe a descrição das observações e das experiências vivenciadas no período de observação e co-participação em sala de aula. Este trabalho tem como objetivos a concretização do estágio supervisionado, procurar evidenciar a relação estabelecida entre o prezado estudo acadêmico, sua prática como formação profissional e o alcance de níveis satisfatórios dos resultados obtidos, em relação às metodologias propostas.

2. OBJETIVOS

Este relatório em sua totalidade vislumbra a concretização do estágio supervisionado e de reflexão pedagógica a cerca da prática docente, instrumentalização dos conhecimentos adquiridos ao decorrer do curso de graduação, bem como ser agente transformador destes recursos e saberes, contribuindo com a formação do acadêmico, o ressignificando de sua profissão.

2.1 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Busca-se entender a atual percepção dos envolvidos ao que se tem como concepção de “evolução biológica”, e assim ter um ponto inicial para se quebrar os paradigmas do ensino de um conteúdo centro para o ensino de biologia do qual derivam diversos outros conceitos e temáticas.

Incitar o pensamento crítico sobre a evolução em relação ao ser humano enquanto ser consciente de sua existência. Através de uma abordagem amparada em acontecimentos atuais, transparecer a fragilidade da espécie humana, aonde o ser humano pode se considerar talvez mais complexo, porém, não mais evoluído.

Abordar os conceitos básicos que contribuíram para o conhecimento atual em relação às teorias evolutivas. Os princípios e mecanismos que atuam e fundamental estas ideias.

Através das metodologias, enfatizar a temática de forma abrangente e direta, apontando conteúdos fundamentais para o conhecimento básico referente às teorias e conceitos envolvidos no conjunto histórico-cultural das teorias evolutivas.

Esclarecer conceitos e criar vias que possibilitem o entendimento da evolução biológica, compreendendo a situação atual do tema e a importância de ser debatido, não apenas em âmbito escolar, mas sim dentro de um contexto social.

3. JUSTIFICATIVA

O tema base para elaboração deste trabalho foi disponibilizado pela professora efetiva, como maneira de seguir o planejamento da disciplina como condição para que o estágio pudesse ser realizado. A escolha, entretanto foi entre o tema apresentado ou temas abordados nas séries interiores no ensino médio, o qual foi escolhido pela oportunidade de ter a experiência do contato com o último ano pertencente à educação básica, um momento de fundamental importância para a formação do estudante que se encaminhará para a vida acadêmica e a sociedade.

O tema abordado é de imensa importância, tendo em vista que dele partem pressupostos para os fundamentos de outra gama de conhecimentos e conceitos do ensino e da trajetória da biologia. Pode possibilitar uma visão sintética das informações acerca dos seres vivos. Acredita-se que o ensino e o conhecimento a cerca da evolução biológica é necessária para alcançar no desenvolvimento educacional, determinadas competências e habilidades. Partindo destes conceitos os alunos podem entender a importância deste conhecimento para conscientização sobre hábitos alimentares saudáveis. As relações entre os processos evolutivos e os problemas ambientais que enfrentados atualmente podendo levar os educandos a questionar as relações do ser humano com os ambientes naturais e alertar para a necessidade de busca de alternativas sustentáveis para nossa sobrevivência. O conhecimento dos processos investigativos realizados por Darwin pode possibilitar o desafio aos educandos a realizarem pesquisas fundamentadas pela metodologia científica.

4. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

4.1. DA FORMAÇÃO DO PROFESSOR

Ao falar em assuntos de ciências e de biologia, nos dias de hoje, diversas informações são dadas sem que o aluno consiga interpretá-las, processá-las e até mesmo argumentar a respeito. A infinidade de conceitos abordados e a diversidade de definições levam a certo desinteresse a respeito dos temas. Exatamente por não estar acostumado a buscar, a pensar, a interpretar questões e dar significado, o aluno aceita essas informações sem questioná-las e mesmo que tais conhecimentos o beneficiem, não consegue utilizá-los. Esse comportamento traduz o modelo de ensino da escola no qual muitas vezes nos deparamos atualmente, em que o conhecimento é passado ao aluno como informação sem se preocupar se houve ou não aprendizagem (DEMO, 2002).

A História da Ciência surge também como uma das necessidades formativas do professor de ciências, para que compreenda como ocorreram os processos de construção dos conhecimentos científicos, as mudanças de paradigmas e os determinantes sociais, econômicos, culturais e políticos que contribuíram para essa história (ZAMUNARO, 2006). Assim, se torne um facilitador de acesso ao conhecimento e a sua construção, como ressalta Malucelli (2007) dizendo que “a complexidade da atividade docente deixa de ser vista como um obstáculo à eficácia e um fator de desânimo, para tornar-se um convite a romper com a inércia de um ensino monótono e sem perspectivas” e, assim, aproveitar da atividade docente para transformar o ambiente de estudo em um mundo de descobertas.

Os conhecimentos de natureza científica e tecnológica são cada vez mais valorizados na sociedade atual, que tem como principal característica um permanente e rápido processo de transformação. Na formação de um cidadão crítico e participativo, tais conhecimentos devem promover a ampliação de sua compreensão do mundo, preparando-o para ser agente de mudanças qualitativas (Mendonça *et al.*, 2007). Nesse contexto, o ensino de Ciências Naturais constitui “espaço privilegiado em que as diferentes explicações sobre o mundo, os fenômenos da natureza e as transformações produzidas pelo homem podem ser expostos e comparados” (BRASIL, PCN – Ciências, 1998, p. 25).

A formação profissional de docentes para o ensino de Ciências em geral, e para o ensino de Biologia em particular, não constitui um tema novo no cenário educacional brasileiro das últimas décadas. Os anos 90 foram marcados por uma renovação nos interesses pelos temas relacionados à formação de professores e sua profissionalização, tendência esta fortemente influenciada pelas reformas educacionais promovidas, na época, tanto no Brasil como em outros países. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB - Lei nº 9.394/96), “ao final do século XX, articula-se com um conjunto de reformas nos campos econômicos, sociais e políticos, conseqüentemente trazendo também para a discussão acadêmica a questão da formação dos professores no Brasil” (BARZANO, 2001). A base pedagógica para a formação do professor, seja qual for a área, é fundamental para proporcionar a ele a organização do planejamento, conhecer os alunos e criar situações que os incentivem à produção de conhecimento (VIÉGASA *et al*, 2015).

Em síntese, (re)pensar/discutir a formação docente para o ensino, demonstra perceber que a valorização desse conhecimento científico e tecnológico pela sociedade atual exige do professor a realização de um trabalho que rompa com os conceitos do ensino de forma dogmática, acrítica e descontextualizada da realidade global, contribuindo assim para a formação de cidadãos críticos, alfabetizados cientificamente (SILVA; BASTOS, 2012). Pimenta; Lima (2012, pág.88) cita em sua obra um trecho de artigo, de sua autoria relatando que:

“O professor é um profissional do humano que ajuda o desenvolvimento pessoal e intersubjetivo do aluno, sendo um facilitador de seu acesso ao conhecimento; é um ser de cultura que domina sua área de especialidade científica e pedagógica educacional e seus aportes para compreender o mundo; um analista crítico da sociedade, que nela intervém com sua atividade profissional; um membro de uma comunidade científica, que produz conhecimento sobre sua área e sobre a sociedade.” (LIBÂNEO; PIMENTA, 1999 Apud LIMA, 2012).

Libâneo (2013) ainda mensura categoricamente em sua obra que “um cientista busca um objetivo que é a obtenção de novos conhecimentos e, para isso, utiliza métodos de investigação científica. Já o estudante tem como objetivo a aquisição de conhecimentos e, para isso, utiliza métodos de assimilação de conhecimentos”. Fazendo-nos refletir sobre a importância de uma boa formação docente, e sua capacidade de relacionar a ciência à sala de aula. Impondo assim, a reflexão de que a profissão docente só se consolida quando efetivamente esse licenciando puder ser professor. A formação inicial fornecerá os elementos

teóricos, a reflexão sobre as atividades de ensino que foram elaboradas e o acompanhamento das ações didáticas que realiza nesse processo de formação. “Mas que só influenciarão na futura ação docente se puderem subsidiar uma ação reflexiva que inclui intuição, emoção, paixão e não apenas soluções que possam ser tecnicamente ensinadas” (ZAMUNARU, 2006). Impondo desta forma certa limitação na formação inicial.

4.2. DO ESTÁGIO SUPERVISIONADO

O Estágio deve ser uma ligação entre a universidade e as instituições de ensino. “Esta ligação deve proporcionar aos alunos estagiários uma reflexão da realidade escolar vivenciada para, a partir daí, contribuir com a construção de novas ideias educativas” (SILVA *et al*, 2009). A educação é responsável pela transformação e desenvolvimento social, refletindo a necessidade e importância do futuro professor ter consciência de estar abraçando algo que vai exigir dele uma entrega de corpo e alma. “E neste contexto, o professor necessita ter sede de ensinar e esta realidade se efetivará se o aluno buscar um comprometimento com sua prática” (SCALABRIN; MOLINARI, 2013).

O que pode e deve acontecer, é uma preparação do futuro docente com base em uma formação que considere a autonomia e complexidade dos aspectos técnicos, didáticos, políticos, éticos, de conhecimento teórico, de conhecimento prático, da experiência, de relações e autoconhecimento, com a finalidade de perceber e identificar os aspectos de nossa formação que merecem mais atenção ou aperfeiçoamento (BARBOSA; AMARAL, 2009). Sposito (2009) aponta que, “por ser esse um momento único e que envolve profissionais de diferentes níveis de ensino e com preocupações e objetivos semelhantes, qual seja, formar o futuro professor, entende-se o estágio supervisionado como a construção do conhecimento compartilhado”. “Mesmo que atuante no magistério, o professor no espaço do estágio tem a possibilidade de se conhecer como sujeito que não apenas reproduz o conhecimento, mas também pode tornar seu próprio trabalho de sala de aula em um espaço de práxis docente e transformação humana” (PIMENTA; LIMA, 2012 pág. 132).

A formação do professor pode estar relacionada “à aquisição de técnicas, conhecimento, estratégias e procedimentos conciliados e relacionados ao contexto social e histórico e ao tipo de cidadão que buscamos formar, visando sua atuação transformadora na sociedade” (BARBOSA; AMARAL, 2009). Para auxiliá-lo, Sposito (2009) argumenta que no decorrer do estágio supervisionado, “na universidade o licenciando vincular-se-á a um

professor orientador para o mesmo, sendo esse outro profissional que o orientará, discutindo com ele, fazendo-o refletir, agir e ressignificar seu entendimento e postura sobre a na profissão escolhida”. Chassot (2016, pág.76) enfatiza em sua obra que “nas exigências às professoras e professores, nestes novos tempos, em que devem deixar de ser informadores para se tornarem formadores, está presente uma preocupação com um ensino que se enraíze, na história da construção do conhecimento”.

Scalabrin; Molinari (2013) sintetizam ainda que o estágio supervisionado dá a noção do que o futuro professor irá enfrentar no seu dia a dia, aprendendo a lidar com as adversidades diárias e conseguir atingir seu objetivo maior, que é promover o conhecimento. Assim, é de responsabilidade do futuro professor, “demonstrar seu conhecimento pela teoria aprendida, realizar seu trabalho com dignidade, demonstrar que tem competência, com simplicidade, humildade e firmeza, lembrando-se que ser humilde é saber ouvir para aprender, e ser simples é ter conceitos claros e saber demonstrá-los de maneira cordial” (BIANCHI, 2012 pág. 8).

4.3. DO ENSINO DE BIOLOGIA

Até a década de 50 do século XX, o ensino de biologia no Brasil foi fortemente influenciado pelo ensino europeu, tanto por meio de livros que aqui eram utilizados como pelos professores estrangeiros que vieram trabalhar nas escolas superiores brasileiras (KRASILCHIK, 2004). O objeto de estudo da biologia era voltado ao organismo como um todo, sendo subdividida em botânica, zoologia e biologia geral n qual se incluía os conteúdos básicos de citologia e de genética. Este ensino tinha um caráter de porte informativo, com o objetivo central de transmitir informações atualizadas (LICATTI, 2005). Segundo Sobrinho (2009) biologia é o estudo dos seres vivos (do grego βίος - bios = vida e λόγος - logos = estudo). Atua sobre as características e o comportamento dos organismos, a origem de espécies e indivíduos, e a forma como estes interagem uns com os outros e com o seu ambiente. O termo abrange um espectro amplo de áreas acadêmicas frequentemente consideradas disciplinas independentes, que em seu conjunto estudam a vida nas mais variadas escalas.

