

REVISTA DA
Escola Superior da Procuradoria
Geral do Estado de São Paulo

Journal of the State of São Paulo Legal Office's School

Volume 7 – Número 1

Jan / Dez 2016

ISSN 2179-8532



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

GERALDO ALCKMIN
GOVERNADOR DO ESTADO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ELIVAL DA SILVA RAMOS
Procurador Geral do Estado

MARIÂNGELA SARRUBBO FRAGATA
Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos

PGE - SP

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
Centro de Estudos – ESPGE

**REVISTA DA ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
DE SÃO PAULO**

*JOURNAL OF THE STATE OF SÃO PAULO
LEGAL OFFICE'S SCHOOL*

v. 7 • nº 1 • janeiro / dezembro 2016
ISSN 2179-8532

PGE - SP

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
Centro de Estudos - ESPGE

©2016

A Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (RESPGE-SP) é uma publicação anual da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. É permitida a reprodução de trechos dos artigos, desde que mencionada a fonte original de publicação.

Tiragem: 600 exemplares

Editora Científica / Scientific Editor

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira

Conselho Editorial / Editorial Board

Alexandre Reis Siqueira Freire, Universidade Federal do Maranhão – UFMA, São Luís/MA, Brasil

Alvaro Bereijo, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, Espanha

André Ramos Tavares, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Antônio Pereira Gaio Júnior, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ, Seropédica/RJ, Brasil

Carlos Ari Vieira Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo/SP, Brasil

Carlos Blanco de Morais, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Celso Antônio Bandeira de Mello, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Daniel Antônio de Moraes Sarmiento, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, Brasil

Dinorá Adelaide Musetti Grotti, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Dirceu Siqueira Pereira, Centro Universitário de Maringá – PR (UniCesumar), Maringá/PR, Brasil

Dirley da Cunha Júnior, Universidade Federal da Bahia, Salvador/BA, Brasil

Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Fábio Palaretti Calcini, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Giselda Hiroshida, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Humberto Theodoro Júnior, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, Brasil

Jorge Miranda, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Eduardo Miranda, Centro Universitário de Maringá – PR (UniCesumar), Maringá/PR, Brasil

José Reinaldo de Lima Lopes, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Juan Zornoza Pêres, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Espanha

Juvêncio Borges da Silva, Associação de Ensino de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto/SP, Brasil

Leo Pepe, Università degli Studi Roma Tre – Sedi Roma, Itália

Luiz Alberto David Araújo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Margarita de Hegedus, Universidad de Montevideo, Montevideú, Uruguai

Margerete Gresse, University of Washington, Seattle, EUA

Maria Garcia, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Maria Helena Diniz, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Nina Beatriz Stocco Ranieri, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Paulo Affonso Leme Machado, Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba/SP, Brasil

Rennan Faria Krüger Thamay, Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP, São Paulo/SP, Brasil

Ricardo Maurício Freire Soares, Universidade Federal da Bahia, Salvador/BA, Brasil

Rodrigo Valente Giublin Teixeira, Centro Universitário de Maringá – PR (UniCesumar), Maringá/PR, Brasil

Sueli Dallari, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Vasco Pereira da Silva, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Walber Agra, Universidade Federal de Pernambuco – Recife/PE, Brasil

Corpo Editorial/ Publishers

Arlindo Philippi Junior, Universidade de São Paulo/SP, Brasil

Eduardo Carlos Bianca Bittar, Universidade de São Paulo,
São Paulo/SP, Brasil

Érika Bechara, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
São Paulo/SP, Brasil

Fernando Dias Menezes de Almeida, Universidade de São Paulo,
São Paulo/SP, Brasil

Guilherme Assis de Almeida, Universidade de São Paulo,
São Paulo/SP, Brasil

Ilton Garcia da Costa, Universidade Estadual do Norte do Paraná,
Jacarezinho/PR, Brasil

José de Melo Alexandrino, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Levi Mello do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo,
São Paulo/SP, Brasil

José Mauricio Conti, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Luciana de Toledo Temer Castelo Branco, Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Márcio Pugliesi, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
São Paulo/SP, Brasil

Maria Paula Dallari Bucci, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP,
Brasil

Pietro de Jesús Lora Alarcón, Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Vidal Serrano Nunes Júnior, Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Pareceristas / Reviewers

Adriana Fasolo Pilati Scheleder, André Alves Portella, André
Vasconcelos Roque, Andréa Queiroz Fabri, Antenor Demeterco Neto,
Antônio Pereira Gaio Júnior, Arlete Ines Aurelli,

Bernardo Silva de Lima, Blecaute Oliveira Silva, Bruno Garcia Redondo,
Carlos Eduardo do Nascimento, Carolina Moraes Migliavacca,
Denilson Victor Machado Teixeira, Diogo Rais Rodrigues Moreira,
Dirley da Cunha Júnior, Edna Raquel Hogemann, Edna Raquel

Hogemann, Edvaldo Pereira de Brito, Fábio Guedes de Paula Machado, Fábio Perianandro de Almeida Hirsch, Gabriel Dias Marques da Cruz, Geovane de Mori Peixoto, Grace Ladeira Garbaccio, Gustavo Milaré Almeida, Heitor Vitor Mendonça Fralino Sica, Igor Mauler Santiago, Isael José Santana, João Glicério de Oliveira Filho, João Paulo Hecker da Silva, José Eduardo de Santana Macêdo, José Francisco Siqueira Neto, Jose Henrique Mouta Araujo, José Luiz Souza de Moraes, José Roberto Fernandes Castilho, José Roberto Marques, Joseli Lima Magalhães, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, Luciana Dadalto, Luís Henrique Barbante Franzé, Luís Henrique Bortolai, Marcia Cristina Xavier de Souza, Marco Aurélio de Castro Júnior, Maria das Graças Pinto de Britto, Mário Luiz Ramidoff, Maurício Ferreira Cunha, Napoleão Casado Filho, Nelson Finotti Silva, Nelson Rodrigues Netto, Nilton Carlos de Almeida Coutinho, Patrícia Helena Massa, Patricia Ulson Pizarro Werner, Paula Gecislanny Vieira da Silva Gomes, Pedro Paulo Guerra de Medeiros, Rennan Faria Kruger Thamay, Ricardo Mauricio Freire Soares, Rogerio Greco, Rosangela Rodrigues Dias de Lacerda, Sebastian Borges de Albuquerque Mello, Thereza Christina Nahas, Thiago Gonçalves Macêdo Costa, Valéria Cristina Farias, Valério de Oliveira Mazzuoli, Wagner Balera.

A *RESPGE-SP* conta com um grupo permanente de pareceristas, formado pelos integrantes do Conselho e do Corpo Editoriais da publicação, bem como por professores e pesquisadores da ESPGE. Além disso, a *RESPGE-SP* pode convidar especialistas *ad hoc* para análise dos manuscritos.

Secretaria Executiva

Ana Lucia Fernandes de Carvalho

Daniel Martins da Silva

Deise Aparecida Santiago

Eliane Luz de França

Fábio Parreira dos Santos

Fernando Augusto dos Santos

Paulo Severo dos Santos

Rafael de Lima Nobre

Thiago Blumer Marangone

E-mail: espge-secretaria@sp.gov.br

Revisão de Texto

Dante Pascoal Corradini
Heleusa Angélica Teixeira

Projeto Gráfico

Fátima Consales

Editoração

Vanessa Merizzi

Impressão e Acabamento

Imprensa Oficial do Estado S/A – IMESP

Correspondência

Pedidos de permuta devem ser endereçados à ESPGE.
Exchange orders should be addressed to ESPGE.

Normas editoriais disponíveis em:

www.pge.sp.gov.br/ESPGE_2016/AcessoHome/estatuto_respge.html

Endereço / Address

Rua Pamplona, 227 – 2ª andar
Bela Vista – São Paulo/SP – Brasil
CEP 01405-100
Tel.: +55 11 3286-7020/7005
E-mail: espge-secretaria@sp.gov.br
Endereço eletrônico: www.pge.sp.gov.br/ESPGE_2016/homeESPGE.aspx

Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo =
Journal of the State of São Paulo Legal Office's School / Escola Superior
da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. — V. 6, nº 1 (2015) — São
Paulo : Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Escola Superior, 2017.

Anual.

Textos multilíngues.

Resumos em português e inglês.

ISSN 2179-8532

2010 (V. 1) (1), 2011 (V. 2) (1), 2012 (V. 3) (1), 2013 (V. 4) (1), 2014 (V. 5)
(1), 2015 (V. 6) (1)

1. Direito – Periódicos. I. São Paulo (Estado). Procuradoria Geral. Escola Superior. II. Journal of the State of São Paulo Legal Office's School.

CDD 340.05
CDU 34(051)

ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

EQUIPE 2016

Diretoria

Mariângela Sarrubbo Fragata, Procuradora do Estado Chefe, Diretora da ESPGE

Fábio André Uema Oliveira, Procurador do Estado, Coordenador Geral da ESPGE

Conselho Curador

2016

Carlos Henrique de Lima Alves Vita; Carlos José Teixeira de Toledo; Christiane Mina Falsarella; Fábio André Uema Oliveira (Coordenador Geral da ESPGE, membro nato); Fagner Vilas Boas Souza; Fernando Dias Menezes de Almeida; Júlia Maria Plenamente Silva; Mariângela Sarrubbo Fragata (Chefe do Centro de Estudos e Diretora da ESPGE, membro nato); Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira; Renato Bernardi.

EQUIPE DE COORDENADORES E MONITORES

Direito Ambiental

Coordenadores de Direito Ambiental

Marcelo Gomes Sodré; Daniel Smolentzov

Monitores de Direito Ambiental

Adriana Ruiz Vicentin; Fábio André Uema Oliveira; Jean Jacques Erenberg; Marcos Narche Louzada; Rodrigo Levkovicz

Coordenadora de Metodologia

Clarice von Oertzen Araújo

Direito Processual Civil

Coordenadores de Direito Processual Civil

Fábio Victor da Fonte Monnerat; Mirna Cianci; Rita de Cássia Conte Quartieri

Monitores de Direito Processual Civil

Levi de Mello; Lúcia Cerqueira Alves Barbosa; Maria Luciana de Oliveira Facchina Podval; Liliane Kioni Ito Ishikawa; Janine Gomes Berger de Oliveira Macatrão

Coordenadores de Filosofia do Direito

João Carlos Pietropaolo; Haroldo Pereira; Romualdo Baptista dos Santos

Monitores de Filosofia do Direito

Alessandra Ferreira de Araujo Ribeiro; Ana Lúcia Corrêa Freire Pires Oliveira Dias; Christiane Mina Falsarella; Julia Cara Giovannetti

Coordenador de Didática de Ensino Superior

Gabriel Veiga Catellani

Direitos Humanos – Direitos Fundamentais e Políticas Públicas

Coordenadores de Direitos Fundamentais e Políticas Públicas – Módulo I

João Carlos Pietropaolo; Ana Claudia Vergamini Luna

Monitores de Direitos Fundamentais e Políticas Públicas – Módulo I

José Luiz Souza de Moraes; Luiz Fernando Roberto; Luiz Francisco Torquato Avólio; Marcia Coli Nogueira; Maria Carolina Carvalho; Maria Clara Osuna Diaz Falavigna; Maria de Cássia Paulino; Patricia Helena Massa; Renata Lane; Rita de Cássia Gimenes Arcas; Rita de Cássia Paulino

Coordenadores de Teoria Geral do Estado

Romualdo Baptista dos Santos; Haroldo Pereira; Alessandra Ferreira de Araújo Ribeiro

Monitores de Teoria Geral do Estado

Ana Lúcia Corrêa Freire Pires de Oliveira Dias; Christiane Mina Falsarella; Júlia Cara Giovannetti; Emanuel Fonseca Lima

Coordenadora de Metodologia

Clarice von Oertzen de Araújo

Direito Tributário Aplicado

Coordenador de Direito Tributário Aplicado

Luis Cláudio Ferreira Cantanhede

Monitores de Direito Tributário Aplicado

Amarilis Inocente Bocafoli, Ana Lúcia C. Freire P. Oliveira Dias, Bruno Maciel dos Santos, Carlos Eduardo Queiroz Marques, Júlia Maria Plenamente Silva, Rafael de Oliveira Rodrigues

Direito & Economia

Coordenadores de Direito & Economia

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Haroldo Pereira e Thomas Augusto Ferreira de Almeida

Monitores de Direito & Economia

Camila Kühl Pintarelli, Christiane Mina Falsarella, Denis Dela Vedova Gomes, Júlia Cara Giovannetti, Michelle Manaia Sanjar, Rafael Carvalho de Fassio

Funcionários da ESPGE

Ana Lúcia Fernandes de Carvalho, Daniel Martins da Silva, Deise Aparecida Santiago, Eliane Luz de França, Fábio Parreira dos Santos, Fernando Augusto dos Santos, Paulo Severo dos Santos, Rafael de Lima Nobre, Thiago Blumer Marangone