Os extensos conteúdos encontrados nos livros didáticos quando não abordados de maneira significativa podem resultar na perda de interesse dos estudantes pelos assuntos trabalhados, uma vez que precisa decorá-los e memorizá-los, mesmo que temporariamente,

visando somente ser aprovado para a série seguinte. Problematizar os assuntos, possibilitando a argumentação, valorizando os conhecimentos prévios e os questionamentos, envolvendo os alunos em ações para reconstruir esses conhecimentos a partir de conceitos científicos que possam confrontar com seus conhecimentos iniciais e empíricos, induzirá o aluno à reflexão, à interpretação própria e à autonomia (DEMO, 2002). Então, todos os confrontos que possam existir passam a desafiar e questionar o conhecimento. Desta forma o aluno aprende a pensar, a querer buscar e a conhecer o assunto, refletindo esse conhecimento na melhoria da sua qualidade de vida, em sua interação e relação com o meio ambiente e com os outros de forma responsável e solidária (SOBRINHO, 2009). Ressalta ainda que a capacidade de se confrontar com qualquer tema é uma construção: “Condensa-se na habilidade de sabendo reconstruir conhecimento, enfrentar qualquer desafio de conhecimento, porque sabe pensar, aprende a aprender, maneja criativamente lógica, raciocínio, argumentação, dedução e indução, teoria e prática”.

A vontade de aprender é estimulada em momentos no qual o aluno seja desafiado a solucionar determinados problemas que estão associados a conceitos teóricos a ele apresentados, porém, o professor necessita levar em conta os diferentes graus de maturação cognitiva da turma para assim sensibilizá-los a aprender. Entendendo, por isso o conhecimento como uma capacidade construída, então a capacidade de aprender a construir deve contemplar a capacidade de construir estruturas mentais capazes de assimilar esses conteúdos de forma ordenada e lógica (LIMA, 1984). A consciência da importância de valorizar os conhecimentos prévios dos alunos, no início e durante a exposição dos assuntos em ciências e em biologia, amplia o alcance das ações voltadas à sua aprendizagem. Essa atitude de valorizar os conhecimentos prévios mostra-se mais plena de sentido quando alia ao processo de ensino o questionamento em sala de aula (MIRAS, 2003).

A partir da década de 70, com a eclosão de enormes problemas sociais e ambientais, colocou-se em dúvida a esperança depositada na ciência para a solução de grandes problemas da humanidade. Diante desse novo quadro, passaram a admitir que o ensino de Biologia devesse contribuir além da aquisição de conhecimentos e a vivência do processo de investigação científica, para que o aluno pudesse analisar as implicações sociais dos avanços da ciência e da tecnologia (KRASILCHIK, 2004). Atualmente, as diretrizes para a elaboração de propostas didáticas para o ensino de Biologia estão presentes nos Parâmetros Curriculares Nacionais para o Ensino Médio (PCNEM). Tal documento foi elaborado tendo-se como referência legal os princípios e finalidades da Educação Nacional, estabelecidos na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei no 9394/96 (BRASIL, 1996).

Segundo Sobrinho (2009) a educação na vida das pessoas é fundamental, pois quanto maior seu conhecimento maior sua capacidade de relacionar-se com o mundo. Na perspectiva de vivermos num mundo comandado pela ciência e pela tecnologia, os conhecimentos científicos se tornam indispensáveis para que essa relação aconteça. Hoje o campo da biologia destaca-se entre as ciências de ponta e marca profundamente os avanços científicos desde o século passado. Neste sentido, o ensino de biologia tem relevância incontestável para a vida de todo cidadão, e, as escolas têm a missão de levar esse conhecimento a todos.

4.4 DA BIOLOGIA EVOLUTIVA

A biologia evolutiva é um tema considerado essencial e unificador dentro da biologia, sendo que sua compreensão é fundamental para o entendimento de uma série de outros conhecimentos desta ciência. Por sua extensão afeta quase todos os outros campos do conhecimento e deve ser considerado um dos conceitos mais influentes do pensamento ocidental (GOEDERT, 2005). Embora a Evolução seja um tema central para a compreensão dos diversos fenômenos biológicos e isto se reflita nas propostas oficiais de ensino, pesquisas recentes têm mostrado que este assunto não é considerado tão importante pelos professores de ensino fundamental e médio (LICATTI, 2005). Aponta ainda que:

Os conteúdos referentes à Teoria da Evolução, embora presentes tanto nas propostas curriculares quanto nos livros didáticos, praticamente não são trabalhados nas escolas de Ensino Médio. Quando o são, aparecem apenas como um conteúdo a mais na programação, sem evidenciar suas peculiaridades tão importantes para a Biologia – seja enquanto ciência, seja enquanto ensino dessa área do conhecimento. O tratamento dado ao tema Evolução, por exemplo, está na dependência do tempo da disciplina Biologia no ano letivo, bem como dos acontecimentos decorrentes do funcionamento da escola. Geralmente programado para o final do 3o ano do Ensino Médio, este assunto pode ser eliminado ou, quando abordado, serem dadas apenas “noções de darwinismo e lamarckismo”. (LICATTI, 2005).

Embora a evolução biológica esteja ligada às variadas áreas da biologia, e presente no nosso cotidiano, de modo implícito, em temas como a resistência de bactérias a antibióticos, mutação de vírus, ressurgimento de doenças consideradas erradicadas e descobertas de novas espécies, a compreensão do pensamento evolutivo no espaço escolar, ainda encontra desafios que permeiam tanto a formação pedagógica, quanto o processo

ensino-aprendizagem (ALMEIDA; CHAVES, 2014). Os professores da área apresentam falta de domínio conceitual juntamente com o fato de o tema ser conflitante com determinadas crenças, bem como, a necessidade de abordar questões filosóficas, conceituais, éticas, ideológicas e até mesmo políticas, não se sentindo preparados gerar uma problematização dos conteúdos. Este cenário torna a abordagem do tema Evolução Biológica em sala de aula particularmente difícil, tanto no ensino, por parte dos professores, quanto na aprendizagem, por parte dos alunos (ALMEIDA; FALCÃO, 2005).

4.4.1 Criacionismo

Segundo Dorvillé; Selles (2016) embora algumas das ideias que compõem a ideologia do criacionismo cristão encontrem suas origens no conjunto de histórias e representações simbólicas herdadas do judaísmo, sua versão contemporânea, como um movimento organizado, representa em grande parte um fenômeno característico norte americano que se expandiu para diversos países, inclusive o Brasil. Sendo um subproduto das vertentes que compõem o literalismo bíblico protestante, bem como de suas derivações. “O criacionismo cresce sempre que visões religiosas cristãs de matrizes doutrinárias fundamentalistas se tornam populares” (MATZKE, 2010). Desse modo, o conjunto de transformações ocorridas no cenário religioso brasileiro nas últimas quatro décadas representou um dos principais caminhos para a expansão das ideias criacionistas.

O termo criacionismo tem origem na palavra grega *Bara* traduzida para o latim como *creavit*, que segundo a teologia é o ato criador de Deus, o qual em seu poder deu origem a todas as coisas. Apesar de haver algumas perspectivas diferentes a respeito da criação narrada no Gênesis, considerando que as vagas informações dos escritos abrem margem para mais que uma interpretação (BARROS, 2009). Com o passar do tempo e o desenvolvimento exponencial das tecnologias e da ciência e suas teorias, isso resultou em um efeito nas estruturas e crenças das pessoas, os criacionistas não demoraram a reagir. Os tempos, contudo, eram outros. A base de ação contra a evolução era inteiramente centrada em motivos explicitamente religiosos, tais como seu caráter não bíblico e seu potencial supostamente capaz de afastar os jovens da fé, agora a cultura científica era uma força muito mais poderosa (DORVILLÉ; SELLES, 2016).

Mesmo com a oportunidade de defesa dos seus princípios para o ensino religioso nas escolas, teria pouca chance de sucesso, pois seria considerada inconstitucional. Porém se a o

criacionismo pudesse ser apresentar um caráter científico alternativo, poderiam então ser agregado a um currículo. Em tempos em que o conhecimento científico representava um capital fortemente valorado pela maior parte da sociedade, reivindicar a legitimidade científica mantendo a conotação religiosa da mensagem significava procurar auferir as benesses dos dois campos. O criacionismo estava de volta, agora não como uma crença religiosa, mas como uma explicação científica alternativa (SCOTT; MATZKE, 2007 Apud DORVILLÉ; SELLES, 2016).

4.4.2 Evolucionismo

As ideias evolucionistas não são tão recentes quanto possam aparentar, muito antes de Cristo pensadores como Thales de Mileto e seu discípulo Anaximandro já concebiam indícios de atos evolutivos, ressalta-se ainda Aristóteles que pode ser considerado o primeiro evolucionista apontando a existência de um processo permanente em que as formas mais simples evoluem para as mais complexas. Já no período renascentista todo o sistema do que diz respeito à natureza foi reavaliado, ainda respeitando alguns conceitos aristotélicos se dava início a uma nova forma de pesquisa, que oportunizou o estudo de evolução ser analisado de forma mais independente (BARROS, 2009).

Em Carl Von Linné (1707-1778), por exemplo, aparece a ideia de que no início do mundo a terra firme foi coberta pelas águas incluindo as do oceano, exceto uma única ilha que corresponderia ao paraíso, onde viviam todos os animais e plantas em condições favoráveis. Inicialmente Deus teria criado um casal de cada uma das espécies que se reproduzem sexuadamente e um só indivíduo para as hermafroditas. A partir dos casais iniciais e dos indivíduos únicos teriam sido produzidas populações mais numerosas. Para Linné, as espécies animais e vegetais que existem hoje são iguais às criadas por Deus no Paraíso, podendo ter sofrido apenas pequenas mudanças ao nível de variações (MARTINS, 2006). O cientista contribuiu ainda de forma categórica estabelecendo as leis de classificação taxonômicas, facilitando o manejo com espécies e catalogação de todas elas através de uma nomenclatura binomial.

Durante o século XVIII e o início do século XIX, sob o ponto de vista científico, a maior parte dos naturalistas e outros estudiosos da época acreditava que as espécies eram fixas e haviam sido criadas por Deus no início já em sua atual distribuição geográfica e adaptadas ao meio ambiente. Jean Baptiste Antoine de Monet de Lamarck (1744-1829) torna-

se referência nesse período, pois em suas obras começa a questionar sobre padrões e mecanismos atuantes sobre a modificação e variabilidade em espécies. Lamarck, assim como grande parte dos ambientalistas, durante muito tempo acreditou que as espécies eram fixas. Isso é claro em suas obras publicadas até 1800 (MARTINS; BAPTISTA, 2007). Entretanto, em um dado momento ele mudou de ideia, passando a acreditar que as espécies variavam no tempo.

A partir de 1800 começou a publicar uma série de obras de história natural onde defendia o que chamaríamos atualmente de ideias sobre evolução orgânica. Ou seja, considerava que as espécies que existem atualmente vieram de outras espécies que existiram antes. Ele próprio chamou a esse conjunto de ideias de teoria. Pode-se dizer que Lamarck apresentou várias versões de sua teoria no decorrer do tempo, pois em cada uma dessas obras foi fazendo pequenas modificações, apresentando suas hipóteses de uma forma mais coerente, elegante e clara, muitas vezes introduzindo novos termos ou alterando a sequência deles.

Em sua obra *Filosofia Zoológica* de 1809, Lamarck expõe amplamente suas ideias sobre evolução e utilizando o termo *Biologia fundamenta* sua teoria embasada em duas leis principais. A lei do uso e desuso na qual propõe que determinado órgão poderia se desenvolver com o seu uso, o tornando uma característica permanente fortalecendo-o ou dando-lhe um poder de desenvolvimento correspondente ao tempo de uso. De contrapartida caso determinado órgão não fosse utilizado ele se atrofiava devido ao desuso. E a segunda lei, dos caracteres adquiridos onde as características adquiridas durante a vida seriam repassadas aos seus descendentes. Busca enfatizar como os fatores externos do ambiente podem ocasionar nas transformações, criando ou retirando órgãos dos animais fazendo com que se dê a evolução em um tempo infinito (BARROS, 2009).