SUMÁRIO

Apresentação

Fábio André Uema Oliveira

Editorial

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira

Direitos Fundamentais e Políticas Públicas

Redução da maioria penal e o princípio da proibição de retrocesso social.....17

Adler Chiquezi

Políticas públicas e efetivação de direitos fundamentais 39

Alexandre Lucas Veltroni

Legitimação de posse e direito à moradia65

Ana Luiza Boulos Ribeiro Nobre Franco

Políticas públicas de promoção da saúde no trabalho: proposta de criação do Centro de QVT – Qualidade de Vida no Trabalho na Procuradoria Geral do Estado de São Paulo 93

Ana Maria Figueira Cerqueira

Qualidade na educação: imprescindível à redução da desigualdade e ao desenvolvimento 117

Camila Rocha Schwenck

O direito à moradia para idosos: análise da política pública “Programa Vila Dignidade” 145

Ingeborg Cavalcanti Orlandi

O direito à educação para as relações étnico-raciais: Constituição Federal, Lei nº 10.639/03 e Estatuto da Igualdade Racial 171

Ligia Pereira Braga Vieira

Políticas públicas de saneamento básico e o princípio da igualdade..... 199

Marialice Dias Gonçalves

O direito à educação sob a perspectiva da acessibilidade e inclusão das pessoas com deficiência auditiva às universidades públicas do Estado de São Paulo 229

Omar Hong Koh

Educação especial no Estado de São Paulo..... 257

Paula Regina Roque da Costa

Direito Processual Civil

Acórdão não transitado em julgado desconstitutivo de crédito tributário pode gerar a suspensão da exigibilidade?..... 281

Daniel Monteiro de Barros Colen

Análise dos recursos repetitivos a partir do julgamento da desaposentação...307

Fábio Vinícius Maia

A execução de multa cominatória em face da Fazenda Pública de acordo com o novo Código de Processo Civil 335

Graziella Moliterni Benvenuti

Intervenção de terceiros no processo de desapropriação por necessidade ou utilidade pública..... 359

Juliana Campolina Rebelo Horta

O sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil e o conflito entre os princípios da segurança jurídica, isonomia, celeridade e independência funcional do juiz 387

Juliana Guedes Matos

A tutela dos direitos individuais homogêneos: novos desafios 415

Luciane Serpa

Incidente de resolução de demandas repetitivas como instrumento de isonomia, segurança jurídica e razoável duração do processo..... 445

Luís Felipe Freind dos Santos

APRESENTAÇÃO

Com imensa honra apresento-lhes o sétimo volume da Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado, com os artigos produzidos no ano de 2016, comemorativo dos dez anos da ESPGE.

Nesse ano a Escola obteve, após extenso processo de avaliação, o segundo recredenciamento no Conselho Estadual de Educação, com validade de 5 (cinco) anos, para continuar a sua missão institucional de promover a especialização da advocacia estatal e a difusão do conhecimento jurídico, notadamente, por meio de cursos de pós-graduação, com a devida certificação aos alunos.

Iniciaram-se dois cursos de especialização, o “Direito Tributário Aplicado”, priorizando as atividades práticas, com foco na atuação funcional, de modo a dinamizar ainda mais a forma de aprendizagem dos discentes, sendo escolhido o Professor Luis Cláudio Ferreira Cantanhede como coordenador, e o inédito “Direito & Economia”, coordenado pelos Professores Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Haroldo Pereira e Thomas Augusto Ferreira de Almeida, promovido em parceria com a Escola da Advocacia-Geral da União, objetivando fornecer aos alunos ferramentas e instrumentos analíticos de cunho interdisciplinar, envolvendo a aplicação de métodos da ciência econômica ao direito, mediante um enfoque arrojado e inovador.

Ainda, formaram-se as turmas dos cursos de Direitos Fundamentais e Políticas Públicas, coordenada pelo Professor João Carlos Pietropaolo, que refundou a Especialização em Direitos Humanos, enfatizando a atuação do Estado enquanto promotor das Políticas Públicas, e de Direito Processual Civil, sob coordenação dos Professores Fábio Victor da Fonte Monnerat, Mirna Cianci e Rita de Cássia Conte Quartieri, que acompanhou a substancial modificação levada a efeito pela Lei nº 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Os artigos ora apresentados, essencialmente, decorrem dos estudos dos alunos dessas turmas, que certamente contribuirão para o aprimoramento da advocacia pública e da academia.

Na disciplina de Direitos Fundamentais e Políticas Públicas temos os trabalhos de Adler Chiquezi, Alexandre Lucas Veltroni, Ana Luiza Boulos Ribeiro Nobre Franco, Ana Maria Figueira Cerqueira, Camila Rocha Schwenck, Ingeborg Cavalcanti Orlandi, Ligia Pereira Braga Vieira, Marialice Dias Gonçalves, Omar Hong Koh e Paula Regina Roque da Costa, que nos brindam com interessantíssimos estudos sobre a redução da maioria penal, efetivação dos direitos fundamentais, direito à moradia, saúde, segurança no trabalho, educação, saneamento básico, igualdade e acessibilidade. Em Direito Processual Civil, Daniel Monteiro de Barros Colen, Fábio Vinícius Maia, Graziella Moliterni Benvenuti, Juliana Campolina Rebelo Horta, Juliana Guedes Matos, Luciane Serpa e Luís Felipe Freind dos Santos, nos agradecem com as primeiras

conclusões, ainda durante o período de *vacatio legis* do Código de Processo Civil, com artigos abordando a suspensão de exigibilidade de crédito tributário, recursos repetitivos, execução de multa cominatória em face da Fazenda Pública, intervenção de terceiros no processo de desapropriação, sistema de precedentes, tutela dos interesses individuais homogêneos e o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Por derradeiro, devo consignar minhas homenagens aos servidores que se dedicam, de corpo e alma, à Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado, porque fundamentais à existência e ao pleno funcionamento de nossa Escola. Agradeço imensamente ao Thiago Blumer Marangone, Paulo Severo dos Santos, Daniel Martins da Silva, Deise Aparecida Santiago, Ana Lúcia Fernandes de Carvalho, Fernando Augusto dos Santos, Fábio Parreira dos Santos, Rafael de Lima Nobre e Eliane Luz de França. Rendo também meus agradecimentos, pelo companheirismo e colaboração, às colegas Dras. Mirian Kiyoko Murakawa, Camila Rocha Schwenck, Joyce Sayuri Saito e, principalmente, à Dra. Mariângela Sarrubbo Fragata que, com todo o esmero, exerce a nobre missão de chefiar o Centro de Estudos e dirigir a Escola Superior da PGE.

Fábio André Uema Oliveira
Procurador do Estado Assistente
Coordenador Geral da ESPGE

EDITORIAL

Neste sétimo volume da Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo foram publicados interessantes artigos que submetemos à apreciação dos nossos leitores.

Convém lembrar que os artigos são encaminhados para apreciação dos avaliadores, sem identificação dos autores, respeitando o sistema *double blind review*.

Os critérios para avaliação pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), que culminam na Classificação Qualis, são deveras rigorosos, dentre eles destaco a exigência de exogenia dos autores (com doutorado e vínculo acadêmico com outra unidade da Federação), algo difícil de ser alcançado por uma revista com o nosso perfil, que busca publicação de estudos produzidos nos nossos cursos de especialização. Temos exogenia de pareceristas e membros de Conselho Editorial.

Faço votos de que esta edição seja apreciada, transmitindo a excelência do teor dos artigos ao meio acadêmico, demonstrando a excelência dos trabalhos produzidos na Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira

Procurador do Estado de São Paulo
Membro do Conselho Curador da ESPGE
Editor Científico da RESPGE

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

Reduction of criminal majority and the principle of the prohibition of social regression

Adler Chiquezi¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Política pública de segurança e menores infratores. 3. Maioridade penal. 3.1. Maioridade penal como direito fundamental social. 3.2. Evolução da maioridade penal no ordenamento jurídico brasileiro. 4. Princípio da proibição de retrocesso social. 4.1. O princípio da proibição de retrocesso social na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 5. Síntese conclusiva. Referências bibliográficas.

RESUMO

Este trabalho analisa a maioridade penal como direito fundamental social para apurar se é possível a redução da atual idade penal, fixada em dezoito anos no direito brasileiro, para dezesseis como sustenta parcela da nossa sociedade, em face do princípio da proibição de retrocesso social. Para a realização deste trabalho, a maioridade penal é cotejada por meio de um procedimento racional que transita do geral para o particular. Verifica-se a evolução da maioridade penal no direito brasileiro. O objetivo central deste trabalho é questionar se a redução da maioridade penal é possível em razão do princípio da proibição de retrocesso social, principalmente com base na Constituição Federal de 1988 que inseriu a maioridade penal a partir dos dezoito anos de idade como um direito fundamental social.

Palavras-chaves: Maioridade penal. Retrocesso social. Direitos fundamentais. Direitos sociais.

ABSTRACT

This paper analyzes the criminal majority as a fundamental social right to determine if it is possible to reduce the current criminal age, fixed at eighteen years in Brazilian law, to sixteen as it sustains part of our society, in view of the principle of prohibition of social regression. For the accomplishment of this article, the criminal majority is checked through a rational procedure that transits from the general to the particular. The evolution of the criminal majority in Brazilian law is verified. The main objective of this study is to question whether the reduction of the age of criminality is possible due to the principle of the prohibition of social regression, mainly based on the Federal Constitution of 1988 that entered the criminal majority from the age of eighteen as a fundamental social right.

Keywords: Death penalty. Social regression. Fundamental rights. Social rights.

1. INTRODUÇÃO

O crime sempre acompanhou as sociedades organizadas. A delinquência juvenil também é uma preocupação constante. É consenso mundial que deve existir uma idade mínima para o jovem infrator ser responsabilizado criminalmente.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Penal pela PUC/SP e especialista em Direitos Fundamentais e Políticas Públicas pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

No Brasil, atualmente, a maioria penal está fixada em dezoito anos de idade, sendo esta prevista no art. 228 da Constituição Federal como um direito fundamental social. O alcance dessa idade foi fruto da evolução da nossa sociedade, porque em leis anteriores esse limite era inferior, como pode ser observado no art. 27 do Código Penal de 1890, que estipulava a idade de nove anos.

Em razão de pressões da mídia quando ocorrem crimes graves de repercussão praticados por adolescentes, parcela considerável de nossa sociedade defende a mudança da política pública de enfrentamento à delinquência juvenil e, por conseguinte, a redução da maioria penal para dezesseis anos.

A maioria penal em dezoito anos, por estar prevista em nossa Constituição Federal, apenas poderá ser reduzida por meio de emenda constitucional.

Não se discutirá neste breve estudo se a maioria penal em dezoito anos é ou não cláusula pétrea, mas sim que é um direito fundamental social, fruto do avanço de conquistas sociais e que, por isso, não poderá ser reduzido em razão do princípio da proibição de retrocesso social.

Ademais, também não serão abordados os índices de atos infracionais graves, haja vista estes serem irrelevantes para a argumentação em tela, ou seja, que a maioria penal em dezoito anos é um direito fundamental social.

2. POLÍTICA PÚBLICA DE SEGURANÇA E MENORES INFRATORES

O Estado tem o dever de assegurar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio. Ao mesmo tempo em que se constitui um dever estatal, é um direito de todas as pessoas que essa preservação efetivamente ocorra, conforme expressamente prevê o art. 144 da Constituição Federal.

Ao Estado, em todos os seus níveis (União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal), compete traçar as diretrizes para a manutenção da segurança pública, por meio de suas políticas públicas. Assim, uma primeira reflexão é necessária neste momento, ou seja, o que é uma política pública.

Políticas públicas podem ser entendidas como programas governamentais que objetivam, principalmente, a implementação de direitos sociais (direitos fundamentais), como saúde, alimentação, educação, segurança, moradia etc.

Explica Maria Paula Bucci que políticas públicas “são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”².

E a política de segurança pública tem base constitucional, pois além de a segurança ser prevista como um direito fundamental, nos termos dos art. 5º e 6º da

² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 239.

Constituição Federal, também há expressa disposição constitucional de como os entes federados implementarão essa política pública (art. 144 da Constituição Federal).

Observa-se, portanto, que a Constituição Federal dispôs sobre os critérios mínimos para implementação da política pública de segurança. É cediço, no entanto, que a segurança não é obtida apenas com policiamento, mas também com outras políticas públicas que podem contribuir para a pacificação social, como educação, saúde, moradia, entre outras.

Não se pretende discutir, neste modesto trabalho, as diversas ações governamentais que possam ser utilizadas para assegurar a efetivação da segurança, mas apenas a política pública adotada pelo Estado com relação ao adolescente infrator.

Optou o legislador constituinte não submeter os adolescentes à lei penal, mas sim à legislação especial, que atualmente é a Lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA e considera adolescente a pessoa entre doze anos até completar dezoito anos de idade.

Com efeito, prevê o art. 228 da Constituição Federal que os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis e, portanto, não cometem crimes, mas sim ato infracional e ficarão sujeitos à legislação especial.

Ato infracional é a prática de fato previsto como crime ou contravenção penal por adolescente, nos termos do art. 103 da Lei nº 8.069/1990, que sujeita o infrator às medidas previstas nessa lei.

Assim, o adolescente infrator não sofrerá sanção penal, porém é falsa a assertiva que seu ato ficará impune, pois estão previstas medidas socioeducativas para quem pratica ato infracional.

O art. 112 do Estatuto de Criança e do Adolescente prevê seis medidas específicas aplicáveis a adolescentes infratores, que são: 1) advertência; 2) obrigação de reparar o dano; 3) prestação de serviços à comunidade; 4) liberdade assistida; 5) inserção em regime de semiliberdade; e 6) internação em estabelecimento educacional.

Além das medidas acima enumeradas, é possível a aplicação de qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI, da Lei nº 8.069/1990, ou seja: 1) encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; 2) orientação, apoio e acompanhamento temporários; 3) matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; 4) inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; 5) requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; e 6) inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos.

Observa-se, portanto, que há um extenso rol de medidas socioeducativas aplicáveis a adolescentes infratores, mas não é o objeto deste sucinto estudo analisar detalhadamente essas medidas.

É importante frisar, entretanto, que a aplicação de qualquer medida socioeducativa não acarretará, na vida adulta do adolescente infrator, antecedentes criminais, sendo estas consideradas apenas para a verificação de reincidência na prática de outro ato infracional. Por conseguinte, o adolescente será um adulto sem máculas no âmbito criminal.

Não obstante a escolha do constituinte acerca da maioridade penal iniciar-se aos dezoito anos de idade, sempre que um crime grave é praticado por adolescentes, com repercussão na imprensa, vozes levantam-se para alterar a política pública de segurança e reduzir a idade penal³.

Nessa esteira, muitas vezes, a imprensa enfatiza notícias de atos infracionais graves e cria, na população, a falsa ideia que os jovens são os responsáveis pelos crimes mais atrozados praticados em nosso país, como assevera Paulo Rangel:

Nesse viés é que as notícias sobre adolescentes infratores divulgadas, diariamente, pela imprensa, criam no imaginário popular a ideia de que o grande problema da criminalidade urbana são os menores infratores que não são punidos, deixando a situação sem controle, mas *o Brasil hoje é famoso no mundo por causa das mortes violentas que atingem crianças e adolescentes*, isto é, eles são vítimas, e não autores de crimes. (destaque no original)

A imprensa escolhe um fato isolado e o trata como se fosse a regra, levando todos a acreditar que sem uma lei nova não haverá controle social da violência, o que, por sua vez, faz o Congresso legislar de forma episódica e casuisticamente, mas nada é por acaso. Tudo é adremente pensado e preparado para incriminar e encarcerar os ‘indesejáveis da vez’: os adolescentes infratores.⁴

Dessa forma, atualmente parcela considerável da nossa população almeja a redução da maioridade penal para dezesseis anos, mas quem garante que, futuramente, não se tente diminuir esse limite para quinze, quatorze ou até menos, em flagrante desrespeito às conquistas sociais de proteção às crianças e adolescentes em matéria penal.

É equivocado, então, o entendimento no sentido que a mera redução da maioridade penal possa ser a solução para conter a crescente escalada da prática de atos infracionais, pois é notório que o nosso sistema penitenciário está “falido” e não

³ Nesse sentido Carlos Ferraz Batista e Manuel Morgado Rezende, in: *Crime, castigo e redução da maioridade penal*. Taubaté/SP: Cabral Editora e Livraria Universitária, 2008, p. 99: “Cada vez que há um crime hediondo praticado por um menor, a mídia expõe o acontecido (incessantemente) e a sociedade clama por punição. Este processo promove a reedição da discussão da redução da idade penal. Há uma ‘endemonização’ do menor na grande mídia, que implica ampliação dos eventos e frequência dos crimes hediondos praticados pelo menor”.

⁴ RANGEL, Paulo. *A redução da menor idade penal: avanço ou retrocesso social?: a cor do sistema penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 62.

ressocializa, pelo contrário, geralmente o preso aprende novas práticas criminosas durante sua permanência no cárcere.

Como bem adverte Cezar Bitencourt, os menores de dezoito anos necessitam de educação e não de prisão, pois esta “representa a universidade do crime, de onde é impossível alguém sair melhor do que entrou. A experiência do cárcere transforma um simples batedor de carteira em um grande marginal”⁵.

3. MAIORIDADE PENAL

É notório que os seres humanos nascem sem pleno desenvolvimento intelectual, e físico, e crescem para atingir a plenitude das suas funções mentais na vida adulta.

Enquanto não é atingido o desenvolvimento intelectual necessário, falta aos indivíduos maturidade para entender e comportar-se de acordo com a lei penal. Não há, nas palavras de Aníbal Bruno, “experiência das coisas da vida, que a educação dirigida ou espontânea, nos meios sociais em que se forma o seu espírito, lhe transmite, promovendo o seu ajustamento às normas da cultura e às condições comuns da convivência”⁶.

Assim, em decorrência da imaturidade inerente aos indivíduos em formação é que se formou o entendimento que somente a partir de determinada idade as pessoas poderiam ser responsabilizadas criminalmente⁷. As legislações mundiais, todavia, não são unânimes com relação a essa idade, pois, além dos critérios físicos, devem ser respeitados os aspectos culturais de cada povo.

A maioridade penal também pode ser entendida como um critério de política criminal, ou seja, determinado estado opta por não sancionar criminalmente jovens até uma idade preestabelecida e adotam meios pedagógicos para a correção dos infratores juvenis.

Nesse sentido, são sábios os ensinamentos de Nelson Hungria ao comentar a maioridade penal:

Este preceito resulta menos de um postulado de psicologia científica do que de um critério de política criminal. Ao invés de assinalar o adolescente transviado com o ferrete de uma condenação penal, que arruinará, talvez irremediavelmente, sua existência inteira, é preferível, sem dúvida, tentar

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 14. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2009, p. 414.

⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 163.

⁷ Costa e Silva, no início do século passado, já advertia que: “O problema da infância impropriamente chamada criminosa, posto em moda (como se disse) na segunda metade do século passado, constitui ainda hoje preocupação universal. Por unânime convicção, se entende atualmente que o menor não deve estar sujeito a penas e castigos, mas tão somente a medidas educativas e reformadoras. Por isso, com razão, se afirma que para os menores a noção da pena desapareceu e foi substituída pelo tratamento correcional”. COSTA e SILVA, Antonio José da. *Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Obra fac-similar. Coleção Histórica do Direito. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, v. 1, 2004, p. 178.

corrigi-lo por métodos pedagógicos, prevenindo a sua recaída no malefício. O *delinquente juvenil* é, na grande maioria dos casos, um corolário do *menor socialmente abandonado*, e a sociedade, perdoando-o e procurando, no mesmo passo, reabilitá-lo para a vida, resgata o que é, em elevada proporção, sua própria culpa. Assim, tem sido, modernamente, uma assídua preocupação do Estado o aparato material e moral da infância e adolescência⁸.

Inclusive, o item 23 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal dispõe expressamente que a inimputabilidade do menor de dezoito anos foi mantida por critérios de política criminal em razão de este ser ainda uma pessoa em formação e, por isso, eventuais desajustes devem ser reparados por meio da educação, e não da pena criminal.

Ademais, é compreensivo que adolescentes, com caráter ainda em formação, possuam, em muitos casos, “um elemento revolucionário, em permanente conflito com o mundo objetivo, com o princípio da autoridade, com as injunções sociais”⁹.

A Organização das Nações Unidas – ONU – recomendou por meio da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989 e vigente desde 1990, que “considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”, como dispõe seu art. 1º.

Observa-se, portanto, que a ONU sugeriu a idade de dezoito anos para que o indivíduo seja considerado adulto, porém respeitou a cultura de cada nação para que a maioridade seja fixada em prazo menor.

O Brasil ratificou¹⁰ a Convenção sobre os Direitos da Criança em 1990 e, por isso, esta foi incorporada ao direito pátrio e suas diretrizes devem ser observadas pelo legislador brasileiro. A idade sugerida por essa Convenção está de acordo com a nossa Constituição Federal, que em seu art. 228 dispõe que os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis e sujeitos à legislação especial.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 introduziu vários dispositivos que tratam da criança e do adolescente consoante as orientações internacionais de direitos humanos e os padrões democráticos de organização do Estado, como pode ser observado em seu art. 227 que trata dos deveres da família, da sociedade e do Estado para as crianças e adolescentes.

Dessa forma, deve ser respeitada a condição de pessoa em desenvolvimento das crianças e adolescentes e, por conseguinte, é imprescindível que exista uma

⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, tomo II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1978, p. 359.

⁹ *Ibidem*, p. 361.

¹⁰ Convenção ratificada em 24 de setembro de 1990. Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14/09/1990, e regulamentada pelo Decreto nº 99.710, de 21/11/1990.

idade mínima para que o infrator seja atingido pela lei penal. Em que pese faltar uniformidade mundial sobre essa idade, é recomendável o limite de dezoito anos, pois a esse tempo o ser humano, em regra, atingiu maturidade para compreender seus atos.

3.1. *Maioridade penal como direito fundamental social*

Neste item será analisado se a maioridade penal é um direito social, ou melhor, se é um direito fundamental insculpido em nossa Constituição Federal. Para tanto são imprescindíveis breves considerações sobre direitos fundamentais.

Não vislumbro diferença ontológica entre direitos fundamentais e direitos humanos, salvo que aqueles estão previstos na legislação interna, principalmente na Constituição Federal, enquanto estes possuem previsão na esfera internacional, por meio de tratados e declarações.

Assim, entendo oportuna a definição de direitos humanos de André Ramos de Carvalho, aplicável aos direitos fundamentais, na qual os direitos humanos “consistem em um conjunto de direitos indispensáveis para uma vida pautada na liberdade, igualdade e dignidade”¹¹. Os direitos fundamentais, portanto, são aqueles previstos como essenciais para a vida digna.

A sequência histórica dos direitos fundamentais tem como base os ideais da Revolução Francesa de 1789, que podem ser sintetizados no lema liberdade, igualdade e fraternidade.

Nesse diapasão, os direitos fundamentais de primeira dimensão são os direitos de liberdade, que asseguram direitos civis e políticos aos indivíduos e são oponíveis ao Estado.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão surgiram a partir da Revolução Industrial europeia do século XIX para combater as péssimas condições de trabalho na Inglaterra e na França. São os direitos sociais, culturais e econômicos, que buscam a redução das desigualdades sociais e, por conseguinte, assegurar a igualdade entre os indivíduos, não apenas a formal, mas também a material.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, por sua vez, buscam assegurar os direitos transindividuais, como a preservação do meio ambiente, a paz e a defesa do consumidor. São direitos embasados na fraternidade, com caráter de universalidade, uma vez que não se destinam, apenas, aos interesses de um indivíduo ou grupo limitado de pessoas, mas sim a todas as nações (internacionalização), desenvolvidas ou não.

Para este sucinto estudo, o foco ficará nos direitos sociais, que como antes exposto, destinam-se à redução de desigualdades sociais, de acordo com a regra que se devem tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas

¹¹ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 27.

desigualdades. Destarte, é muito adequada a definição de direitos sociais elaborada por José Afonso na qual:

[...] os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível¹².

Em outras palavras, os direitos sociais são direitos de pessoas portadoras de atenção especial – como crianças, adolescentes, deficientes e idosos – que não podem ser tratados como os indivíduos em geral, pelo fato de serem diferentes. São prestações positivas a serem implementadas pelo Estado em busca de melhores e adequadas condições de vida para assegurar a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme o art. 1º, III, da Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 tratou dos direitos sociais em capítulos distintos, com se observa no capítulo II do título II – dos direitos sociais (arts. 6º a 11), ou seja, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia etc., e no título VIII – da ordem social (arts. 193 a 232) – cuidou de detalhar a aplicação desses direitos.

Além disso, a atual Constituição Federal brasileira dispôs sobre outros direitos fundamentais, como os direitos individuais e coletivos (art. 5º), direitos à nacionalidade (art. 12) e direitos políticos (arts. 14 e 17).

É importante destacar, ainda, que como os direitos sociais são direitos fundamentais, também previstos em sua maioria no título II da Constituição Federal de 1988, possuem aplicação imediata, nos termos do seu art. 5º, § 1º, e, por isso, podem ser implementados se houver omissão legal, inclusive, por meio de mandado de injunção ou de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Como observa Inocêncio Mártires Coelho, os direitos sociais “antes reconhecidos apenas por indivíduos altruístas ou generosos, lograram alcançar o *status* de *direitos fundamentais*, vale dizer, a condição de direitos oponíveis *erga omnes* – até mesmo contra o Estado”¹³.