Com a ampliação dos debates a cerca das propostas evolutivas, outro nome que vem para marcar definitivamente os parâmetros dos estudos relacionados ao tema é Charles Robert Darwin (1809 – 1882). Advindo de uma família de prestígio, Darwin inicialmente foi cursar medicina para seguir os rumos de seus familiares, porém, não sendo atraído pelo estudo seu pai lhe enviou para se tornar um pastor anglicano, posição de social equivalente a de um médico na época. De acordo com Freitas (1998) em sua estadia em Cambridge se tornou amido do pastor e professor Henslow de botânica através do qual Darwin conheceu notáveis naturalistas e partilhou dos conhecimentos destes. Henslow foi ainda mais decisivo quando propôs a ele o convite do capitão Fitz Roy para um jovem que se voluntariasse a viajar como naturalista do *Beagle* em sua segunda expedição científica e de exploração.

O prévio conhecimento que Darwin já tinha sobre a seleção artificial juntamente com a gama de informações e evidências reunidas ao longo dos cinco anos aborda do Beagle, o levou a criação do marco para a comunidade científica em relação à evolução. Em sua obra “A origem das espécies por meio de seleção natural” expõe as suas conclusões onde aponta ficar bastante impressionado com certos fatos referentes à distribuição dos seres vivos que habitam a América do Sul e as relações geológicas existentes entre seus habitantes antigos e atuais. Ele acreditava que tais fatos poderiam trazer algum esclarecimento sobre a origem das espécies. Após o retorno da viagem, Darwin se dedicou ao estudo do problema e acabou concluindo que havia uma evolução dos seres vivos que ocorre através de um processo lento e gradual, através do acúmulo de pequenas modificações sobre as quais atua a Seleção Natural.

Darwin assim conceituou o princípio da seleção natural: “A esta preservação das diferenças e variações individuais favoráveis, e a destruição das prejudiciais eu chamei de Seleção Natural ou Sobrevivência do mais apto” (DARWIN, 1875 p.95). Para ele, a seleção natural implicava na preservação das variações que surgem e são benéficas para o indivíduo sob suas condições de vida. E acrescentou: “Estou convencido de que a seleção é o principal, mas não o exclusivo meio de modificação das espécies”. Assim, embora a seleção natural fosse para a principal causa de modificação das espécies, não explicava tudo. Ele admitia também a existência de outros processos que contribuía.

Carmo; Martins (2006) ressaltam que ele acreditava que na natureza havia uma incessante luta pela existência e nela atuava de forma poderosa e perpétua a seleção natural. A luta pela existência podia ocorrer entre indivíduos de uma mesma espécie, entre indivíduos de espécies diferentes ou entre as espécies e o ambiente. Porém, ele dava mais destaque à competição entre indivíduos de uma mesma espécie. Ele utilizou a discussão da seleção artificial como meio de introduzir ao leitor o princípio da seleção natural já que em várias passagens da sua obra, comparou o trabalho da seleção natural àquele realizado pelo homem com suas produções domésticas: o homem selecionava as características que lhe pareciam úteis e agradáveis nos animais e plantas e as reproduzia.

A cerca da temática histórica do conceito evolucionista considera-se a participação de outro ator fundamental para que tudo se encaminhasse ao que seria o conceito de teorias da evolução. Alfred Russel Wallace foi outro grande nome ao lado de Darwin, e a pós sua morte Wallace escreveu o livro Darwinism, procurando apresentar de forma unificada sua visão sobre a Filosofia e História da Biologia. Wallace era um jovem naturalista que estava trabalhando no Arquipélago Malaio. Segundo Carmo; Bizzo; Martins (2009) ele chegou à ideia de seleção natural, independentemente de Darwin, parcialmente inspirado por uma obra

de Thomas Malthus (1766-1875). Na verdade, não só estes dois naturalistas, mas muitas outras pessoas cogitaram a possibilidade de transformação das espécies por um processo de seleção natural, como o próprio Darwin reconheceu em prefácios posteriores do seu livro *Origem das espécies*.

Alfred Russel Wallace (1823 – 1913) era um naturalista inglês, de família classe média que passará por diversas crises financeiras durante a sua vida. Desde que saiu da casa dos pais Wallace teve a oportunidade de conhecer diversos ofícios. Logo após a carpintaria que aprendeu com seu irmão John Wallace em Londres, aprendeu também marcenaria e logo após dedicou-se aos estudos de agrimensura com seu outro irmão mais velho William Wallace. E estas habilidades o prepararam para seu futuro profissional como naturalista (CARMO, 2011). A agrimensura estudada por Wallace acabou por introduzi-lo na ciência da geologia, conhecimento comum à época. Adquirindo assim grande familiaridade no conhecimento de diversos tipos de fósseis comumente encontrados no giz e cascalho das regiões onde trabalhava.

No decorrer de sua história, tornou-se professor na cidade de Leicester onde foi aprovado para o cargo mediante aprovação de todos os requisitos cogitados para a vaga. Nesta etapa Wallace acabou conhecendo Henry Walter Bates, que o fez se interessar pela entomologia. Após a morte de seu irmão William, Alfred retornou a Neath para gerenciar os negócios do mesmo, porém acabou desistindo e passou a dar palestras sobre física elementar no instituto mecânico da cidade (SOUZA, 2014). O autor salienta ainda que ele continuou com seus trabalhos e demonstrava grande interesse em conhecer os trópicos, entrou em contato então com Edward Doubleday, entomologista do Museu Britânico de Londres, que o incentivou a viajar para a Amazônia. Em sua estadia pelo Brasil, o naturalista coletou e estudou uma ínfima quantidade de espécies e processos. Após seu retorno Wallace percorreu outros lugares no mundo em busca de informações, conhecimento e evidências o qual levaram futuramente a contribuir para elaborar de forma independente à Darwin, a sua teoria.

Alfred fez contribuições importantes para as ciências biológicas, além de contribuir para o estabelecimento das bases da teoria da evolução biológica pela seleção natural, também desenvolvida por Darwin, os seus estudos promoveram entre outros avanços, o conhecimento sobre a distribuição geográfica dos seres vivos, abordando conhecimentos sobre biogeografia evolutiva para explicar a variação, distribuição e a dispersão de grandes grupos de animais (SOUZA, 2014). Entretanto Muitas vezes, quando citado, o nome de Wallace é mencionado apenas como um naturalista que enviou o seu ensaio para Darwin, o qual motivou Darwin a

publicar a *Origem das Espécies*, e que as ideias evolutivas de ambos são bastante semelhantes.

4.4.3 Teleologismo.

Referente à teleologia naturalista, é necessário ter em mente que a tomada de posição darwiniana se inscreve numa concepção mais generalizada, onde afirma a existência de sucessivas transformações no âmbito das diferentes espécies de seres vivos, sejam eles animais ou plantas. Como relata os fatos históricos, foi na recusa da aceitação do relato bíblico sobre a origem das espécies, presente no livro do Gênesis, que a singularidade da posição de Darwin se manifestou com mais força. Isto influenciava mesmo os mais eminentes cientistas do século XIX, que assumiam o pressuposto de que as diferentes espécies vivas haviam sido criadas diretamente por Deus, não cabendo dizer que elas sofreram modificações, já que se manteriam estáveis ao longo do tempo. Para explicar as então recentes descobertas de fósseis que mostravam claramente que a terra fora povoada por outros entes, bem distintos dos atuais, a alternativa existente era afirmar que Deus havia criado e destruído sucessivamente diferentes espécies, mas que a Bíblia relatava apenas o último episódio da criação (MARTINS, 2010).

Certamente Darwin não foi o primeiro a afirmar estas modificações: ele próprio, já nas páginas iniciais de *A origem*, enumera judiciosamente autores como Lamarck, Geoffroy Saint-Hilaire e H. C. Wells, entre outros, como precursores de sua teoria. Porém, Martins (2010) ressalta o fato de que Darwin foi o responsável pela maior sistematização e análise da enorme quantidade de processos e fenômenos naturais que comprovavam, para usar a sua expressão, a descendência com modificações, afinal o termo evolução só se estabilizará posteriormente e, mais do que isso, pela formulação de um conceito explicativo do mecanismo pelo qual isso ocorre. Ultrapassado o limite das concepções fixistas de origem bíblica, e aceito finalmente o transformismo do mundo natural, havia, porém uma questão crucial a ser para ser descrita, como transcorria estes acontecimentos históricos? Seria correto afirmar, por exemplo, que ele é comandado por uma finalidade? A ortogênese supunha que a mudança nos organismos se devia a uma tendência interna existente no interior de cada um deles: era o desejo de mudança a que se referia um Lamarck. Ainda que rompendo com o modelo fixista mais ortodoxo, as concepções ortogenéticas eram teleológicas. Considerando que as transformações nos organismos transcorriam sob a égide de uma finalidade neles

internamente inscrita. Já o mecanismo de mudança das espécies afirmado por Darwin é inteiramente diverso, ele o nomeia como seleção natural.

4.4.4 Neodarwinismo e teoria sintética da evolução

O termo neodarwinismo, cunhado por George John Romanes, foi originalmente usado por ele para designar de modo desdenhoso algumas ideias divergentes que estavam proliferando no seio do darwinismo. O alvo principal eram os adeptos das concepções de Wallace e Weismann, os quais, segundo ele estariam se comportando como antidarwinistas. O primeiro, sobretudo por causa de um suposto exagero na ênfase dada ao papel da seleção natural, uma posição combatida em vida pelo próprio Darwin. O segundo, notadamente por conta de suas atitudes contrárias ao lamarckismo. Na opinião de Romanes, se o próprio Darwin defendia a transmissão de caracteres adquiridos, todo e qualquer naturalista que combatesse os resquícios lamarckistas presentes no darwinismo primordial estaria se comportando como um antidarwinista (COSTA, 2014).

Conforme o relato de Valença; Falcão (2012), a expressão, como se vê, foi criada para delimitar diferentes linhas de pensamento que naquela época lutavam entre si pela continuação dos trabalhos de Darwin. A conotação desdenhosa foi deixada de lado e o termo passou a ser usado em novos contextos. É comum hoje em dia ouvir comentários, inclusive no meio acadêmico, segundo os quais a expressão neodarwinismo serviria para descrever a versão corrente do darwinismo ou ao menos a versão que resultou da combinação com o mendelismo. “Trata-se, a rigor, de um mal-entendido. Como veremos a seguir, para nos referirmos à combinação histórica entre darwinismo e mendelismo, o melhor seria falar em síntese evolutiva, não em neodarwinismo” (VALENÇA; FALCÃO, 2012).

A Teoria Sintética da Evolução alcançou, no final da década de 1940, uma sólida sustentação em rigorosas bases darwinistas. Isso significa que, passados hoje mais de cento e cinquenta anos da publicação de *Origem das espécies*, as crenças dentro da biologia continuam crendo basicamente que Darwin estava certo, o processo pelo qual as espécies de seres vivos se diversificam é o da descendência com modificação submetida continuamente às pressões ambientais da seleção natural. A teoria da evolução de Darwin envolve um processo de dois tempos. Em primeiro lugar deve haver uma base de traços fenotípicos variáveis em uma população, apenas consequentemente sobre essas diferenças é que alguma seleção pode ocorrer. Sem variações não pode haver seleção (WAIZBORT, 2005).

A descoberta da base material e física da hereditariedade, que começou com as ervilhas de Mendel e alcançou a maioria a partir dos modelos químicos de Watson e Crick passando por outros diversos cientistas do campo da genética, ofereceu ao darwinismo suporte teórico-conceitual e corroborações empíricas inimagináveis. Entretanto, o darwinismo clássico e a Teoria Sintética da Evolução diferem em pontos importantes. A teoria de Darwin e Wallace entre outros ressalta mais os benefícios que as adaptações trazem do que seus custos. O sucesso da combinação entre a teoria da genética das populações e a história natural, estimulou muitos outros biólogos a buscarem uma explicação comum para a mudança evolutiva. Este esforço de aproximação culminou na Síntese Moderna ou Teoria Sintética da Evolução (ALVAREZ, 2010).

Segundo Alvarez (2010) Na sua base estavam vários apontamentos básicos, entre eles que todos os fenômenos evolutivos observados em populações naturais podiam ser explicados com base em mecanismos genéticos, que a seleção natural era o principal mecanismo de evolução, a população era portadora da diversidade necessária para explicar a mudança evolutiva ao longo do tempo e do espaço, que a acumulação de diferenças ao nível das frequências alélicas conduziria a diferenças mais pronunciadas entre as populações de diferentes áreas geográficas, atingindo um ponto em que a troca de genes entre grupos não é viável dando origem a espécies novas e que este processo era gradual, isto é, desenvolvia-se por acumulação de pequenas alterações genéticas com impacto reduzido no fenótipo.

A Teoria Sintética da Evolução foi, e continua a ser, aceite pela maioria dos biólogos e pode ser considerada como uma atualização natural da teoria de Darwin em consequência dos avanços científicos subsequentes, isto é, como uma evolução da Evolução (WAIZBORT, 2005). Porém, foi criticada por ser, essencialmente, uma teoria de genes e de se afastar de um dos objetivos principais da teoria da evolução que é a transmutação da forma. Darwin construiu a sua teoria com base em duas questões fundamentais. A primeira era como explicar a diversidade da vida na Terra e a sua história. A segunda era como explicar a combinação entre a forma e a função nos organismos biológicos. As respostas a estas questões constituem os pilares da teoria evolutiva moderna: a descendência com modificação explica a diversidade, e a seleção natural explica o ajuste entre forma e função (PIGLIUCCI, 2007 Apud ALVAREZ, 2010).

4.4.5.1 Tipos de seleção

A Seleção Natural foi organizada, para fins didáticos, em três categorias distintas da seleção natural atual sobre o indivíduo. Seleção estabilizadora que acontece quando o fenótipo intermediário é favorecido em detrimento dos fenótipos extremos, ou seja, seleciona os organismos com fenótipo intermediário. Isso quer dizer que indivíduos encontrados nos extremos são eliminados. Outra categoria seletiva é a seleção disruptiva, na qual consiste justamente ao contrário da estabilizadora. Ela favorece os indivíduos com características extremas, enquanto os médios são desfavorecidos, onde esse tipo de seleção contribui para diversificação da população e pode ser um fator favorável a especiação. E por último a seleção direcional, em que um fenótipo extremo é favorecido e tem sua frequência aumentada na população. É o tipo de seleção que causa mudanças mais rapidamente, sendo o tipo mais usado nas seleções artificiais (ARAÚJO, 2009; BRUM; BICALHO, 2014; SOUZA, 2010).

Para Darwin, a seleção sexual passa a ser o processo e o resultado de escolhas, não necessariamente conscientes, dos parceiros reprodutivos, obviamente de uma mesma espécie. As estruturas morfológicas que a teoria da seleção sexual explicaria não são compreendidas como estruturas que contribuam diretamente para a sobrevivência de seus portadores (NICOLINI; WAIZBORT, 2013). “A seleção sexual atua sobre atributos relacionados às chances de acesso a parceiros do sexo oposto e o sucesso de acasalamento e fertilização” (MOURA, 2014). Durante muito tempo o homem domesticou e selecionou centenas de espécies de plantas e animais, desenvolvendo assim a agricultura, a pecuária e passou a ter animais domésticos. A seleção artificial é muito mais antiga que a própria genética e se utilizou do conhecimento empírico durante milênios. A diferença básica entre Seleção Artificial e Seleção Natural, é que a primeira está condicionada aos interesses do homem, enquanto a Seleção Natural está diretamente à adaptação das populações a um determinado meio. A Seleção Artificial também costuma ser muitíssimo mais rápida em função da escolha precisa realizada pelos produtores. Entretanto por ser tratar de uma seleção direcionada pelas características mais atrativas para o indivíduo, esse tipo de prática pode ocasionar diversas irregularidades e problemas nos indivíduos submetidos a ela (ARAÚJO, 2009).

4.5. DAS ESTRATÉGIAS DIDÁTICAS

É necessário considerar que o ensino da ciência na contemporaneidade requer uma análise reflexiva do estudo de ciência, suas conquistas, lutas e mudanças. “É importante lembrar que a Ciência escolar refletirá na formação do homem, é preciso ter o cuidado com

este saber para que não trabalhe orientações deste ensino de forma desorganizadas e até contraditórias” (ALMEIDA; JESUS, 2011). Libâneo (2013, pág.56) diz que, o ensino pode ser definido como “uma sequência de atividades do professor e dos alunos, tendo em vista a assimilação de conhecimentos e desenvolvimento de habilidades, por meio dos quais os alunos aprimoram capacidades cognitivas”.

Souza (2013) argumenta que um dos principais problemas do ensino de ciências está em seu distanciamento das realidades da vida dos estudantes e professores. Também pressupõe que, “os educandos com frequência apresentam muitas dificuldades em selecionar informações de diferentes fontes, estabelecer ligações da ciência escolar e situações que fazem parte de suas vidas, fazer interferências e tirar conclusões a partir das contribuições desses conteúdos para relacionar no mundo e com o mundo”. Diante desse fracasso da educação Científica, muitos autores apontam para as limitações do ensino de ciências tradicional, e defendem a necessidade de novos currículos, contendo novas formas de se ensinar ciências (JESUS; PACCA, 2013).

Em sua obra, Bianchi (2012) relata que hoje se costuma dizer que nada mais é inventado, mas apenas descoberto, ou seja, todo conhecimento novo gerado está ligado a algo que já existe e é de importância reconhecida. Pode-se destacar assim, a importância de uma prática reflexiva e fundamentada. O sistema circulatório, devido a sua complexidade, deve ser trabalhado de maneira clara, didática e dinâmica. “É necessário que o professor busque abordagens diferenciadas para lecionar o conteúdo. Uma das formas de tornar isso possível é através de modelos didáticos” (BARBOSA *et al*, 2009). A problematização do conhecimento pode consistir em uma abordagem além daquilo presente nos livros. Nunes; Pechliye (2016) relatam que “as sequências que possuem questões desafiadoras e conteúdo contextualizado podem desencadear o processo de ensino-aprendizagem, além de possibilitar o contato entre os alunos e as ferramentas científicas levando à apreciação da ciência como construção humana”.

4.5.1 Do planejamento

Planejar é organizar suas ações, com a finalidade de que estas sejam bem elaboradas e aplicadas com eficiência, se possível, nos momentos relacionados da ação ou com quem se age. “É necessário o professor ter conhecimento daquilo que vai ensinar, como vai ensinar, para quem vai ensinar e buscar ações para que as metas sejam desenvolvidas, no intuito de

atingir os objetivos estabelecidos” (SANTOS; PERIN, 2010). O planejamento é de extrema importância, desde que, na sua elaboração, os principais autores saibam relacionar os conteúdos com a realidade educacional. Para Conceição *et al* (2008), “o planejamento não deve estar desvinculado das relações que há entre a escola e a realidade do aluno, no sentido de buscar novos caminhos, cujo objetivo é transformar a realidade existente”.

4.5.2 Do livro didático

Os livros de Ciências têm uma função que o torna singular em relação aos outros. “A aplicação do método científico, estimulando a análise de fenômenos, o teste de hipóteses e a formulação de conclusões. Proporcionando ao aluno uma compreensão científica, filosófica e estética de sua realidade” (VASCONCELOS; SOUTO, 2003). Teoricamente ele tem como função auxiliar o professor, no desenvolvimento de atividades pedagógicas, e os estudantes, no processo de aprendizagem. Bezerra; Nascimento (2015) afirmam que, frente as condições enfrentadas pela atual educação pública brasileira, o livro didático serve como subsídio a professores no planejamento de suas aulas e como meio de apresentar conhecimentos científicos aos alunos. Considerando-se o livro didático como um currículo escrito, direcionador das práticas curriculares, em virtude de sua capacidade de orientar as possíveis leituras a serem realizadas pelo professor no contexto da prática (FRISON *et al*, 2000). Para a realização do referido estudo que será aqui apresentado, o mesmo tornou-se um norte da sequência de conteúdos a serem trabalhados, porém, não se limitando a ele para a busca de informações.

4.5.3 Do quadro interativo

Antonio (2009) ressalta que alguns professores imaginam que o giz seja um instrumento de “cópia de textos” e o utilizam intensivamente erroneamente, preenchendo quadros e mais quadros com textos que podem ser encontrados em livros, revistas ou jornais. À medida que se introduz o método simultâneo, o quadro-negro assume o seu lugar privilegiado na sala de aula. Com as discussões sobre o método intuitivo, ampliam-se os recursos materiais como auxiliares do processo ensino-aprendizagem (OLIVEIRA *et al.*,

2014). Sendo descrito assim, muitas vezes como o primeiro contato entre estudante e conteúdo, fundamental para a aprendizagem inicial.

4.5.4 Utilização do lúdico.

O lúdico é uma estratégia insubstituível para ser usada como estímulo na construção do conhecimento humano e na progressão das diferentes habilidades operatórias, além disso, é uma importante ferramenta de progresso pessoal e de alcance de objetivos institucionais. A palavra lúdico vem do latim *ludus* e significa brincar. Neste brincar estão incluídos os jogos, brinquedos e divertimentos e é relativa também à conduta daquele que joga que brinca e que se diverte. Por sua vez, a função educativa do jogo oportuniza a aprendizagem do indivíduo, seu saber, seu conhecimento e sua compreensão de mundo (SANTOS; JESUS, 2010).

Conforme Neves (2001), o lúdico comporta valores específicos para todas as fases do desenvolvimento humano. Desta forma na idade infantil e na adolescência possui um potencial pedagógico essencial, pois tanto a criança quanto o jovem opõem uma resistência à escola e ao ensino, pois acima de tudo ela não é lúdica deixando de ser prazerosa. O professor tem um papel fundamental para conduzir trabalhos lúdicos, levando os alunos a atingir os objetivos específicos da aprendizagem dos conteúdos, conseguindo, assim, proporcionar a socialização dos educandos e desenvolver a capacidade dos mesmos de assimilarem o conteúdo exposto da melhor maneira possível (NILES; SOCHA, 2014). A ludicidade é importante para a saúde mental do ser humano, se tornando um espaço que merece atenção dos pais e educadores, pois é nele que acontece uma expressão genuína do ser, sendo um direito de todo ser para o exercício de relação afetiva com o mundo, com as pessoas, com a informação e o conhecimento. Possibilitando o estudo da relação entre indivíduo e o mundo externo, integrando estudos específicos sobre a importância do lúdico na formação da personalidade (TRISTÃO, 2010).

4.5.5 Vídeos

Lisboa (2014) aponta que o audiovisual vem se tornando um excelente recurso didático, pois contraria o tradicional que já é utilizado em sala de aula. Trazendo a vantagem

de auxiliar o professor em atrair a atenção do aluno ao conteúdo proposto, sem tornar o ensino e a aprendizagem algo monótono. Santos; Perin (2010) enfatizam dizendo que, “não raro, o aluno frequenta a escola, como uma obrigação a ser cumprida, não visualizando a importância da sua participação”. E assim se torna papel da escola, estar preparada para receber os educandos de forma atrativa, permitindo uma boa interação entre professor, alunos e recursos oferecidos.

Dentro deste contexto, a utilização deste recurso didático na prática pedagógica, necessita que o professor tenha a compreensão de como ele poderá relacionar o vídeo com os conteúdos a serem discutidos em sala, e fazer com que o aluno compreenda que aquele vídeo faz parte da aula (VASCONCELOS; LEÃO, 2009). Pontes (2013) afirma em sua monografia que, “as novas tecnologias podem formar cidadãos inteirados de sua realidade, podendo levá-los a adquirir conhecimentos e pensamentos característicos a sua vida social”. Menciona ainda que os conteúdos, atrelados a recursos audiovisuais, podem atuar para que o sujeito possa estimular novos conhecimentos, buscando compreender as problemáticas atuais e trabalhando em busca de alternativas para a alteração do cotidiano e a construção da cidadania.

4.5.6 Do incentivo a pesquisa

Acredita-se que quanto mais cedo acontecer o contato com a leitura prazerosa, mais cedo o aluno desenvolverá o hábito, é preciso que o aluno tenha interesse nessa preposição, e que com ela possa desenvolver seus atos críticos, políticos e intelectual (ALMEIDA, 2013).

Freiberger; Berbel (2009) introduzem que:

“Pensar o desafio de educar pela pesquisa, na Educação Infantil e no Ensino Fundamental, justifica-se pela necessidade de uma educação que contemple a relação teoria/prática voltada para a (re)construção de conhecimentos e que vá além da instrução, já que o tipo de educação centrada no mero repasse de conteúdos escolares parece não atender suficientemente às necessidades do mundo atual. O aluno deve ser valorizado em sua criatividade, podendo assim demonstrar sua imaginação e escrita desenvolvida por meio da leitura.