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 288.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 821.

Dessa forma, os direitos sociais, e fundamentais como um todo, são direitos constitucionais, pois se inserem no texto de uma constituição e, por isso, nascem e têm fundamento no princípio da soberania popular.

A proteção à família, criança, adolescente, jovem e idoso está prevista no título da ordem social e, por isso, é um direito social constitucionalmente assegurado como direito fundamental.

Passando-se agora ao assunto maioridade penal, pergunta-se se este pode ser considerado um direito social. Entendo que sim. Utilizando-se a premissa de que os direitos sociais destinam-se a tratar diferentemente as pessoas desiguais, para obter uma igualdade material, não se pode tratar um indivíduo ainda em desenvolvimento como um adulto, porque não são iguais, principalmente na seara criminal, que traz nefastas consequências ao infrator, como a restrição de liberdade.

Partindo-se do pressuposto acima, o legislador constituinte de 1988 entendeu que os adolescentes, pessoas menores de dezoito anos de idade, não são responsáveis penalmente por seus atos, ou seja, são inimputáveis. Esse entendimento foi positivado no art. 228 da Constituição Federal que está em seu título VIII que trata da ordem social.

Com efeito, a maioridade penal é uma regra de proteção aos adolescentes prevista expressamente como um direito social em nossa atual Constituição Federal e, por conseguinte, deve ser respeitado como as demais conquistas sociais obtidas durante a história da humanidade.

Nesse prisma, a redução da maioridade penal para dezesseis anos, como sustenta parte da opinião pública, apenas poderia ocorrer por meio de emenda constitucional, ou seja, por manifestação do poder constituinte derivado reformador, que é limitado juridicamente. Inclusive, há grande polêmica se a redução da maioridade penal é possível em razão da cláusula pétrea que proíbe proposta de emenda que tende a suprimir direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal).

Por ser a maioridade penal um direito social, entendo que sua diminuição acarretaria um retrocesso social no ordenamento jurídico brasileiro, vedado pelo princípio da proibição de retrocesso social, que será oportunamente analisado.

3.2. Evolução da maioridade penal no ordenamento jurídico brasileiro

A fim de comprovar que a política pública que fixou a maioridade penal em dezoito anos é fruto de avanço social, entendo imprescindível uma breve análise da evolução dessa política no ordenamento jurídico pátrio.

A princípio, esclarece-se que a primeira, e única, Constituição brasileira a tratar do tema maioridade penal foi a Constituição Federal de 1988; por conseguinte, será verificada neste tópico, principalmente, a legislação infraconstitucional que rege esse assunto.

No Brasil a maioridade penal foi e é considerada uma circunstância que isenta o agente de pena, ou seja, uma causa ligada à imputabilidade penal e que, por isso, exclui a culpabilidade.

As Ordenações Filipinas, de origem portuguesa, foram a primeira lei penal que vigorou no Brasil. No que tange à maioridade penal, o Título CXXXV do Livro V das Ordenações em comento, previa penas diferenciadas de acordo com a idade do agente.

Assim, aos maiores de vinte anos de idade, homem ou mulher, seria aplicada a pena total. Dos dezessete até vinte anos ficava ao arbítrio do juiz dar pena total ou diminuí-la, de acordo com as circunstâncias do crime e o grau de maturidade do infrator.

Aos menores de dezessete anos de idade, em nenhum caso, era aplicada a pena de morte, mas se não houvesse previsão de pena de morte para o delito praticado, ao menor eram aplicadas as disposições do direito então considerado comum.

A Lei de 16 de dezembro de 1830 promulgou o Código Criminal do Império. Embora influenciado pelo pensamento Iluminista, esse Diploma Legal foi original e inovador em vários aspectos, o que acarretou elogios de renomados juristas estrangeiros e seu modelo serviu de base para Códigos Penais de outros países¹⁴.

Considerava o parágrafo primeiro do art. 10 do Código Criminal de 1830 que os menores de quatorze anos não eram considerados criminosos. Se fosse comprovado, todavia, que estes agiram com discernimento na prática delituosa, eram recolhidos às “casas de correção” até, no máximo, completarem dezessete anos (art. 13). Não havia, portanto, uma idade prevista para a irresponsabilidade penal absoluta.

No Código Penal de 1890, a maioridade penal estava prevista como circunstância de exclusão da culpabilidade disposta nos arts. 27 e 30 do Código Penal de 1890, *in verbis*:

Art. 27. Não são criminosos:

§ 1º. Os menores de 9 anos completos;

§ 2º. Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento;

Art. 30. Os maiores de 9 anos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais, pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda à idade de 17 anos.

O critério do discernimento foi novamente previsto, pois, para os menores de nove anos havia a irresponsabilidade penal absoluta, porém, para a faixa etária entre nove e quatorze existia a possibilidade de aplicação de sanção penal, desde que os adolescentes agissem com discernimento, consistente em recolhimento em estabelecimentos disciplinares industriais até, no máximo, dezessete anos de idade.

Costa e Silva elogiou a previsão de uma idade mínima de irresponsabilidade absoluta, porque ao contrário do Código Penal da Monarquia previa que até os nove

¹⁴ BRUNO, Anibal. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 178.

anos o menor não era criminoso. Anotou, todavia, que esse limite de idade era muito baixo e poderia ser elevado para os quatorze anos, conforme as legislações do mundo culto dessa época¹⁵.

Em razão de fortes críticas sobre a adoção do discernimento, que era considerado um critério vago que não fornecia base satisfatória para a aplicação, ou não, de sanção penal, a Lei nº 4.242, de 5 de janeiro de 1921, em seu artigo 3º, § 16, aprovada pelo Decreto nº 16.272, de 20 de dezembro de 1923, dispôs que o menor de quatorze anos não seria submetido a processo criminal.

Tratou-se de grande evolução, visto que foi abandonado o critério do discernimento, que trazia incerteza acerca da aplicação da lei penal, e adotou-se o biológico baseado unicamente na idade do menor.

O Decreto legislativo nº 5.083, de 1º de dezembro de 1926, em seu artigo 1º, autorizou a consolidação das leis de assistência e proteção aos menores. Em razão dessa autorização, foi decretado, em 12 de outubro de 1927, o Código de Menores, aprovado pelo Decreto nº 17.943-A.

O art. 68 do Código de Menores manteve a maioridade penal em quatorze anos. Para os maiores de quatorze e menores de dezoito anos, que praticassem crime ou contravenção penal, o art. 69 desse Código previa a adoção de processo especial que visava à sua educação (recolhimento em escola de reforma) ou tratamento, se possuíssem problemas de saúde que os levassem à prática delituosa.

Se o fato previsto como crime, entretanto, fosse reputado grave e considerando-se as condições pessoais do agente, o menor com mais de dezesseis anos e menor de dezoito poderia ser enviado a estabelecimento para condenados menores de idade ou até para a prisão comum, porém, separado dos condenados adultos (art. 71 do Código de Menores de 1927).

Assinala Basileu Garcia¹⁶ que a grande quantidade de leis penais especiais, complementares ao Código Penal de 1890, dificultou a sua consulta; dessa forma, o Desembargador Vicente Piragibe, por iniciativa própria, coligiu a legislação penal dessa época, o que foi oficializado por meio do Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, que criou a Consolidação das Leis Penais.

O § 1º do art. 27 da Consolidação das Leis Penais reproduziu o art. 68 do Código de Menores e fixou a maioridade penal em quatorze anos. A Consolidação das Leis Penais somente foi revogada com a vigência do Código Penal de 1940.

Na redação original do Código de 1940, o art. 23 estipulava que os menores de dezoito anos de idade são penalmente irresponsáveis, mas ficavam sujeitos às

¹⁵ COSTA e SILVA, Antonio José da. *Código penal dos Estados Unidos do Brasil commentado*. Obra fac-similar. *Coleção Histórica do Direito*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2004, v. 1, p. 176.

¹⁶ GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. Tomo I. São Paulo: Max Limonad, v. 1, 1971, p. 126.

normas estabelecidas na legislação especial. Dessa forma, o Código Penal de 1940 aumentou a maioridade penal para dezoito anos de idade.

Além disso, seguiu as diretrizes da Lei nº 4.242, de 5 de janeiro de 1921, e desvinculou-se do polêmico critério do discernimento (aspecto psicológico) do menor para aplicação, ou não, de sanção penal. Adotou a imputabilidade por presunção legal pelo sistema biológico, ou seja, até os dezoito anos de idade o indivíduo é considerado inimputável, independentemente de possuir plena capacidade de entender a ilicitude do fato ou de comportar-se de acordo com esse entendimento.

A ampla reforma da parte geral do Código Penal de 1940, promovida pela Lei nº 7.209/1984 e que vigora até a presente data, manteve a idade penal em dezoito anos de idade (art. 27 da nova redação do Código Penal).

Merece destaque o item 23 da Exposição de Motivos da nova Parte Geral do Código Penal ao expor que:

Manteve o projeto a imputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente antisocial na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinquente, menor de 18 (dezoito) anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinquente adulto, expondo-o à contaminação carcerária.

Observa-se, portanto, que o legislador optou por manter a maioridade penal em dezoito anos de idade, por motivos de política criminal, mesmo já existindo à época pressão para sua redução em razão do crescente envolvimento de adolescentes em ações criminosas.

Destaca-se, em breve síntese, que o Código de Menores de 1927 foi revogado pela Lei nº 6.697/1979 – Código de Menores de 1979. A novel legislação sobre jovens seguiu os ditames do Código Penal de 1940 com relação à maioridade penal, isto é, dezoito anos de idade.

Com a reabertura do regime democrático, em meados da década de 80 do século passado, foi elaborada a Constituição Federal de 1988, fruto do poder constituinte originário legítimo, pois oriundo do princípio democrático.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao alçar a maioridade penal a direito constitucional ao dispor, em seu art. 228, que “são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos de idade, sujeitos às normas da legislação especial”.

Trata-se de previsão insculpida no Título VIII do Texto Constitucional, que cuida da “ordem social”. Observa-se, então, que o Legislador Constituinte de 1988

erigiu a maioridade penal a um direito fundamental social, que fortalece a proteção à infância prevista em seu art. 6º¹⁷.

Na esteira da Constituição Federal de 1988, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, também prevê em seu art. 104 que os menores de dezoito anos são penalmente imputáveis e ficarão sujeitos às medidas previstas nessa lei. Seu parágrafo único ainda dispõe que deverá ser considerada a idade do adolescente à data do fato para a verificação da sua imputabilidade.

O ECA revogou o Código de Menores de 1979 (Lei nº 6.697/1979) e, ainda, prevê vários princípios e medidas de proteção aplicáveis às crianças e adolescentes. Para os adolescentes (maiores de doze anos) são previstas medidas socioeducativas a quem pratica ato infracional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que são direitos fundamentais da criança e do adolescente os mesmos direitos de qualquer pessoa humana, como o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, garantidos pela Constituição¹⁸.

Para finalizar, merece ser destacado que, em meados de 1993, o Deputado Federal Benedito Domingos apresentou a Proposta de Emenda Constitucional – PEC – que recebeu o número 171 na Câmara dos Deputados. Essa PEC propõe a alteração do art. 228 do Constituição Federal para reduzir a maioridade penal a dezesseis anos.

A principal justificativa para apresentação da PEC nº 171/1993 foi que o avanço tecnológico e dos meios de comunicação possibilitaram ao adolescente entre 16 e 18 anos de idade maior conhecimento e, por isso, maior capacidade de discernimento em consideração ao jovem da década de 1940, quando foi editado o Código Penal vigente que estabelece a maioridade penal em dezoito anos.

Após mais de vinte anos de discussão na Câmara dos Deputados, em agosto de 2015, a PEC nº 171/1993 foi aprovada com alteração do seu texto originário, com a seguinte redação:

¹⁷ Art. 6º da Constituição Federal: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).

¹⁸ Flávia Piovesan destaca que: “Observe-se que a Constituição Federal de 1988 encontra-se em plena consonância com a Convenção sobre os Direitos da Criança, concebendo, de igual modo, a criança como sujeito de direito, a merecer especial proteção e absoluta prioridade, nos termos do art. 227 da Carta. Em 1990, foi adotado o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho), que disciplina a proteção integral à criança e ao adolescente, em cumprimento ao comando constitucional. Note-se que, de acordo com o Estatuto, considera-se criança a pessoa até 12 anos de idade incompletos e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade”. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 201, nota de rodapé.

Art. 1º O art. 228 da Constituição Federal passa a vigora com a seguinte redação:

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial, ressalvados os maiores de dezesseis anos, observando-se o cumprimento da pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos e dos menores inimputáveis, em casos de crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte.

Art. 2º A União, os Estados e o Distrito Federal criarão os estabelecimentos a que se refere o art. 1º desta Emenda à Constituição.

A PEC supracitada, portanto, reduz a maioria penal a dezesseis anos, porém, apenas para crimes considerados graves, como os previstos na Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), o homicídio doloso e a lesão corporal seguida de morte.

No Senado Federal a PEC nº 171/1993 passou a denominar-se PEC nº 115/2015 e ainda se encontra em discussão na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

4. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

Verificou-se anteriormente a evolução dos direitos fundamentais e que estes procuram assegurar uma vida digna aos seres humanos, principalmente contra Estados autoritários e as acentuadas desigualdades sociais que ainda prevalecem nos países subdesenvolvidos. É imprescindível, assim, que os direitos fundamentais conquistados não sejam suprimidos.

Nessa esteira, elaborou-se na doutrina alemã¹⁹ a teoria da proibição de retrocesso em direitos fundamentais, mormente em sua vertente direitos sociais em razão de estes serem, geralmente, embasados em normas programáticas que dependem de atuação Estatal para sua concretização.

O princípio da proibição de retrocesso social desenvolveu-se a partir da obra de Konrad Hesse, de 1978, mas até a presente data não tem aceitação unânime na doutrina e jurisprudência, principalmente em razão da necessidade de elevados recursos financeiros para a implementação de direitos sociais.

¹⁹ Conforme destaca Luisa Cristina, “Konrad Hesse, em obra de 1978, desenvolveu a teoria da irreversibilidade, segundo a qual haveria vinculações para o Estado decorrentes da cláusula do Estado Social plasmada na Constituição alemã, relativas à interpretação da legislação existente, à determinação de tratamento diferenciado de certas situações em prol da igualdade e à limitação de tratamento diferenciado de certas situações em prol da igualdade e à limitação ao Poder Legislativo. Esta última se manifestaria pela possibilidade de declaração de inconstitucionalidade das medidas legais que regulassem de forma insatisfatória o princípio”. NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 103.

A partir da aludida teoria desenvolvida na Alemanha, a doutrina brasileira²⁰ menciona como precedente jurisprudencial o Acórdão 39/1984 do Tribunal Constitucional Português que obstou a redução do Serviço Nacional de Saúde e, por isso, declarou inconstitucional a lei que reorganizava esse serviço com fundamento no princípio da proibição de retrocesso social, pois o direito à saúde seria uma garantia constitucionalmente assegurada. Após, outras decisões da Corte Portuguesa seguiram o caminho da impossibilidade de retrocesso de conquistas sociais alcançadas²¹.

Luísa Cristina destaca que o princípio da proibição de retrocesso social pode ser:

Vislumbrado como manifestação de um princípio maior respeitante à matéria dos direitos fundamentais, ou seja, seria possível cogitar de um princípio que vedasse retrocessos em matéria de direitos fundamentais em face de atuações estatais de natureza distinta. A aceitação de um tal princípio estaria fundada na ideia de um progresso constante no caminho da emancipação humana e da concretização da dignidade da pessoa humana, não se admitindo “marchas atrás” na consagração e efetivação dos direitos fundamentais. Nesta esteira, todos os direitos fundamentais estariam protegidos contra alterações amesquinhadoras de seu conteúdo e garantias, o que levantaria uma série de interessantes questões específicas.²²

Nesse diapasão, o princípio da proibição de retrocesso social destina-se, principalmente, à proteção do núcleo dos direitos sociais já realizados e concretizados, e dá suporte à declaração de inconstitucionalidade de normas que, na prática, poderiam acarretar a anulação ou revogação do núcleo essencial dos direitos sociais.

Nas palavras de Mário De Conto, a proibição de retrocesso social “importa na vedação ao Estado de atentar contra Direitos Fundamentais Sociais implementados”, haja vista acarretar ao Estado uma obrigação de “não fazer” atos administrativos ou leis que atinjam o núcleo essencial dos direitos fundamentais²³.

Destarte, observa-se que existe um núcleo relacionado aos direitos fundamentais, insuscetível de violação pelo Estado, ou seja, um núcleo relacionado com a

²⁰ Nesse sentido: NETTO, Luísa Cristina Pinto. O princípio de proibição de retrocesso social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 103. CONTO, Mário De. *O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 109; e SOARES, Dilmanoel de Araújo. *Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 94.

²¹ Marcelene Ramos cita o acórdão 509/2002 do Tribunal Constitucional português que também agasalhou o princípio de proibição de retrocesso social. RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *Princípio da proibição de retrocesso jusfundamental: aplicabilidade*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 27.

²² NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 111.

²³ CONTO, Mário de, *op. cit.*, p. 83.

tutela da dignidade da pessoa humana. Consequentemente, é esta a ideia que fundamenta a existência de um princípio de proibição de retrocesso social.

Embora não previsto expressamente na Constituição Federal brasileira, não há óbice para que o princípio da proibição de retrocesso social seja utilizado para embasar decisões que assegurem a continuidade de direitos sociais implantados.

Não há espaço neste modesto estudo para a análise dos fundamentos favoráveis e contrários ao princípio da proibição de retrocesso social, mas anota-se que a doutrina pátria²⁴ aponta os seguintes fundamentos para a adoção desse princípio: a) supremacia da Constituição; b) postulado de máxima eficácia das normas de direitos fundamentais; c) princípio da socialidade; d) internacionalização dos direitos fundamentais; e) dignidade da pessoa humana; e f) segurança jurídica.

Não obstante, a vedação de retrocesso de direitos sociais implementados não é absoluta, para evitar que a ordem jurídica seja petrificada em detrimento dos próprios direitos fundamentais, visto que em algumas situações podem ocorrer conflitos entre estes direitos e deverá ser verificado qual deverá prevalecer para assegurar a dignidade da pessoa humana e o bem da sociedade, porém, ressalvada a impossibilidade de violação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais concretizados²⁵.

E na Constituição Federal brasileira de 1988 existe um núcleo intangível, as chamadas cláusulas pétreas, dispostas no parágrafo 4º do seu art. 60, que proíbe, entre outras previsões, a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, isto é, os direitos fundamentais.

Traçados os contornos preambulares do princípio da proibição de retrocesso social, é possível extrair seu conceito como uma norma implícita que assegura o progresso dos direitos fundamentais porque impede a supressão e/ou a redução de conquistas sociais essenciais à dignidade da pessoa.

Ou como discorre Luísa Cristina:

²⁴ Nesse sentido: NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 115 e ss.; CONTO, Mário De. *O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 85 e ss.; e SOARES, Dilmanol de Araújo. *Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 120 e ss.

²⁵ Destaca Ingo Sarlet: “[...] voltando à questão do caráter relativo ou absoluto da dignidade da pessoa humana – há que ter em conta que da condição de limite material (implícito) ao poder de reforma constitucional não decorre, por si só, uma absoluta imunidade a restrições do bem protegido, já que pela sistemática adotada pela Constituição Federal de 1988 apenas são vedadas emendas (ou propostas de emendas) que resultem em abolição efetiva ou tendencial das assim denominadas “cláusulas pétreas”, proteção esta que se aplica igualmente aos limites implícitos. Tal entendimento, em verdade, harmoniza com a dimensão principiológica da dignidade da pessoa, que, na sua condição de norma-princípio, tolera certa relativização, respeitado, todavia, sempre também o núcleo essencial, este sim blindado contra restrições, sem prejuízo da existência de regras assegurando dimensões da dignidade que se encontram subtraídas à ponderação.” SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 173.

O princípio de proibição de retrocesso social é norma jusfundamental adscrita, de natureza principal, que proíbe ao Legislador a supressão ou alteração das normas infraconstitucionais que densificam normas constitucionais de direitos sociais de molde a violar sua eficácia.²⁶

É importante fixar a partir do conceito do princípio em tela, a ideia de que embora inexista uma imposição de avanço, “há uma proibição de retroceder socialmente os direitos sociais conquistados no Estado Democrático e Social de Direito”, como observa Marcelle Ramos²⁷.

4.1. O princípio da proibição de retrocesso social na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Em razão de a proibição de retrocesso social ser um princípio constitucional implícito, a pesquisa jurisprudencial deste estudo limitou-se ao Colendo Supremo Tribunal Federal por ser a Corte constitucional brasileira.

Luísa Cristina²⁸ aponta que inicialmente o princípio da proibição de retrocesso social foi mencionado como fundamento em votos vencidos no Supremo Tribunal Federal.

Mário De Conto²⁹ menciona, também, o voto vencido da ADIn 3.103-8, proferido pelo Ministro Celso de Mello. Nesta ação buscava-se a declaração de inconstitucionalidade do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41/2003, que instituiu contribuição previdenciária nos rendimentos de aposentados e pensionistas.

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello sustentou que o princípio da proibição de retrocesso social seria aplicável para impedir a desconstituição de conquistas sociais já alcançadas, no caso o direito de, ao se aposentar, o servidor deixar de contribuir para a previdência social. A referida ADIn, todavia, foi julgada improcedente por maioria de votos.

No acórdão proferido no agravo regimental do recurso extraordinário com agravo nº 639.337-SP, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello, então relator, mais uma vez utilizou o princípio da proibição de retrocesso social como razão de decidir, mas, agora, sua argumentação foi acolhida por maioria de votos, como se verifica no trecho da ementa a seguir transcrito:

²⁶ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 113.

²⁷ RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *Princípio da proibição de retrocesso jusfundamental: aplicabilidade*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 21.

²⁸ Luísa Cristina cita os votos vencidos proferidos nas ADIs nº 2065-DF e 3105-DF. *Op. cit.*, p. 109.

²⁹ CONTO, Mário De. *O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 130.

E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA – SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA – LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO – DOCTRINA – JURISPRUDÊNCIA – OBRIGAÇÃO ES-TATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) [...]

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.³⁰

A Ministra Rosa Weber também já citou o princípio da proibição de retrocesso social no voto proferido no recurso ordinário com agravo nº 709.212-DF, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, que entendeu pela inconstitucionalidade do art. 23 da Lei nº 8.036/1990 e do art. 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto nº 9.868/1999³¹.

Destaco, por fim, o voto da Ministra Cármen Lúcia, acolhido por unanimidade, que ao relatar o Acórdão da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 4543 MC – DF, que tratava do sigilo do voto eleitoral, utilizou como

³⁰ ARE 639337 AgR / SP. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgado em: 23/08/2011. Órgão Julgador: Segunda Turma.

³¹ ARE 709212 / DF. Relator: Min. GILMAR MENDES. Julgado em: 13/11/2014. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

fundamento o princípio da proibição de retrocesso social, que também é aplicável aos direitos políticos, como se observa a seguir:

O princípio da proibição de retrocesso político.

Parece-me também favorecer a plausibilidade jurídica do pedido formulado para fins de deferimento da cautelar requerida, princípio constitucional que norteia decisões de controle de constitucionalidade para verificação da validade constitucional das normas, ainda que neste momento preliminar, qual seja, o da proibição de retrocesso. Com maior frequência adotado no âmbito dos direitos sociais pode-se ter como também aplicável aos direitos políticos, como é o direito de ter o cidadão invulnerado o segredo do seu voto, que ficaria comprometido pela norma questionada.

Esse princípio da proibição de retrocesso político há de ser aplicado tal como se dá quanto aos direitos sociais, vale dizer, nas palavras de Canotilho “uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. [...] o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana” (CANOTILHO, J.J. Gomes – Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 3. ed. p. 326).

Tenho por aplicável esse princípio também aos direitos políticos e ao caso presente, porque o cidadão tem o direito a não aceitar o retrocesso constitucional de conquistas históricas que lhe acrescentam o cabedal de direitos da cidadania.

Como se dá quanto aos direitos sociais, a proibição de retrocesso político-constitucional impede que direitos conquistados, como o da democracia representativa exercida segundo modelo de votação que, comprovadamente, assegura o direito ao voto com garantia de segredo e invulnerabilidade da escolha retroceda para dar lugar a modelo superado exatamente pela vulnerabilidade em que põe o processo eleitoral.³²

A jurisprudência acima compilada demonstra que o princípio da proibição de retrocesso social, ainda que de forma incipiente, é aceito em nossa Corte Constitucional, em consonância com a doutrina mais atualizada sobre direitos fundamentais.

³² ADI 4543 MC / DF. Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgado em: 19/10/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

5. SÍNTESE CONCLUSIVA

Demonstrou-se que o princípio da proibição de retrocesso social, embora não absoluto, veda que direitos sociais implementados sejam reduzidos ou suprimidos.

Outrossim, sustenta-se neste trabalho que a maioria penal de dezoito anos, prevista no art. 228 da Constituição Federal, é um direito fundamental social.

O princípio da proibição de retrocesso social, portanto, pode ser aplicado para impedir a redução da maioria penal para alguém de dezoito anos, ou seja, para dezesseis anos, como pretende a proposta de emenda constitucional em andamento.

A legislação penal brasileira, como demonstrado, evoluiu para chegar ao patamar da imputabilidade penal aos dezoito anos de idade. Partiu-se de tenras idades, nas Ordenações Filipinas e Códigos Penais de 1830 e 1890, para atingir-se a idade em questão.