Referente a uma adequada utilização do uso de pesquisa como estratégia didática, Ninin (2008) enfatiza que podemos definir “pesquisa escolar” como atividade de relação entre conhecimentos, pautada em instrumentos que incentivam a construção do conhecimento e o

desenvolvimento da autonomia, por meio de reflexão crítica, possibilitando o estudante a se descobrir, questionar, analisar, comparar, criticar, avaliar, sintetizar, argumentar, criar. Utilizando deste argumento para esclarecer ao questionamento de Freiburger; Berbel (2009), onde ressaltam que se presencia por diversas vezes durante os dias de trabalho, situações em que professores se queixam dos alunos que não têm autonomia intelectual, “apresentam desinteresse em aprender e que há muitos conteúdos a serem cumpridos e transmitidos, mas que não são totalmente absorvidos pelos alunos”.

4.5.7 Do estudo de casa

Em relação ao que se conceitua como estudo ou tarefa de casa, Libâneo (2013, pág.212), estabeleci como “um importante complemento didático para a consolidação, estreitamente ligado ao desenvolvimento das aulas. Pois podem indicar ao professor, as dificuldades dos alunos e as deficiências da estruturação didática do seu trabalho”. Lima (2013) articula em sua monografia que, “ele também pode servir para introduzir um tema que será trabalhado numa próxima aula, desde que isso fique bem claro para os alunos, desde o momento de aplicação destes deveres”. Concluindo que assim, o professor tem a oportunidade de saber quais conhecimentos seus alunos já trazem a respeito daquilo, e poderá trabalhar um conteúdo de forma muito dinâmica e objetiva com seus alunos.

5. DAS VIVÊNCIAS E O CONTATO COM A ESCOLA

5.1 DA ESCOLA

As atividades da Escola de Educação Básica “Gertrud Aichinger” iniciaram no ano de 1981, nas dependências Salão Paroquial da Comunidade Católica, situado na rua Getúlio Vargas, nº 400, bairro centro, com o nome de Escola Básica Gertrud Aichinger. Foi autorizado o seu funcionamento de 1ª a 4ª Série, pela Portaria E 050, de 17 de fevereiro de 1981, do Conselho Estadual de Educação (CEE), e de 5ª a 8ª Série, pela Portaria E 0132 de 23 de abril de 1981 do CEE. No ano de 1984, a Escola ganha um novo prédio, situado na rua Imbuia, nº 150 e passa a funcionar, além do Ensino Fundamental, com o Ensino Médio “Técnico em Administração”, autorizado pela Portaria 0076 de 06 de abril de 1984 e passa a seu nome alterado para o atual, reconhecido pelo Parecer nº 261/71 e Resolução 14/87. Em 1987, o funcionamento do Curso “Técnico de Secretariado” foi autorizado pelo Parecer nº 269/87.

Em 2000 passou a denominar-se Escola de Educação Básica “Gertrud Aichinger”, mudança ocorrida em virtude da LDB. Já em 2001 ocorreu o reordenamento, tornando se uma escola jovem, onde passou a funcionar somente no Ensino Fundamental, as turmas de 8ª séries, e no Ensino Médio as 3ª séries referentes ao Curso de Educação Geral. No ano de 2006, foi implantado o Curso de Educação Profissional Técnica de Nível Médio – Área de Gestão – Habilitação Técnico em Gestão de Propriedades Rurais, com duração de quatro anos, conforme parecer nº 365 de 20/12/2005.

Em 2012 começou a ser implantado o Projeto do Ensino Médio Integral, gradativamente, a partir do 1º ano do Ensino Médio. Foram 123 alunos matriculados, divididos em quatro turmas, que permaneciam na escola 9 horas diárias, com uma hora para almoço. Os alunos do E.M. Integral, além do currículo normal, tinham aulas de empreendedorismo visando à gestão de negócios, línguas Inglesa e Espanhola, Poesia e Oratória, Dança, Xadrez e Informática. Em 2013 o Ensino Médio passou de Integral para Inovador, com carga horária de 35 horas semanais, distribuídas em cinco manhãs e três tardes para alunos, e uma tarde dedicadas ao planejamento dos professores que atuam no programa que integra as ações do Plano de Desenvolvimento da Educação – PDE, como Estratégia do Governo federal para induzir a reestruturação dos currículos do Ensino Médio. Instituído pela

Portaria N.º 971 de 09/10/2009, o Programa EM Inovador foi criado para provocar o debate sobre o Ensino Médio fomentando propostas curriculares inovadoras nas escolas.

A partir de 2014 durante o período diurno atende somente turmas de EMI e no período noturno turmas regulares. Atualmente a instituição conta com 39 colaboradores entre administrativo, pedagógico, professores e funcionários. Conta com uma infraestrutura integrada com sala de informática, laboratório de biologia/química, biblioteca, acesso a internet para funcionários e aluno bem como dispositivos tecnológicos como projetores, televisores, aparelhos de dvd, fax, câmeras fotográficas entre outros. Possuem 16 salas de aula, sala de diretoria, secretaria, sala dos professores e planejamento, pátio coberto e dependências e vias adaptadas a pessoas com deficiência ou baixa mobilidade.

5.2 DA PROFESSORA

Nascida em 24 de agosto de 1982, Thyciane Tamboseti atualmente reside em Presidente Getúlio – SC, após a conclusão do ensino médio graduou-se em Sistemas de Informação pela antiga Fundação Educacional Hansa Hammonia (FEHH) localizada nas imediações da atual UDESC-CEAVI. Posteriormente licenciou-se em Ciências Biológicas na UNIASSELVI campus de Rio do Sul. Possui especialização em docência em ensino fundamental, médio e superior (Faculdade de Santa Luzia – FACSAL). Atua como docente desde 2009, sendo efetivada na rede estadual de ensino desde 2014, onde se encontra hoje.

5.3 SÍNTESES DE OBSERVAÇÃO

O início das aulas de observação se deu no dia 27 de setembro, as aulas semanais eram constituídas por aulas de 40 minutos na quarta (3ª aula) e na quinta feira (1ª aula). A turma em questão foi o 3º Ano II, uma turma pouco numerosa, inicialmente com 15 estudantes. A organização em sala era livre não havendo mapa ou lugar específico para cada aluno, o que deixava os alunos aleatoriamente sentados criando espaços dentro do ambiente. Durante os dias 27 e 28 os estudantes frequentaram a sala de informática como parte da elaboração de um trabalho para apresentação em sala por intermédio de projetor ou cartaz, sobre o conteúdo

trabalhado nas aulas anteriores, referentes à codificação genética onde cada grupo recebeu uma síndrome específica para apresentar aos demais colegas.

Nos dias 4, 5 e 11 de outubro procederam-se então as apresentações tendo tempo mínimo de 15 minutos, a cada abordagem deveria relatar o como surgiu determinada síndrome, em qual modificação genética ela pode estar envolvida, quais os padrões e consequências, quais os procedimentos e demonstrar exemplos de cada uma. As Síndromes abordadas foram: Síndrome de Down, Síndrome de Turner, Síndrome Klinefelter, Síndrome de Patau, Síndrome de Edwards, Síndrome Burnout, Síndrome de Cohen e a Distrofia Muscular de Duchene. Todos os grupos utilizaram slides para a apresentação. Entre cada apresentação a professora orientava a turma sobre os principais fatos em relação a cada síndrome enfatizando os problemas causados e aonde ocorreu essa modificação genética.

Durante o período de observação o que se pode perceber além do número reduzido de alunos foi a constante ausência dos mesmos, acumulando diversas faltas durante estágio supervisionado. No geral se mostravam desinteressados pelo conteúdo, frequentemente era chamada a atenção pelo uso de celulares e desrespeito aos colegas que estavam apresentando. A professora precisava se esforçar para manter um controle da sala que no geral não era abusivo em questões de bagunça, mas sim da falta de atenção.

5.4 SÍNTESES DE ATUAÇÃO E PRÁTICA DOCENTE

“O trabalho docente é parte integrante do processo educativo mais global pelo qual os membros da sociedade são preparados para a participação na vida social” (LIBÂNEO, pág.14, 2013). O ensino de ciências requer uma grande responsabilidade, determinante, Chassot (pág.82, 2016) argumenta que hoje, “talvez uma das maiores contribuições que aqueles e aquelas que fazem educação por meio do ensino das ciências podem fazer é emprestar uma contribuição para uma adequada seleção do que ensinar”. Salienta-se que a dimensão de realidade neste caso se estende da apreensão de estar à frente dos colegas de classe e passa a se tornar um desafio ainda maior, por estar diante daquilo que se tornará o seu futuro profissional, onde as pessoas esperam o seu melhor.

No dia 18 de Outubro iniciou-se a segunda etapa do estágio supervisionado, agora frente à sala para exercer a função de docente, e após uma conversa introdutória sobre determinados aspectos do que é o estágio supervisionado e o porquê de sua realização então

se iniciou a aula já com três questionamentos (Apêndice 1) com o intuito de partir das concepções individuais já existentes de cada um em relação ao tema evolução biológica. Desta forma os alunos tiveram cerca de 15 minutos para responder e entregar as folhas com as respostas. Engajando-se na primeira questão dá-se um ponto de partida para a reflexão sobre a sucessão de eventos biológicos e do conhecimento científico relacionado a eles. Em seguida introduziu-se uma abordagem histórica sobre os conceitos e teorias que buscam explicar os conceitos de criação e variabilidade das espécies existentes. Salienta-se que introdutoriamente foi conversado sobre as perspectivas científicas e religiosas que rondam o tema e especificado a importância de suas abordagens não direcionando qualquer hipótese como uma verdade universal e única. Foram debatidas as questões criacionistas e seus aspectos seguidos da evolução histórica e objetivos gerais de explicação do evolucionismo, bem como o conceito desenvolvido pelo teleologismo.

Na aula seguinte, dia 19, com o intuito de rememorar o conteúdo visto anteriormente foi feito uma breve introdução com os principais tópicos, e a partir destes dar continuidade a abordagem em relação ao evolucionismo e o criacionismo. Através da utilização do projetor foi passado um vídeo referente às principais diferenças entre as duas teorias, questões históricas de seus desenvolvimentos e o que levou a elaboração destas. Após o vídeo os alunos tiveram a oportunidade de sanar suas dúvidas referentes ao que foi abordado, finalizando com uma revisão dos conceitos incluindo o teleologismo.

Na semana seguinte já com as informações básicas necessárias para dar continuidade ao plano de aula, no dia 25 novamente alguns pontos foram lembrados sobre as últimas aulas. Então os alunos foram divididos em quatro grupos, sendo cada um responsável pela elaboração de um resumo referente ao personagem histórico contido nos artigos entregues a cada grupo. Após o final do prazo para a elaboração dos resumos, iniciou-se uma socialização dos resultados, começando pelo grupo responsável por Carl Von Linné, Lamark, Wallace e Darwin. Os alunos discutiram sua nacionalidade, formações acadêmicas, obras e contribuições para a área das ciências. Apenas o grupo responsável pelo texto referente ao Wallace não conseguiu apresentar o seu resumo a tempo até o final da aula.

Já no dia 26 de setembro, o grupo que havia ficado responsável pela apresentação não teve nenhum representante presente na sala, desta forma a apresentação dos alunos foi novamente adiada para a aula seguinte. Referente aos que já haviam feito suas apresentações foi elaborado tópicos principais a respeito dos indivíduos analisados e dispostos no quadro para que todos tivessem acesso às informações advindas de todos os grupos. Enfatizou-se a importância da construção do conhecimento histórico e de fatos como a classificação

taxonômica das espécies como fator chave para uma organização mais clara e eficiente dos estudos e informações adquiridas com o tempo.

Agora com uma base estruturada de conhecimento a cerca das ideias iniciais dos processos históricos que induziram ao pensamento evolucionista, foi proposto no dia primeiro de novembro um vídeo pertencente à trilogia de documentário “Filosofia das Origens” onde abordam as concepções históricas e sociais de Charles Darwin, sua trajetória científica e a bordo do Beagle, menciona uma infinidade de fatos decorrentes dessa viagem e os principais lugares no qual ele passou. Após a visualização do vídeo, foram então apresentadas as concepções do grupo responsável pelas informações sobre Wallace, que não haviam apresentado ainda. No final da aula foi entregue um trabalho de pesquisa individual referente às temáticas: teoria sintética da evolução e seleção artificial. Foram instruídos quanto ao modelo de trabalho, formatação, onde encontrar as informações necessárias e principalmente como usá-las e referenciá-las. O prazo de entrega foi estipulado em 22 de novembro.