A redução da maioria penal, portanto, seria um flagrante retrocesso a essa conquista social aplicável aos jovens entre dezesseis e dezoito anos de idade, que ainda possuem personalidade em desenvolvimento.

E mesmo sendo a proibição de retrocesso social um princípio relativo, os argumentos favoráveis à redução da maioria penal não são aptos ao seu afastamento, pois, antes do cerceamento da liberdade deve ser buscada a recuperação dos adolescentes infratores por meio da reeducação.

A almejada reeducação de jovens infratores somente poderá ser obtida longe de um sistema carcerário falido e superlotado, pois este, em vez de ressocializar, somente deturpa ainda mais a personalidade de pessoas com inclinação a práticas ilícitas.

O que poderá ser modificada é a política pública de reeducação dos adolescentes infratores para que atinja melhores resultados, não sendo viável a simples redução da maioria penal, mas sim a busca de medidas alternativas com maior participação do Estado, da família do infrator e da sociedade.

Com efeito, entendo que propostas de emendas à Constituição Federal destinadas à redução da maioria penal são inconstitucionais, porque ferem o princípio constitucional implícito da proibição de retrocesso social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Carlos Ferraz; REZENDE, Manuel Morgado. *Crime, castigo e redução da maioria penal*. Taubaté/SP: Cabral Editora e Livraria Universitária, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. 14. ed. *Tratado de direito penal: parte geral*, São Paulo: Saraiva, v. 1, 2009.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, tomos I e II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CONTO, Mário De. *O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

COSTA e SILVA, Antonio José da. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado*. Obra fac-similar. Coleção Histórica do Direito. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, v. I, 2004.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. Tomo I. São Paulo: Max Limonad, v. 1, 1971.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. Tomo II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1978.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *Princípio da proibição de retrocesso jusfundamental: aplicabilidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

RANGEL, Paulo. *A redução da menor idade penal: avanço ou retrocesso social?: a cor do sistema penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOARES, Dilmanoel de Araújo. *Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

POLÍTICAS PÚBLICAS E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Public policies and effectiveness of fundamental rights

Alexandre Lucas Veltroni¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Políticas públicas e direitos fundamentais. 2.1. Breve histórico dos Direitos Fundamentais. 2.2. Os Direitos Sociais Fundamentais na Constituição brasileira. 3. Conceito de política pública. 3.1. Etapas das políticas públicas. 3.2. Atores das políticas públicas. 3.3. Políticas públicas e democracia. 4. Conclusão. Referências bibliográficas.

RESUMO

O presente trabalho aborda Políticas Públicas como meio de efetivação de Direitos Fundamentais aos membros de um Estado. Para tanto, traz um breve histórico desses direitos e, em especial, expõe acerca dos Direitos Sociais que, basicamente, são promovidos por programas estatais. Analisa, ainda, o conceito de Políticas Públicas, trazendo o seu conteúdo, passando pelas fases de implementação e, também, pelos atores que compõem uma política, até a intersecção entre políticas sociais e democracia, demonstrando a intrínseca relação entre pessoas de um Estado e seus direitos, por meio dessas mesmas Políticas Públicas.

Palavras-chaves: Efetivação de Direitos. Direitos Fundamentais. Políticas Públicas.

ABSTRACT

The present work broaches Public Policy as a means of realizing Fundamental Rights to members of a State. For so, it brings a brief historic of these rights and in special, exposes about the Social Rights, which are basically promoted by state programs. Yet, it analyses the concept of Public Policies, carrying out its content, going through the phases of implementation and, also, by the actors that make up a policy, till the intersection between social policies and democracy, demonstrating the intrinsic relationship between people of a State and their rights, through these same Public Policies.

Keywords: Effectiveness of Rights. Fundamental rights. Public policy.

INTRODUÇÃO

O presente texto traz uma abordagem de Políticas Públicas enquanto meio de se efetivar direitos fundamentais garantidos pelo ordenamento jurídico – em especial o brasileiro, estipuladas e efetivadas pelo ente estatal, na consecução dos direitos basilares e que são garantidos às pessoas, componentes da sociedade desse mesmo Estado.

¹ Especialista em Direitos Humanos: Direitos Fundamentais e Políticas Públicas pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – ESPGE. Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Executivo Público da PGE-SP. Professor no Curso de Direito da Faculdade Zumbi dos Palmares – SP e em cursos de pós-graduação *lato sensu* da Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP-SP e do Centro Universitário de Rio Preto – UNIRP. Advogado.

Para tanto, analisamos, em um primeiro momento, a relação entre Políticas Públicas, enquanto meio de garantir e, mais que isso, de efetivar direitos às pessoas destinatárias, como os Fundamentais, abordando sua intrínseca relação.

Adiante, e já dentro da seara dos Direitos Fundamentais, expomos, de modo sucinto, o histórico de implementação desses direitos, bem como suas dimensões/gerações.

Também, dentre os mesmos, visitamos os Direitos Sociais como uma categoria daqueles que, de regra, são prestados à população por meio de políticas de estado, tema basilar do presente estudo.

Por fim, analisamos a conceituação de Políticas Públicas, bem como seus mecanismos e atores, para o entendimento de como os Direitos Fundamentais são não só garantidos, mas, de modo especial, prestados efetivamente à população.

Assim, passamos ao debate em foco, para que se tenha a noção de que direitos, especialmente os denominados Direitos Sociais, são garantidos pelo ordenamento jurídico e são levados a efeito por meio de políticas públicas implementados pelos entes estatais, na consecução de seu objetivo – que é a prestação de serviços para a concretização do estabelecido, tanto pela Constituição quanto pelas demais normas, ou seja, pelo ordenamento jurídico vigente.

1. POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para firmarmos o entendimento de Políticas Públicas, desde seu significado até a efetivação de direitos por meio delas, temos que, já de início, assimilar um breve histórico da inter-relação das mesmas com direitos e, de modo mais específico, com os direitos sociais, que explicitamos a seguir. Nesse sentido, Maria Paula Dallari Bucci² expõe:

O fundamento mediato das políticas públicas, o que justifica o seu aparecimento, é a própria existência dos direitos sociais – aqueles, dentre o rol de direitos fundamentais do homem, que se concretizam por meio de prestações positivas do Estado. Enquanto os direitos individuais, ditos direitos fundamentais de primeira geração, consistem em liberdades, os direitos sociais, ditos de segunda geração, consistem em poderes que “só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas”.

Assim, analisamos a inter-relação dos Direitos Fundamentais com Políticas Públicas e, para um bom entendimento dessa relação, temos, então, que situar a

² BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 34, nº 133, jan.-mar. 1997, p. 90. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198/r133-10.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

História da Humanidade de acordo com a aquisição de direitos pelos indivíduos, pontuando os períodos mais importantes na afirmação desses direitos – os Direitos Humanos – ou seja, os que têm direta relação com a dignidade humana.

1.1. Breve histórico dos Direitos Fundamentais

A partir de quando já se tem relatos de eventos de Direito, na Idade Antiga, podemos rememorar as civilizações que trouxeram importantes contribuições, como as grega, persa, hebraica, chinesa e indiana, as quais impulsionaram a evolução da humanidade, conforme explica Fábio Konder Comparato³, que classifica os séculos VIII a II antes de Cristo como “*o eixo histórico da humanidade*”, chamando esse de “*período axial*” para a sequência dos Direitos Humanos, conforme exprime:

Em suma, é a partir do período axial que o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez na História, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.

Para João Baptista Herkenhoff⁴, a expressão “Direitos Humanos” pode ser empregada a quaisquer direitos conferidos ao homem, evidenciando que, apesar de com existência incipiente, já havia, desde os primórdios da humanidade, uma preocupação com os mesmos, ainda bastante precários em sua concepção, sem garantia legal ou segurança política, vez que o respeito a eles acontecia devido apenas à sabedoria e boa vontade dos governantes, e não por força de lei, visto que, aparentemente, as mesmas não existiam formalmente.

Argumenta André Ramos Tavares⁵ que não se poderia falar em direitos que não fossem do homem, ou humanos, sob pena de se incorrer em incoerências. O termo “direitos humanos” como conjunção dos direitos naturais e dos direitos civis, entendido como um conjunto de direitos atribuídos ao Homem apenas pelo fato de ele fazer parte constitutiva, como membro de um corpo social, passou a ser adotado apenas com a evolução das sociedades.

³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 11.

⁴ HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, v. 1, 1994, p. 30.

⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 493.

No entender de Dimitri Dimoulis⁶, os direitos denominados de fundamentais só têm condições de existir quando se encontram presentes três elementos: Estado, indivíduo e forma escrita. Surgem eles com a positivação dos Direitos Humanos no ordenamento, ou seja, no âmbito interno dos países, isto é, com a garantia expressa daqueles direitos em suas constituições, sendo os mesmos reconhecidos pelo poder político. Logo, há sentido em se falar sobre Direitos Fundamentais quando se admite a possibilidade, com garantias, de limitação jurídica do poder instituído.

Canotilho⁷ expõe a respeito do conceito de direitos do homem e fundamentais, distinguindo-os, assim:

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intertemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Pode-se, portanto, afirmar grosso modo, que a diferenciação entre tais classificações está na forma como se enquadram, de acordo com seu sistema normativo, se internacionais ou se internos.

Na evolução das teorias de direitos inerentes às pessoas é comum dividi-los em gerações e/ou dimensões de direitos, de acordo com seu reconhecimento histórico. Assim, são tidas como clássicas no cenário do direito internacional, as três primeiras gerações, existindo, porém, em doutrinas especializadas, além desses, outros direitos “classificados” em outras gerações.

Acerca das gerações de direitos, Manuel Gonçalves Ferreira Filho⁸ explica:

[...] primeira geração enfrentou o problema do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais, a terceira, hoje, luta contra a deterioração da qualidade da vida e outras mazelas, com os direitos de solidariedade [...]

⁶ DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. In: *Caderno de Comunicações*. Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba. p. 11. Apud: TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 486.

⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 99.

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 33.

Com origem nas revoluções liberais ou burguesas que marcaram a transição do Estado Absoluto para o Estado de Direito, surgem os Direitos Fundamentais de primeira geração como instrumento de limitação do poder estatal, de contenção da intromissão indevida do Estado na vida privada do indivíduo e contra o abuso de poder, sendo eles os primeiros a se confirmarem nos instrumentos normativos constitucionais existentes à época, traduzindo-se como faculdades ou atributos da pessoa e relacionando-se às liberdades individuais, cujo detentor é o indivíduo, ou seja, aquele homem que compõe a sociedade.

Ingo Wolfgang Sarlet⁹, dentre outros autores, caracteriza tais direitos como de *status* negativo, uma vez que correspondem a uma abstenção de atuação por parte do poder público instituído, sendo, desta feita, direitos oponíveis ao Estado.

Dalmo de Abreu Dallari¹⁰ expõe sobre essa Declaração:

Em 26 de agosto de 1789, a Assembleia Nacional francesa aprovou sua *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, que, inegavelmente, teve desde logo muito maior repercussão do que as precedentes. Isto se deveu, em parte, à sua condição de centro irradiador de ideias, [...] mas deveu-se, sobretudo, ao caráter universal da Declaração francesa. [...] Com efeito, reconhecendo e declarando, conforme o artigo da Declaração de Direitos, que ‘os homens nascem e continuam livres e iguais em direitos’ e que ‘as distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum’, a Assembleia deixou expresso que essa e as demais proposições se aplicavam a todas as sociedades políticas. [...]

Da segunda geração de direitos, que se inicia contemporaneamente a esse período histórico, inferimos que foi de suma importância a limitação do poder estatal pela Lei, no desenvolvimento dos Direitos Sociais, vez que trouxe a base das Declarações de Direitos, ideia essa que se perpetuou nas várias Constituições posteriores à francesa de 1789. Ensina Norberto Bobbio¹¹ acerca da tal Declaração de direitos:

O constitucionalismo moderno tem, na promulgação de um texto escrito contendo uma declaração dos Direitos Humanos e de cidadania um dos seus momentos centrais de desenvolvimento e de conquista, que consagra as vitórias do cidadão sobre o poder.

Usualmente, para determinar a origem da declaração no plano histórico, é costume remontar à *Déclaration des droits de l’homme et de citoyen* [...].

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 55.

¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 207-208.

¹¹ BOBBIO Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO Gianfranco. 12. ed. *Dicionário de política*. Brasília: UNB. 2004, p. 353.

Também de grande importância a Revolução Industrial, marco determinante das relações sociais atuais, em função de haver promovido importantes alterações nos sistemas político, econômico e social então existentes.

Decisivas na consolidação dos Direitos Sociais foram as duas Guerras Mundiais, momentos importantes que foram no desenvolvimento histórico dos direitos do homem.

Após a Primeira Guerra Mundial, no século XX, aconteceu também, ao lado da criação da Liga das Nações e do desenvolvimento do Direito Humanitário, a criação da Organização Internacional do Trabalho – OIT, em 1920, o que incrementou os Direitos Sociais e provocou, como consequência, também o desenvolvimento dos Direitos Humanos, vez que os primeiros, como sabemos, são basilares destes últimos, conforme ensina Flávia Piovesan¹²:

Ao lado do Direito Humanitário e da Liga das Nações, a Organização Internacional do Trabalho [...] também contribuiu para o processo de internacionalização dos direitos humanos. Criada após a Primeira Guerra Mundial, a Organização Internacional do Trabalho tinha por finalidade promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar. [...]

A doutrinadora explica que esses padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar, à época, visavam à garantia de direitos aos seres humanos, e tentavam evitar, especialmente, a exploração dos indivíduos mais fracos e necessitados ou, ainda, o trabalho escravo.

Com a Primeira Grande Guerra, em 1914, surgiram conceitos de regimes nacionalistas e os diferentes caracteres ideológicos que passariam, desde então, a prevalecer e a ter dominância no chamado “mundo ocidental”.

Também dessa guerra resultou a instituição da *Liga das Nações*, outro marco importante, criado com o propósito de promoção da paz e da segurança internacionais, além de almejar o combate às agressões territoriais e a independência dos países vinculados.

Por meio da convenção da Liga das Nações, os Estados dela participantes comprometeram-se a garantir condições justas e dignas de vida e de trabalho a todas as pessoas que neles habitassem, fossem elas adultos ou crianças, estabelecendo-se sanções de natureza econômica, além de militares, aplicáveis a qualquer Estado que, eventualmente, violasse tais preceitos, tendo essa Liga o principal objetivo de promover a cooperação internacional entre Estados, além de buscar a garantia da paz para todas as nações.

¹² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 127.

Em decorrência de acordos firmados pelo término da I Guerra Mundial, que impunham condições rigorosas aos Estados vencidos, em especial o Tratado de Versalhes, iniciou-se, em 1939, a II Guerra Mundial.

Paulo Bonavides leciona¹³ acerca desse período histórico, combinando-o aos Direitos Sociais:

Os direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, [...]. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula. [...] esses direitos foram inicialmente objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico; uma vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra.

Ainda, após o término da II Guerra Mundial, face ao embate ideológico e doutrinário entre capitalismo e socialismo, teve início a denominada “guerra fria” que assolou quase todo o mundo, firmando-se, aí, a teoria das diferentes gerações de Direitos e a disputa política no campo internacional, implementando-se, assim, o chamado “Estado do Bem-Estar Social”.

A respeito do tema, as lições de Celso Ribeiro Bastos¹⁴:

Em virtude de uma progressiva assunção por parte do Estado de atividades no campo econômico, social, previdenciário, educacional etc., sua feição clássica de Estado Liberal cede o passo à de um Estado Social. [...] A causa mais importante – e, portanto, não a única – foi sem dúvida a ocorrência no século XX de crises econômicas que, provocando a recessão e o desemprego demonstravam ser os mecanismos autorreguladores da economia insuficientes para promover harmonicamente o desenvolvimento da riqueza nacional. A presença do Estado se fazia, pois, imprescindível para corrigir os profundos desequilíbrios a que foram levadas as sociedades ocidentais [...] A esse modelo se dá o nome de Estado Social, com isso significando a convivência de um Estado provedor em muitos aspectos, mas, ainda assim, não castrador do dinamismo da sociedade. [...] As insuficiências do liberalismo não devem servir de pretexto para que se aniquilem com as liberda-

¹³ BONAVIDES Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 518.

¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 1995, p. 70-72.

des fundamentais nem com as ideias de representatividade e de separação dos poderes.

Representando a contradição ideológica e cultural do século XX, estão o desenvolvimento do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos – PIDCP e do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC, que demoraram 18 anos até serem editados, em 1966, além da instituição, por meio de três instrumentos, da Carta Internacional dos Direitos Humanos – “International Bill of Human Rights” – a saber, a Declaração Universal dos Direitos do Homem – DUDH e os próprios PIDCP e PIDESC.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁵ discorre a respeito:

É, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais. [...] A utilização da expressão ‘social’ encontra justificativa [...] na circunstância de que os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compreensão, em virtude da extrema desigualdade que caracteriza (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior grau de poder econômico.

Prosseguindo no histórico das gerações/dimensões de Direitos do Homem, quanto à terceira geração ou dimensão de direitos, temos que são eles relacionados diretamente ao ideal de solidariedade, pois que considerados direitos relativos a várias pessoas, não pertencendo a indivíduos de modo isolado.

Essa geração tem origem e conseqüente impulso, a partir da segunda metade do século XX, quando se deu um período de grande desenvolvimento das tecnologias, dos meios de comunicação de massa e, também, dos transportes, os quais aproximaram a humanidade, tornando-a conectada de modo rápido e ágil. São eles, então, direitos que pertencem a grupos de pessoas, considerados difusos e coletivos, pois visam resguardar direitos de todos, independentemente de uma individualidade. Expõe Ingo Wolfgang Sarlet¹⁶ que [...] cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra.”

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 56.

¹⁶ *Ibidem*, p. 58.

Exemplos de direitos dessa geração são o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito das minorias ou dos hipossuficientes, como consumidores e pessoas idosas, além das pessoas com deficiência.

Sobre essa geração ou dimensão de direitos explana Paulo Bonavides¹⁷:

[...] Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, [...].

Incumbe ao Estado, então, satisfazer o interesse da coletividade ou de um grupo da sociedade, levando à satisfação dos interesses de seus componentes, membros de tal sociedade, o que se traduz na “solidariedade”, quase que na totalidade das vezes, por meio da consecução de políticas públicas.

Seguindo a construção desse ideal, da qual o direito ao meio ambiente equilibrado e o direito ao desenvolvimento são os mais expressivos, os quais visam garantir aos membros do corpo social, e também um melhor futuro à humanidade, através de uma “sadia qualidade de vida” e prestigiando o princípio da dignidade humana, vai-se ampliando essa classificação em conteúdo, através da positivação de novos direitos que passam a ser categorizados como fundamentais, sobre o que expõe Celso de Mello¹⁸:

[...] A QUESTÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO – DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO – PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. – O DIREITO À INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE – TÍPICO DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO – CONSTITUI PRERROGATIVA JURÍDICA DE TITULARIDADE COLETIVA, REFLETINDO, DENTRO DO PROCESSO DE AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, A EXPRESSÃO SIGNIFICATIVA DE UM PODER ATRIBUÍDO, NÃO AO INDIVÍDUO IDENTIFICADO EM SUA SINGULARIDADE, MAS, NUM SENTIDO VERDADEIRAMENTE MAIS ABRANGENTE, A PRÓPRIA COLETIVIDADE SOCIAL. ENQUANTO OS DIREITOS DE PRIMEIRA GERAÇÃO (DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS) – QUE COMPREENDEM AS LIBERDADES CLÁSSICAS, NEGATIVAS OU FORMAIS – REALÇAM O PRINCÍPIO DA LIBERDADE E OS DIREITOS DE SEGUNDA GERAÇÃO (DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS) – QUE SE IDENTIFICA COM AS LIBERDADES POSITIVAS, REAIS OU CONCRETAS –

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 569.

¹⁸ BRASIL. STF MS: 22164 SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO. Julgado em: 30 out. 1995, Plenário, publicado no DJ de 17 nov. 1995. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

ACENTUAM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE, OS DIREITOS DE TERCEIRA GERAÇÃO, QUE MATERIALIZAM PODERES DE TITULARIDADE COLETIVA ATRIBUIDOS GENERICAMENTE A TODAS AS FORMAÇÕES SOCIAIS, CONSAGRAM O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E CONSTITUEM UM MOMENTO IMPORTANTE NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO, EXPANSÃO E RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS, CARACTERIZADOS, ENQUANTO VALORES FUNDAMENTAIS INDISPONÍVEIS, PELA NOTA DE UMA ESSENCIAL INEXAURIBILIDADE. [...].

No julgado transcrito, o citado Ministro claramente se refere a outro tema – desapropriação – mas não se pode perder sua tão clara lição sobre os Direitos Fundamentais.

Proseguindo com a teoria da afirmação das gerações ou dimensões de direitos, há doutrinadores que já discorrem sobre a existência dos direitos de outra ordem, ou seja, de quarta geração/dimensão, apesar de ainda não haver consenso na doutrina sobre tal assunto e sua conceituação, assim como sobre o seu conteúdo. Para Norberto Bobbio¹⁹, “tratam-se dos direitos relacionados à engenharia genética.” Já para Paulo Bonavides²⁰, também são aqueles relacionados à globalização, à democracia, à informação e ao pluralismo.

Apesar das contradições ideológicas que motivaram a positivação dos direitos do homem, e de maneira especial os Direitos Sociais, não mais se faz necessário falar da sua fundamentalidade ou falta dela, mas sim, fazer com que sua aplicação ou efetivação sejam garantidas e implementadas nos Estados Democráticos, em benefício dos indivíduos sob sua proteção, como focaremos mais adiante, ideia central deste nosso trabalho, o que ocorre por meio de execução de conjunto de projetos e programas, ou seja, de políticas a serem implementadas pelos poderes públicos, a fim de atingir a finalidade específica da garantia de direitos às pessoas.

1.2. Os Direitos Sociais Fundamentais na Constituição brasileira

Os Direitos Humanos, cujo tema teve grande desenvolvimento na segunda metade do século XX, exerceram grande influência nos textos constitucionais de diversos Estados, provocando mesmo o incremento da discussão e da evolução das gerações e dos próprios direitos tidos, hoje, como fundamentais. A respeito, explica Flávia Piovesan²¹:

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 572.

²¹ PIOVESAN, Flávia Cristina. *Sistema internacional de proteção dos direitos humanos*. Texto produzido para o I Colóquio Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, Brasil, 2001. Disponível em: < http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/piovesan_sip.pdf >. Acesso em: 04 jan. 2016.

A Declaração de 1948 inova a gramática dos direitos humanos ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que é marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, sendo a dignidade humana o fundamento dos direitos humanos. Indivisibilidade porque, ineditamente, o catálogo dos direitos civis e políticos é conjugado ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais. [...].

Então, com o desenvolvimento desses temas, os Direitos Fundamentais passaram a ser mais valorizados nas diversas constituições elaboradas após a II Grande Guerra, firmando-se durante a segunda metade do século XX, o que provocou também alterações em nosso ordenamento jurídico.

A Constituição brasileira de 1988 cuida, em seu Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, contemplando os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º e incisos), os Direitos Sociais (arts. 6º a 11), os Direitos de Nacionalidade (art. 12 e 13), e os Direitos Políticos (arts. 14 a 16), além de disposições sobre Partidos Políticos (art. 17).

Conforme leciona Maria Garcia²² sobre o extenso rol de direitos trazido pela CF/88, podemos observar a vinculação da nossa ordem jurídica aos Direitos Fundamentais:

Todos os direitos e garantias *diretamente* vinculados a um dos cinco direitos fundamentais básicos constantes do art. 5º, caput. Os demais compõem apenas o quadro dos direitos constitucionais.

Assim vinculados diretamente ao *direito à vida*, os direitos sociais constantes do art. 6º, (“a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”), o inc. L (“às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” – trata-se da proteção ao infante); o inc. V (“é livre a manifestação do pensamento”) indiretamente, alguns direitos constitucionais do art. 7º, XVI, (“remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal”);

ao *direito à liberdade*: diretamente, art. 5º, IV (“é livre a manifestação do pensamento”); indiretamente, inc. XVIII (“a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento”);

ao *direito à igualdade*: art. 5º, V (“é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo”) e indiretamente, inc. XXXIV, b (“a obtenção de certidões em repartições públicas”);

²² GARCIA, Maria. Mas, quais são os direitos fundamentais?. In: *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*. Cap. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2011, p. 350.

ao *direito à segurança*: diretamente, inc. XXXVI (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”) e indiretamente, o inc. XXVIII, “a” (“a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas”);

ao *direito à propriedade*: diretamente, o inc. XXVII (“aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras”) e indiretamente (“transmissível aos herdeiros, pelo tempo que a lei determinar”), bem como o inc. XXX (“é garantido o direito de herança”).

Por esse modo, parece possível estabelecer, mediante critérios únicos, a natureza dos direitos e garantias fundamentais, na mesma condição de base, fundamento e necessidade inerentes à sua qualidade de *fundamentais*, e não outra – com toda a sua decorrência, no ordenamento jurídico.

Sem nos alongarmos, podemos inferir um acentuado cuidado com os direitos relativos à sociedade em nosso Texto Constitucional, por meio da análise sistemática de diversos de seus dispositivos pelo modo sistemático (art. 1º, III; 3º; e art. 170), até para que ocorra a integração dos direitos de 2ª com os de 3ª dimensão, na efetivação dos direitos das pessoas.