Na quarta feira seguinte, dia 08 o dialogo ocupou praticamente todo o tempo da aula, demonstrando o quanto o número reduzido de aulas e de tempo de cada aula, pode ser significativo na hora do ensino. Foi percorrido durante esse período abordagens referente às teorias lamarckistas e suas leis, as exemplificando e debatendo seus furos para mais tarde ser reestruturada por Darwin. Buscou-se comparar e desenvolver argumentos que definissem as ideologias de cada autor, e as deixassem claras sobre suas perspectivas quanto à evolução. Na noite seguinte.

Com um conhecimento prévio dos mecanismos propostos por Darwin, no dia 09 através do projetor foi passado outro vídeo da trilogia “Filosofia das Origens” que enfatizava as ideias darwinistas sobre a seleção natural e os principais fundamentos para a sua teoria. No documentário se encontra uma ampla abordagem dos conceitos de espécie, população, sociedade. E esclarece situações vividas por Darwin em sua viagem, especialmente em sua passagem pela Ilha de Galápagos, as ideias sobre os tentilhões e as iguanas das ilhas, entre outros fatores contribuintes para a fixação do conteúdo. Após o vídeo foram passadas três questões (Apêndice II) para começarem a responder em sala e trazer pronto para entregar no dia 16.

Na data de entrega das questões poucos alunos compareceram a aula, porém, nada que prejudicasse o desenvolvimento dela. Em um primeiro momento buscou-se lembrar um pouco das aulas anteriores e partir então destes pressupostos para prosseguir com outros aspectos evolucionistas posteriores a Darwin. O neodarwinismo em seu contexto histórico foi apresentado como singularidade referente à teoria sintética da evolução, que em sua maioria

são considerados a mesma coisa, sendo que em sua trajetória histórica não é. Discutiram-se as problemáticas sobre a ausência do conhecimento sobre genética na época e então a união destas duas grandes fontes de conhecimento formando a conhecida teoria sintética da evolução.

Conforme o combinado, dia 22 foi feita a entrega dos trabalhos de pesquisa, alguns indivíduos acabaram não entregando no prazo combinado. Após uma breve discussão a cerca da teoria abordada na aula anterior, os alunos assistiram um vídeo relacionando as diversidades de seleção existentes e suas características e resultados. Seleção natural, fatores evolutivos que aumentam e atuam sobre a variabilidade genética, conceituava termos como especiação e alguns meios de dispersão de espécies. A seleção artificial como resultado de um conjunto de características escolhidas, resultando em uma seleção delas que despertam mais interesse em quem as molda.

Para o último dia de estágio, 23 de novembro, foi elaborada uma pequena dinâmica avaliativa, dividindo os alunos presentes em três grupos. Cada grupo foi considerado uma população de tentilhões que estava no continente, porém, sem alimentos. Assim apenas o mais apto a sobrevoar até a ilha onde estavam os mantimentos conseguiria sobreviver. Desta forma em um jogo de 10 questões (Apêndice III) de Verdadeiro ou Falso, o grupo que obtivesse a maior pontuação final seria o grupo de tentilhões vencedor e receberia a premiação. Cada questão era lida e disparava o cronometro para um minuto e meio de tempo, após o sinal todos ao mesmo tempo deveriam levantar a placa indicando a letra correspondente V ou F. Toda questão poderia ser lida no máximo até três vezes, a seguinte ao registro das respostas ela já era corrigida e discutida caso fosse falsa. Ao final da atividade o resultado predominou no empate de dois grupos, porém, como o objetivo não era promover um vencedor e sim envolve-los com o conteúdo trabalhado durante o período do estágio, dividindo a premiação entre todos da sala. No dia em questão a professora posterior se fez ausente na escola, estendendo o prazo de aula para mais 20 minutos, o que possibilitou uma conversa a respeito da vida acadêmica, dos sistemas de ensino, cursos e carreiras entre outros assuntos que possivelmente contribuiriam não apenas para a graduação dos estudantes, mas como proposta para uma formação continuada também dos professores.

6. CONCLUSÃO

Considera-se que os resultados obtidos durante a realização do estágio supervisionado não se referem apenas as notas numéricas que sucederam das atividades propostas. Sendo o desenvolvimento e o caminho percorrido para chegar nele um fator mais atrativo de ser avaliado, se transformando em ferramentas fantásticas que podem abrir portas para novos olhares, novas metodologias e práticas, novos meios de planejamento.

No decorrer das atuações percebeu-se o quanto se faz necessário ter um planejamento estruturado para a obtenção de um melhor aproveitamento em todos os âmbitos da educação. Pode se considerar fundamental para uma boa desenvoltura em sala de aula, desde o seu contato no momento do estágio, até o momento em que se submetesse a exercer verdadeiramente a função de docente.

As metodologias propostas se mostraram eficientes, e alternativas uteis se utilizadas de forma correta, auxiliando no processo de ensino e por vezes inclusive facilitando o trabalho do professor. De contrapartida ressalta-se que o estágio supervisionado oferece uma dimensão da realidade, que se altera no momento em que se assume realmente o papel de professor, porém, oferece condicionamento total como ponto de partida para exercer a docência.

Com a oportunidade de convivência com esse público da educação em um momento de finalização da educação básica, evidenciou-se que o ensino monótono e tradicional que permeia a educação pode ser alterado, se tornando atrativo. Rompendo os dogmas de um ensino o transformando em um convite para a exploração e construção do conhecimento. O professor enquanto ser transformador tem a oportunidade de contribuir para o desenvolvimento pessoal e social.

Apontando a colocação de Pimenta (2012), antes de ser profissional do magistério e lecionar uma determinada disciplina, o professor é uma pessoa que tem as marcas de sua história de vida e de sua experiência individual e coletiva. E sua trajetória dará as cores para ilustrar essa caminhada, realizando-se assim a concretização pessoal em sua carreira. Ressalta-se então que o trabalho aqui apresentado foi contribuinte para o entendimento destes aspectos, e que as dificuldades impostas e encontradas no seu decorrer, foram superadas, com base na resiliência em acreditar que o professor tem em suas mãos a capacidade de moldar e tocar as pessoas.

“A arte de interrogar não é tão fácil como se pensa. É mais uma arte de mestres do que de discípulos; é preciso ter aprendido muitas coisas para saber perguntar o que não se sabe.”
(Jean-Jackes Rousseau)

7. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, A.V., FALCÃO, J.T. da R. A ESTRUTURA HISTÓRICO-CONCEITUAL DOS PROGRAMAS DE PESQUISA DE DARWIN E LAMARCK E SUA TRANSPOSIÇÃO PARA O AMBIENTE ESCOLAR. *Ciência & Educação*, 11, 1, 17-32. (2005).

ALMEIDA, Débora Carvalho Monteiro Nunes. JESUS, Dominick do Carmo. *TEORIA X PRÁTICA NO ENSINO DE CIÊNCIAS: UMA UNIÃO FUNDAMENTAL NO PROCESSO ENSINO-APRENDIZAGEM.* – Maio, 2011.

ALMEIDA, Edslei Rodrigues de. CHAVES, Andrea Carla Leite. *O ENSINO DE BIOLOGIA EVOLUTIVA: AS DIFICULDADES DE ABORDAGEM SOBRE EVOLUÇÃO NO ENSINO MÉDIO EM ESCOLAS PÚBLICAS DO ESTADO DE RONDÔNIA.* Novembro de 2014.

ALMEIDA, Katieli Bosquette de. *INCENTIVO À LEITURA COM ALUNOS DAS SÉRIES FINAIS DO ENSINO FUNDAMENTAL.* Orientadora: Maria Fatima Menegazzo Nicodem. Monografia de Especialização em Educação: Métodos e Técnicas de Ensino. Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Medianeira, 2013.

ALVAREZ, Manuela. O CONTRIBUTO DA GENÉTICA PARA A EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO EVOLUTIVO - *Antropologia Portuguesa* 26/27, 2009/2010: 121-135

ANTONIO, José Carlos. Uso pedagógico do giz. **Professor Digital**, SBO, 28 set. 2009. Disponível em: <<https://professordigital.wordpress.com/2009/09/28/uso-pedagogico-do-giz/>>. Acesso em 25 de novembro de 2017.

ARAÚJO, Edilson Divino de. *SELEÇÃO NATURAL.* Setembro de 2009.

BARBOSA, Angela Maria; AMARAL, Telma. *A CONTRIBUIÇÃO DO ESTÁGIO SUPERVISIONADO NA FORMAÇÃO DO PEDAGOGO.* Outubro de 2009.

BARROS, Dirson Maciel de. *CRIACIONISMO E EVOLUCIONISMO: UMA POSSIBILIDADE DE EQUILÍBRIO A PARTIR DO TRANSFORMISMO DE TEILHARD DE CHARDIN* – Recife, 2009.

BARZANO, M. A. L. *A formação de professores de Biologia nas teses e dissertações.* I Encontro Regional de Ensino de Biologia (EREBIO). Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, 2001.

BEZERRA, Rafael Gonçalves. NASCIMENTO, Lucy Mirian Campo Tavares. *O USO DO LIVRO DIDÁTICO DE CIÊNCIAS POR ALUNOS DO ENSINO FUNDAMENTAL DE FORMOSA-GO.* *Revista Lugares de Educação [RLE]*, Bananeiras-PB, v. 5, n. 11, p. 133-146. Maio de 2015.

BIANCHI, Anna Cecília de Moraes. *MANUAL DE ORIENTAÇÃO: ESTÁGIO SUPERVISIONADO* / Anna Cecília de Moraes Bianchi, Marina Alvarenga, Roberto Biachi. – 4. Ed. – São Paulo: Cengage Learning, 2012.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria da Educação Média e Tecnológica. Parâmetros Curriculares Nacionais: Ensino Médio. Brasília: 1999. 364p.

BRASIL. Secretaria de Educação Fundamental. Parâmetros Curriculares Nacionais: Ciências Naturais. Vol. 4. Brasília: MEC/SEF, 1998.

CARMO, Viviane Arruda do. BIZZO, Nélio. MARTINS, Lilian Al-Chueyr Pereira. ALFRED RUSSEL WALLACE E O PRINCÍPIO DE SELEÇÃO NATURAL. *Filosofia e História da Biologia*, v. 4, p. 209-233, 2009.

CARMO, Viviane Arruda do. MARTINS, Lilian Al-Chueyr Pereira. CHARLES DARWIN, ALFRED RUSSEL WALLACE E A SELEÇÃO NATURAL: UM ESTUDO COMPARATIVO. - *Filosofia e História da Biologia*, v. 1, p. 335-350, 2006.

CHASSOT, Attico. ALFABETIZAÇÃO CIENTÍFICA: QUESTÕES E DESAFIOS PARA A EDUCAÇÃO. 7. Ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2016. – 344p. – (Coleção educação em ciências).

CONCEIÇÃO, Joecléa Silva. SANTOS, Joelma Felix dos. SOBRINHA, Maria do Carmo Araujo Moura. OLIVEIRA, Márjori Aparecida Rocha de. A IMPORTÂNCIA DO PLANEJAMENTO NO CONTEXTO ESCOLAR – 2008.

COSTA, Felipe A. P. L. UMA CARACTERIZAÇÃO HISTÓRICA DO DARWINISMO. em 02/09/2014 na edição 814.

DEMO, Pedro. Educar pela pesquisa. São Paulo: Autores Associados, 2002.

FREIBERGER, Regiane Muller. BERBEL, Neusi A. Navas. A IMPORTÂNCIA DA PESQUISA COMO PRINCÍPIO EDUCATIVO NA ATUAÇÃO PEDAGÓGICA DE PROFESSORES DE EDUCAÇÃO INFANTIL E ENSINO FUNDAMENTAL. PUCPR, Outubro de 2009.

FRIZON, Marli Dallagnol. VIANNA, Jaqueline. CHAVES, Jéssica Mello. BERNARDI, Fernanda Naimann. LIVRO DIDÁTICO COMO INSTRUMENTO DE APOIO PARA CONSTRUÇÃO DE PROPOSTAS DE ENSINO DE CIÊNCIAS NATURAIS. Empec – Novembro de 2009.

GOEDERT, Lidiane. DELIZOICOV, Nadir Castilho. ROSA, Vivian Leyser da. A FORMAÇÃO DE PROFESSORES DE BIOLOGIA E A PRÁTICA DOCENTE - O ENSINO DE EVOLUÇÃO – 2005.

JESUS, Luciana Romeira de. PACCA, Jesuína Lopes de Almeida. A CONSTRUÇÃO DO SISTEMA CIRCULATÓRIO NA HISTÓRIA E NA SALA DE AULA. Atas do IX Encontro Nacional de Pesquisa em Educação em Ciências – IX ENPEC Águas de Lindóia, SP – Novembro de 2013.

KRASILCHIK, M. Prática de Ensino de Biologia. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004. 197p

LEITE; ARCHILIA; CARNEIRO. O ENSINO DE CIÊNCIAS NO ENSINO FUNDAMENTAL O PCN DE CIÊNCIAS NATURAIS E A ATUAÇÃO EM SALA DE AULA UMA PRÁXIS POSSÍVEL. Centro Universitário São Camilo, 2012.

LIBÂNEO, José Carlos. DIDÁTICA / José Carlos Libâneo. – 2. Ed. – São Paulo: Cortez, 2013

LIBÂNEO, José Carlos. PIMENTA, Selma Garrido. FORMAÇÃO DE PROFISSIONAIS DA EDUCAÇÃO: VISÃO CRÍTICA E PERSPECTIVA DE MUDANÇA. Educação & Sociedade, ano XX, nº 68, Dezembro/99.

LICATTI, Fábio O ENSINO DE EVOLUÇÃO BIOLÓGICA NO NÍVEL MÉDIO: INVESTIGANDO CONCEPÇÕES DE PROFESSORES DE BIOLOGIA / Fábio Licatti. - - Bauru : [s.n.], 2005. 240 f.

LIMA, Lauro de Oliveira. A construção do homem segundo Piaget. São Paulo: Summus, 1984.

LIMA, Thais Ramos de. DEVER DE CASA: OS DIFERENTES PONTOS DE VISTA. Rio De Janeiro, 2013.

LISBOA, Domingas Mendes. VÍDEOS DIDÁTICOS NO ENSINO DE CIÊNCIAS: UMA ANÁLISE DAS PROPOSTAS APRESENTADAS NOS ENPEC DE 2009, 2011 E 2013. Dezembro de 2014.

MALUCELLI, Vera Maria Brito. FORMAÇÃO DOS PROFESSORES DE CIÊNCIAS E BIOLOGIA: reflexões sobre os conhecimentos necessários a uma prática de qualidade - Estud. Biol. 2007 jan/mar;29(66):113-116.

MARTINS, Lilian Al-Chueyr Pereira . BAPTISTA, Ana Maria Haddad. LAMARCK, EVOLUÇÃO ORGÂNICA E TEMPO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES - Filosofia e História da Biologia, v. 2, p. 279-296, 2007.

MARTINS, Lilian Al-Chueyr Pereira. NOS TEMPOS DE LAMARCK: O QUE ELE REALMENTE PENSAVA SOBRE EVOLUÇÃO ORGÂNICA. 2006.

MARTINS, Maurício Vieira. HISTÓRIA E TELEOLOGIA EM DARWIN E MARX PARA ENTENDER UM DEBATE. Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, Rio de Janeiro: vol. 2 no.4, maio-agosto 2010, p. 78-93.

MATZKE, Nicholas. The evolution of creationist movements. Evolution: education and outreach, n. 3, v. 2, p. 145-162, 2010.

MIRAS, Mariana. Um ponto de partida para a aprendizagem de novos conteúdos: os conhecimentos prévios. In: COLL, César; MARTÍN, Elena. O construtivismo na sala de aula. São Paulo: Ática, 2003.

MOURA, Rafael Rios. SELEÇÃO SEXUAL E COMPORTAMENTO REPRODUTIVO DE *Mecynogea erythromela*. (Holmberg 1984) (ARANEAE: ARANEIDAE) / Rafael Rios Moura – 2014.

NEVES, Lisandra Olinda Roberto. O LÚDICO NAS INTERFACES DAS RELAÇÕES EDUCATIVAS. Disponível em < <http://www.centrorefeducacional.com.br/ludico.htm> > Acesso em 04 de dezembro de 2017.

NICOLINI, Livia Baptista. WAIZBORT, Ricardo Francisco. PLUMAS, CANTOS E MENTES: DARWIN, A SELEÇÃO SEXUAL E O ENSINO DA TEORIA DA EVOLUÇÃO. Revista Brasileira de Pesquisa em Educação em Ciências Vol. 13, No 2, 2013.

NILES, Rubia Paula Jacob. SOCHA, Kátia. A IMPORTÂNCIA DAS ATIVIDADES LÚDICAS NA EDUCAÇÃO INFANTIL. Ágora: R. Divulg. Cient., v. 19, n. 1, p. 80-94, jan./jun. 2014 (ISSNe 2237-9010).

NININ. Maria Oflia Guimarães. PESQUISA NA ESCOLA: QUE ESPAÇO É ESSE? O DO CONTEÚDO OU O DO PENSAMENTO CRÍTICO? - Educação em Revista | Belo Horizonte | n. 48 | p. 17-35 | dezembro de 2008.

NUNES, Luana Beatriz Xavier. PECHLIYE Magda Medhat. HISTÓRIA DA CIÊNCIA E ENSINO DE SISTEMA CIRCULATÓRIO: UMA PROPOSTA DE SEQUÊNCIA DIDÁTICA. Revista da SBEnBio - Número 9 – 2016.

OLIVEIRA, Kaio Eduardo de Jesus. LIMA, Daniella de Jesus. CONCEIÇÃO, Sheilla Silva da. DO QUADRO NEGRO À LOUSA DIGITAL INTERATIVA: RESSONÂNCIAS DE UMA TECNOLOGIA EDUCACIONAL. GT5 – Educação, Comunicação e Tecnologias, 2014.

PIMENTA, Selma Garrido. ESTÁGIO E DOCÊNCIA / Selma Garrido Pimenta, Maria Socorro Lucena Lima; revisão técnica José Cerchi Fusari, - 7. Ed – São Paulo: Cortez, 2012. – (Coleção docência em formação. – Série saberes pedagógicos).

PONTES, Josenilda Ferreira Vieira de. A UTILIZAÇÃO DE RECURSOS AUDIOVISUAIS NAS AULAS DE CIÊNCIAS: UM ESTUDO COM PROFESSORES POLIVALENTES – João Pessoa, 2013.

SANTOS Élia Amaral do Carmo. JESUS, Basiliano do Carmo de. O LÚDICO NO PROCESSO ENSINO-APRENDIZAGEM. Janeiro de 2010.

SANTOS, Maria Lucia dos. PERIN, Conceição Solange Bution. A IMPORTÂNCIA DO PLANEJAMENTO DE ENSINO PARA O BOM DESEMPENHO DO PROFESSOR EM SALA DE AULA. 2010.

SCALABRIN, Izabel Cristina. MOLINARI, Adriana Maria Corder. A IMPORTÂNCIA DA PRÁTICA DO ESTÁGIO SUPERVISIONADO NAS LICENCIATURAS - 2013.

SCOTT, Eugenie C.; MATZKE, Nicholas. Biological design in science classrooms. Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America, n. 104, Suppl. 1, p. 8669-8676, 2007.

SILVA, Regisnei Aparecido de Oliveira. PIOCHON, Elci Ferreira Mendes. MORAIS, Susigreicy Pires de ESTÁGIO CURRICULAR SUPERVISIONADO EM BIOLOGIA: VIVENCIAR E REFLETIR A PRÁTICA – 2009.

SILVA, Vania Fernandes e. BASTOS Fernando. FORMAÇÃO DE PROFESSORES DE CIÊNCIAS: REFLEXÕES SOBRE A FORMAÇÃO CONTINUADA. ALEXANDRIA Revista de Educação em Ciência e Tecnologia, v.5, n.2, p.150-188, Setembro de 2012.

SOBRINHO, Raimundo De Sousa. A IMPORTÂNCIA DO ENSINO DA BIOLOGIA PARA O COTIDIANO. – Fortaleza, 2009.

SOUZA, Alessandra Cardosina de. A EXPERIMENTAÇÃO NO ENSINO DE CIÊNCIAS: importância das aulas práticas no processo de ensino aprendizagem. Medianeira, 2013.

SOUZA, Andréa Lopes de. A VIAJEM DE ALFRED RUSSEL WALLACE AO BRASIL: UMA APLICAÇÃO DE HISTÓRIA DA CIÊNCIA NO ENSINO DE BIOLOGIA. São Paulo, 2014.

SPOSITO, Neusa Elisa Carignato. O ESTÁGIO SUPERVISIONADO E O ENSINO DE CIÊNCIAS. Universidade Federal de Uberlândia – UFU, 2009.

TRISTÃO, Marly bernardino. O LÚDICO NA PRÁTICA DOCENTE. Porto Alegre – RS, 2010.

VALENÇA, Cristiana Rosa. FALCÃO, Eliane Brígida Moraes. DARWINISMO OU NEODARWINISMO NAS SALAS DE AULA: DIFICULDADES DISCENTES OU AMBIVALÊNCIAS DOCENTES? – Rio de Janeiro, 2010.

VASCONCELOS, Flávia Cristina Gomes Catunda de. LEÃO, Marcelo Brito Carneiro. O VÍDEO COMO RECURSO DIDÁTICO PARA ENSINO DE CIÊNCIAS: uma categorização inicial. 2009.

VASCONCELOS, Simão Dias. SOUTO, Emanuel. O LIVRO DIDÁTICO DE CIÊNCIAS NO ENSINO FUNDAMENTAL – PROPOSTA DE CRITÉRIOS PARA ANÁLISE DO CONTEÚDO ZOOLOGICO. Ciência & Educação, v. 9, n. 1, p. 93-104, 2003.

VIÉGASA, Ana Luísa Dela Cruz. CRUZA, Lílian Mara Dela. MENDES, Ana Paula Faustino Tieti. FORMAÇÃO DE PROFESSORES EM CIÊNCIAS BIOLÓGICAS: DESAFIOS, LIMITES E POSSIBILIDADES. UNOPAR Cient., Ciênc. Human. Educ., Londrina, v.16, n.5, p. 507-519, 2015.

WAIZBORT, R.: Notas para uma aproximação entre o neodarwinismo e as ciências sociais. História, Ciências, Saúde – Manguinhos, v. 12, n. 2, p. 293-318, maio-ago. 2005.

ZAMUNARO, A. N. B. R. A PRÁTICA DE ENSINO DE CIÊNCIAS E BIOLOGIA E SEU PAPEL NA FORMAÇÃO DE PROFESSORES. 309 f. Tese (Doutorado em Educação para a Ciência, Área de Concentração: Ensino de Ciências) – Curso de Pós-Graduação em Educação para a Ciência, Universidade Estadual Paulista, 2006.

APÊNDICES

APÊNDICE I.

- 1 – Como chegamos a essa diversidade de espécies que compõem a biodiversidade mundial hoje?
- 2 – Qual a espécie atualmente considerada a mais evoluída?
- 3 – O ser humano em sua concepção é uma espécie evolutiva involutiva?

APÊNDICE II – Questionário 1ª aula.

1 – Com base no que foi discutido em casa, comente sobre as duas principais leis que fundamentavam as teorias de Lamarck, exemplifique.

2 – Darwin em sua obra “A origem das espécies por meio de seleção natural” se tornou um ícone na história do evolucionismo. Discuta sobre suas ideias e a sua trajetória para chegar a estas conclusões.

3 – Qual a importância de classificarmos organizadamente de forma taxonômica as espécies de seres vivos?

APÊNDICE III – Questionário 7ª aula.

- 1 - Lamarck afirmou que os organismos vivos eram selecionados e apenas os organismos mais aptos sobreviviam. (F)
- 2 - De acordo com a teoria de Lamarck, um ser vivo que fazia uso intensivo de determinado órgão sobrevivia, enquanto aquele que não utilizava esse mesmo órgão morria. (V)
- 3 - De acordo com o darwinismo o meio ambiente exerce uma força seletiva sobre as espécies. (V)
- 4 – Seleção natural, deriva gênica e migração são fatores que atuam sobre a variabilidade dos genes. (V)
- 5 - De acordo com Darwin Seleção natural e lei da herança dos caracteres adquiridos eram as teorias abordadas em seu livro origem das espécies. (F)
- 6 - Segundo Darwin, A competição entre espécies iguais ou diferentes é consequência do número elevado de indivíduos em uma situação em que os recursos naturais são escassos. (V)
- 7 – A seleção artificial pode ser considerada um modo comum de seleção, que implica na escolha das características importantes para a sobrevivência do ser submetido a ela. (F)
- 8 - Para que ocorra a seleção natural, é fundamental que exista variabilidade genética. (V)
- 9 – De acordo com a teoria teleologista Deus implantou o início e a as sequencias de sucessões aconteceram naturalmente, conciliando o Criacionismo e o evolucionismo. (f)
- 10 – Historicamente pode se considerar correto dizer que Neodarwinismo e teoria sintética da evolução é a mesma coisa. (F)

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
F	V	V	V	F	V	F	V	F	F

ANEXO IV – Planos de aula.

PLANO 1

UNIDAVI

Ciências Biológicas - 8ª Fase

Acadêmico: William Paul – 39627

Ens. Médio - 3º Ano

Duração: Uma aula – 40 min. 18/10/17

Evolução Biológica – Abordagem histórica.

Objetivo Geral: Sintetizar e introduzir o conteúdo relacionado a evolução biológica e seu desenvolvimento histórico.

Objetivos Específicos: Apresentar os conceitos referentes às teorias ligas ao tema e expor as principais diferenças entre elas.

Conteúdo: Conceitos gerais das ideias relacionadas ao criacionismo, evolucionismo e teleologismo.

Recursos: Quadro branco; pincel.

Sequência Didática: Abordagem inicial com três perguntas para avaliar a concepção dos alunos. Introdução teórica dialogada, com representação no quadro, decorrendo sobre as abordagens teóricas e históricas das teorias trabalhadas.

PLANO 2

UNIDAVI

Ciências Biológicas - 8ª Fase

Acadêmico: William Paul – 39627

Ens. Médio - 3º Ano

Duração: Uma aula – 40 min. 19/10/17

Evolução Biológica – Criacionismo x Evolucionismo.

Objetivo Geral: Diferenciar as diferentes abordagens relativas a evolução.

Objetivos Específicos: Interpretar as principais diferenças entre as teorias abordadas, identificar alguns conceitos precursores destas ideias. Esclarecer os pontos singulares de cada teoria, permitindo uma maior clareza de cada ideologia.

Conteúdo: Percorso histórico do criacionismo e evolucionismo, seus fundamentos gerais, suas características e finalidades.

Recursos: Quadro branco; pince; projetor e vídeos.

Sequência Didática: introdução com a passagem no quadro dos tópicos vistos na aula anterior, seguida de dois vídeos onde se apresentam as teorias de forma clara e abrangente, seguido de discussão a cerca do vídeo em relação ao conteúdo já debatido buscando reafirmar os conteúdos.

Link dos vídeos: <https://www.youtube.com/watch?v=QNFFjUaJnRA>

<https://www.youtube.com/watch?v=PhtMVXLgVwg>

PLANO 3

UNIDAVI

Ciências Biológicas - 8ª Fase

Acadêmico: William Paul – 39627

Ens. Médio - 3º Ano

Duração: Uma aula – 40 min. 25/10/17

Evolução Biológica – Personagens históricos do evolucionismo

Objetivo Geral: Apresentar os Principais contribuintes para a formação do pensamento evolucionista.

Objetivos Específicos: Promover a busca pelo conhecimento sobre os agentes que estruturaram o conhecimento sobre a evolução das espécies e suas contribuições a biologia. Enfatizar a importância e resultados dos trabalhos exercidos por estes cientistas.

Conteúdo: Biografias de Von Carl Linné, Lamarck, Wallace e Darwin.

Recursos: Artigos científicos entregues.

Sequência Didática: Os alunos serão divididos em quatro grupos, sendo cada grupo responsável pela leitura e abordagem das principais informações e contribuições de um cientista. Após a formulação dos tópicos, será realizada uma socialização dos resultados.

Avaliação: Fará parte de um conjunto de atividades que resultarão em uma nota ao final do estágio.

PLANO 4

UNIDAVI

Ciências Biológicas - 8ª Fase

Acadêmico: William Paul – 39627

Ens. Médio - 3º Ano

Duração: Uma aula – 40 min. 26/10/17

Evolução Biológica – Personagens históricos do evolucionismo

Objetivo Geral: Apresentar os Principais contribuintes para a formação do pensamento evolucionista.

Objetivos Específicos: Promover a busca pelo conhecimento sobre os agentes que estruturaram o conhecimento sobre a evolução das espécies e suas contribuições a biologia. Enfatizar a importância e resultados dos trabalhos exercidos por estes cientistas.

Conteúdo: Biografias de Von Carl Linné, Lamarck, Wallace e Darwin.

Recursos: Quadro branco; pincel.

Sequência Didática: Como forma de reafirmar as informações vistas na aula anterior, os tópicos advindos de cada grupo em conjunto com algumas informações adicionais serão passadas no quadro para que todos possuam uma mesma base dos conhecimentos comentados.

PLANO 5

UNIDAVI

Ciências Biológicas - 8ª Fase

Acadêmico: William Paul – 39627

Ens. Médio - 3º Ano

Duração: Uma aula – 40 min. 01/11/17

Evolução Biológica – Lamarckismo X Darwinismo

Objetivo Geral: Apresentar as concepções Lamarckistas e Darwinistas referentes a evolução das espécies.

Objetivos Específicos: Esclarecer as ideias de cada autor, interpretar as hipóteses que os levaram as suas conclusões e as evidencias que os levaram a elas.

Conteúdo: Lamarckismo e suas leis do uso e desuso / lei dos caracteres adquiridos. A história de Darwin, sua viagem, concepções e questionamentos que o levaram a escrever “a origem das espécies”.

Recursos: Projetor, vídeo.

Sequência Didática: Apresentar o vídeo “A Origem de Darwin” pertencente à trilogia de documentários da série “Filosofia das Origens” do canal Origens NT. Seguido da entrega do trabalho de pesquisa sobre a teoria sintética da evolução e seleção artificial.

Link do vídeo: <https://www.youtube.com/watch?v=YVxsbQKSZxM&t=16s>

PLANO 6

UNIDAVI

Ciências Biológicas - 8ª Fase

Acadêmico: William Paul – 39627

Ens. Médio - 3º Ano

Duração: Uma aula – 40 min. 08/11/17

Evolução Biológica – Lamarckismo X Darwinismo

Objetivo Geral: Confrontar as ideias dos autores para esclarecer suas singularidades e contribuições.

Objetivos Específicos: Esclarecer os conceitos utilizados por cada um dos autores, evidenciar as diferenças entre elas, e esclarecer os possíveis erros contidos em cada uma.

Conteúdo: Lamarckismo (Lei uso e desuso / caracteres adquiridos) e Darwinismo (Seleção natural).

Recursos: Quadro branco; pincel.

Sequência Didática: Proporcionar o diálogo de forma dinâmica atraindo a participação dos alunos para o questionamento referente às suas possíveis dúvidas. Expor de forma sistemática os pontos-chaves das teorias abordadas e as esclarecer de forma conjunta.

PLANO 7

UNIDAVI

Ciências Biológicas - 8ª Fase

Acadêmico: William Paul – 39627

Ens. Médio - 3º Ano

Duração: Uma aula – 40 min. 09/11/17

Evolução Biológica – Darwinismo e a seleção natural

Objetivo Geral: Evidenciar as informações a cerca da seleção natural.

Objetivos Específicos: Demonstrar os conceitos elaborados por Darwin referente à sua teoria embasada pela seleção natural. Apresentar conceitos básicos de espécie, população e sociedade.

Conteúdo: Seleção natural e conceitos estabelecidos por Darwin na elaboração de suas ideias.

Recursos: projetor; vídeo.

Sequência Didática: Apresenta o vídeo “Seleção Natural e Adaptação” pertencente à trilogia de documentários da série “Filosofia das Origens” do canal Origens NT. Após o vídeo os alunos receberão três questões que deverão iniciar na escola e trazer pronto para entrega na aula seguinte.

Avaliação: Fará parte de um conjunto de atividades que resultarão em uma nota ao final do estágio.

Link do vídeo: <https://www.youtube.com/watch?v=hewIbEI71iA>

PLANO 8

UNIDAVI

Ciências Biológicas - 8ª Fase

Acadêmico: William Paul – 39627

Ens. Médio - 3º Ano

Duração: Uma aula – 40 min. 16/11/17

Evolução Biológica – Neodarwinismo e Teoria sintética da evolução.

Objetivo Geral: Evidenciar as ideias pós-darwinismo.

Objetivos Específicos: Esclarecer as diferenças históricas entre as ideologias citadas, caracterizar cada uma de acordo com sua construção histórica. Evidenciar os fatores que atuam nos processos de seleção descritos pela atual teoria aceita no campo científico referente a evolução biológica.

Conteúdo: Neodarwinismo; teoria sintética da evolução; Fatores que aumentam a variabilidade genética : Mutação e recombinação; Fatores que atuam sobre a variabilidade: Seleção natural, deriva gênica, migração e fluxo gênico.

Recursos: Quadro branco; pincel.

Sequência Didática: A aula será teórica dialogada com a exposição dos conteúdos no quadro para disponibilização dos tópicos debatidos.

Avaliação: Fará parte de um conjunto de atividades realizadas durante o estágio, somando-se a pontuação das tarefas anteriores, formulando uma nota única.

PLANO 9

UNIDAVI

Ciências Biológicas - 8ª Fase

Acadêmico: William Paul – 39627

Ens. Médio - 3º Ano

Duração: Uma aula – 40 min. 22/11/17

Evolução Biológica – Tipos de seleção.

Objetivo Geral: Expor as diversidades de meios de atuação referente aos tipos de seleção abordados.

Objetivos Específicos: relacionar os mecanismos atuantes nos meios de seleção, suas características, e fatores sob quais atuam.

Conteúdo: seleção natural: seleção estabilizadora, disruptiva e direcional. Seleção sexual e seleção artificial.

Recursos: Projetor; vídeos.

Sequência Didática: Serão passados dois vídeos, sendo o primeiro referente aos tipos de seleção natural e seleção sexual. O segundo vídeo fala sobre a seleção artificial e suas consequências para os indivíduos submetidos a ela. Após será realizada uma discussão a cerca dos conteúdos vistos bem como os conhecimentos tratados até o momento durante o estágio.

Link dos Vídeos: https://www.youtube.com/watch?v=FZRD6_MDdYg

https://www.youtube.com/watch?v=amI_ocxkTgs

PLANO 10

UNIDAVI

Ciências Biológicas - 8ª Fase

Acadêmico: William Paul – 39627

Ens. Médio - 3º Ano

Duração: Uma aula – 40 min. 23/11/17

Evolução Biológica – Teorias evolucionistas

Objetivo Geral: Observar os conhecimentos absorvidos no decorrer das aulas anteriores.

Objetivos Específicos: evidenciar as informações e conceitos entendidos pelos alunos, verificar a clareza e conhecimento dos mesmos referentes a cada uma das teorias, proporcionar através do lúdico uma interação agradável e que transpasse saberes fundamentais sobre o tema trabalhado durante o estágio supervisionado.

Conteúdo: seleção natural: Criacionismo, teleologismo, evolucionismo: lamarckismo, darwinismo, neodarwinismo, teoria sintética da evolução e tipos de seleção.

Recursos: quadro; pincel; questionário V ou F; placas de respostas.

Sequência Didática: os alunos serão divididos em três grupos, cada grupo representara uma população de tentilhões que está no continente. Sem disponibilidade de alimento para todos apenas os tentilhões aptos a sobrevoar por longa distâncias irão alcançar a ilha onde os suprimentos alimentícios serão sanados. Desta forma em um jogo de 10 questões de Verdadeiro ou Falso, o grupo que obtiver a maior pontuação final será o grupo de tentilhões vencedor e receberá a premiação. Cada questão será lida e ao final da primeira leitura o cronometro vai ser disparado contabilizando o tempo de um minuto e meio, após o sinal todos ao mesmo tempo deverão levantar a placa indicando a letra correspondente V ou F. Toda questão poderá ser lida no máximo até três vezes, seguido da resposta dos grupos a questão irá ser discutida e quando falsa corrigida.