O metaprincípio norteador da nossa ordem jurídica, que é a “*dignidade da pessoa humana*”, encontra-se, logo de início, no art. 1º, III, da CF/88, perante a necessidade da implementação de Direitos Fundamentais. Traz também o art. 3º da Carta Magna:

Art. 3º 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. (grifos nossos).

Temos a “ordem econômica”, especialmente contemplada no art. 170 da Constituição, o comando de que “*tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*”, valorizando, assim, o aspecto dos direitos sociais para o desenvolvimento nacional, com a finalidade de ser alcançado o bem público, também denominado de “*justiça social*”.

E mais, o art. 225 estabelece: “*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, [...] 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. [...]*”.

Esses comandos demonstrados têm o objetivo de, também, fazer o entrelaçamento dos direitos sociais inseridos nos temas dos Direitos Fundamentais, tendo em vista a ordem constitucional adotada por nosso sistema jurídico, lembrando, ainda, que se podem inferir vários outros comandos essenciais inter-relacionados no texto da Carta Magna.

A Constituição Federal de 1988, especificamente institui, *in verbis*:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifos nossos).

A partir da leitura dos mandamentos por nós aqui destacados, vemos que para se alcançar tais “objetivos” da República, necessário se faz uma atuante prestação de serviços públicos por parte do Estado.

Quando levados a efeito pela administração do Estado, ou pelo governo em um determinado período, tais serviços públicos se revestirão da estrutura da chamada “política pública”, que explanamos na sequência.

2. CONCEITO DE POLÍTICA PÚBLICA

Essa contínua incorporação de novos direitos, em união com a busca incessante pela melhoria das condições sociais das pessoas, não torna suficiente apenas um texto constitucional bem produzido para que os Direitos Fundamentais sejam efetivamente cumpridos, melhorando as condições da população. Necessária se faz a implementação desses direitos por meio de políticas que prestarão os serviços relativos à sua efetividade, ou seja, na implementação de programas efetivos de prestação de serviços à população.

Nesse sentido, discorre Marta Maria Assumpção Rodrigues²³:

Políticas Públicas são ações de governo, portanto, são revestidas de autoridade soberana do poder público. Dispõem sobre “o que fazer” (*ações*), “aonde chegar” (*metas* ou objetivos relacionados ao estado de coisas que se pretende alterar) e “como fazer” (*estratégias de ação*). Referem-se a o que o governo está ou não está fazendo nas diversas áreas (econômica, política e de bem-estar social). [...] Quando o foco está na ação do governo, parte-se do pressuposto de que o curso dessa ação envolve comportamentos que são orientados por metas, [...].

²³ RODRIGUES, Marta Maria Assumpção. *Políticas públicas*. 1. ed. 3. reimp. São Paulo: Publifolha, 2013, p. 52-53.

Portanto, é necessária, também, a implementação, pelo Estado, de programas que se denominam como *políticas públicas*, as quais tornem efetivos os direitos, por meio de metas, instrumentos e objetivos que busquem a melhoria da sociedade.

Maria Paula Dallari Bucci²⁴ assim entende Política Pública:

[...] um programa ou quadro de *ação* governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito.

Como vemos, então, as políticas públicas é que exercem, por meio da atuação do Estado, por meio de sua administração e da destinação de recursos para a realização de serviços públicos, a concretização de direitos, o que envolve, diretamente, as finanças públicas, tributação e, mesmo, a organização do próprio Estado.

Nesse sentido, expõe Haroldo Pereira²⁵ que “[...] estamos diante de um objeto complexo, cuja apreensão depende de um modelo teórico que responda a todas as suas dimensões das e nas várias áreas do conhecimento humano e contemple todas as vicissitudes de ordem prática para sua implementação.”

2.1. Etapas das políticas públicas

Leciona Maria Paula Dallari Bucci²⁶ a respeito do entendimento de políticas públicas, dentro do espectro maior da Política, ou seja, da gestão da coisa pública, explicando a distinção entre elas:

As políticas públicas têm distintos suportes legais. Podem ser expressas em disposições constitucionais, em leis, ou ainda em normas infralegais, como decretos e portarias e até mesmo em instrumentos jurídicos de outra natureza, como contratos de concessão de serviço público, por exemplo.

Outra questão a observar são as menções normativas à “política” (política nacional de abastecimento, por exemplo), cuja classificação como política pública é discutível, visto não disporem sobre os meios de realização dos objetivos fixados, nem prescrevem metas ou resultados que, [...] são elementos do programa de ação governamental.

²⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 14.

²⁵ PEREIRA, Haroldo. Aspectos práticos e teóricos para um desenho metodológico das políticas públicas, a partir da análise de um caso (direito à saúde), na atuação da advocacia pública contenciosa, e segundo duas matrizes teóricas: o neoinstitucionalismo histórico e o positivismo jurídico hartiano. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, nº 81, jul./dez. 2015, p. 223.

²⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 11.

Finalmente, deve-se afastar, para um trabalho mais sistemático de busca de um conceito ou padrão de política pública para análise jurídica consideração de que todo direito é permeado pela política. Conquanto inegavelmente verdadeira essa assertiva, ela remete à distinção entre os termos em inglês *politics* e *policy*. Enquanto o primeiro se refere à atividade política em sentido amplo, o segundo conota os programas governamentais. [...].

Corroborando a afirmação, trazemos o entendimento de Klaus Frey²⁷ :

[...] Para a ilustração dessas dimensões tem-se adotado na ciência política o emprego dos conceitos em inglês de ‘polity’ para denominar as instituições políticas, ‘politics’ para os processos políticos e, por fim, ‘policy’ para os conteúdos da política:

- a dimensão institucional ‘polity’ se refere à ordem do sistema político, delimitada pelo sistema jurídico, e à estrutura institucional do sistema político-administrativo;
- no quadro da dimensão processual ‘politics’ tem-se em vista o processo político, frequentemente de caráter conflituoso, no que diz respeito à imposição de objetivos, aos conteúdos e às decisões de distribuição;
- a dimensão material ‘policy’ refere-se aos conteúdos concretos, isto é, à configuração dos programas políticos, aos problemas técnicos e ao conteúdo material das decisões políticas. [...]

Claro é que, toda essa obrigação que cabe ao Estado de servir a população e a disponibilização de programas e ações que garantam a efetiva aplicação dos direitos, deve estar de acordo com a vontade das pessoas dessa própria comunidade, por meio dos diversos meios de se comunicar do governo com as mesmas, componentes desse mesmo estado.

Especificamente em relação ao nosso tema, temos que lembrar, neste ponto, ser a política pública não só de garantia de Direitos Sociais, como também de efetivação de outros Direitos Fundamentais – como os civis e políticos, os individuais e os coletivos –, além da implementação de diversos serviços e até mesmo do exercício de atividades para que possa a máquina estatal em seu conjunto global, denominado “administração pública”, ter eficiência na prestação dos serviços garantidos aos indivíduos pela ordem jurídica. Conforme Marta Maria Assumpção Rodrigues²⁸:

²⁷ FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. In: IPEA. *Planejamento e políticas públicas*. Rio de Janeiro, nº 21, p. 211-259, 2000, p. 216-217. Disponível em: <<http://www.en.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view-File/89/158>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

²⁸ RODRIGUES, Marta Maria Assumpção. *Políticas públicas*. 1. ed. 3. reimp. São Paulo: Publifolha, 2013, p. 9.

[...] as políticas sociais constituem um subconjunto de um conjunto maior que denominamos de políticas públicas. Em outras palavras, toda política social é uma política pública, mas nem toda política pública é uma política social. Isso significa dizer que política externa, econômica, administrativa, por exemplo, constituem-se como políticas públicas importantes, pois referem-se diretamente à *ação do Estado*, mas não dizem respeito (pelo menos diretamente) às políticas sociais. Por vezes, no entanto, o bom funcionamento (ou a eficiência) de uma política social pode depender da eficácia das políticas públicas mais abrangentes.

Também para a efetivação dos Direitos Sociais Fundamentais, necessário se faz que o Estado tenha uma atuação positiva, ao colocar em execução programas que reconheçam as necessidades mais urgentes da população, em particular aquelas previstas constitucionalmente como fundamentais, bem como na persecução do atendimento do interesse coletivo, para que toda a sociedade trilhe o caminho do atendimento ao “bem comum”.

Isso é o que preconiza o constitucionalismo atual, ou neoconstitucionalismo, que é assim exposto por Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior²⁹, de modo sintético:

[...] é o movimento político, jurídico e social, pautado pelo objetivo de criar um pensamento hegemônico segundo o qual todo **o estado deve estar organizado** com base em um documento fundante, chamado **constituição**, cujo **propósito essencial** seria o de **organizar o poder político**, buscando **garantir os direitos fundamentais** e o **caráter democrático** de suas deliberações. (grifos nossos).

Daí, temos que, além da garantia de Direitos Fundamentais por meio de textos legais positivados, necessária se faz a efetiva implementação e prestação desses mesmos direitos à população, em virtude de previsão na própria Constituição Federal.

Em recente pesquisa, Maria Paula Dallari Bucci³⁰ expõe os elementos necessários para a composição de política pública e para sua implementação, e informa que se resumem a três os componentes para atuação do poder público em relação à

²⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Verbatim, 2014, p. 26.

³⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Quadro de referência de uma política pública: primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional* [fornecido pela autora/palestrante no curso de pós-graduação *lato sensu* em Direitos Humanos: Direitos Fundamentais e Políticas Públicas, da ESPGE – Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – 2015-2016]. Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/247492/mod_resource/content/1/quadro%20de%20refer%C3%Aancia%20de%20pol%C3%ADtica%20p%C3%BAblica_vis%C3%A3o%20jur%C3%ADdico%20institucional%202014_11_09%20rev.pdf>. Acesso em: 04.02.2016.

consecução dos interesses da população, objetivando a efetivação de direitos garantidos jurídico-constitucionalmente, sendo eles:

- a) a **organização** do programa de ação, isto é, quais os elementos da política e como se relacionam;
- b) os **papéis** institucionais, ou, em outras palavras, quem faz o quê. Essa observação procura abstrair as subjetividades (sem, todavia, omiti-las), considerando que o que direito faz, ao estruturar a política pública, é despersonalizar a iniciativa. A partir da institucionalização, ou da formalização na regra jurídica, o funcionamento do programa passa a depender, não mais da vontade pessoal de quem tomou a decisão de instituí-lo e sim, do cumprimento dos deveres e obrigações previstos nas normas, para as finalidades objeto do programa;
- c) o movimento, a **finalidade** pretendida, no sentido político e social, aspecto mais abstrato da aplicação do institucionalismo ao estudo das políticas públicas, que diz respeito ao sucesso da agregação de interesses operada com a criação e implementação do programa. (grifos da autora).

Não há consenso entre as doutrinas que abordam o tema das políticas públicas. Tanto no conceito quanto na especificação das etapas que integram essas políticas sociais em sua criação e implementação, o que se depreende, com clareza, é que todos os estudos contemplam três grandes “momentos” para a criação das mesmas, que são a “Formação”, a “Execução” e o “Controle e Avaliação”.

Enfatizamos que não há uma coincidência de etapas na conceituação ou formulação de definição para a implementação de políticas públicas nas diversas literaturas especializadas e, entendemos serem as três acima mencionadas as que contemplam, de modo mais abrangente, as etapas formuladas por Maria Paula Dallari Bucci^{31/32}, em quem – basicamente – nos apoiamos para o presente estudo.

Nesse aspecto, Patrícia Helena Massa-Arzabe³³ leciona que políticas públicas são compostas por “ciclos”, da seguinte maneira:

Desde logo, é preciso ter claro que a política pública dá-se por ciclos, não sendo possível discernir de forma definitiva suas fases, por se verificar um processo de retroalimentação, onde a avaliação é feita ao final, mas no curso da execução. Isto introduz novos elementos ao quadro inicialmente proposto, modificando-o, de forma a adequá-lo à realização do objetivo.

³¹ Idem. O conceito de política pública em direito. In: _____. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-50.

³² Idem. _____. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25-37.

³³ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 70-71.

Também importante lembrarmos, a partir daqui, dos atores que são envolvidos na consecução dos serviços prestados, por meio dessas citadas políticas, para que haja a tão almejada efetividade, como veremos a seguir.

2.2. Atores das políticas públicas

De início, temos o Estado, o obrigado à prestação das políticas públicas, por meio de seu Poder Executivo, que não pode, somente por intermédio desse, estabelecer diretrizes e atuar isoladamente, sendo fundamental que o Legislativo discuta quais são as políticas de interesse da população e o *quantum* financeiro ou valor que se pode aplicar dos recursos do erário, destinado a cada programa. Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos³⁴ leciona:

Em um Estado democrático, não se pode pretender que a Constituição invada o espaço da política em uma versão de substancialismo radical e elitista, em que as decisões políticas são transferidas, do povo e de seus representantes, para os reis filósofos da atualidade: os juristas e operadores do direito em geral”. Porém, de outra parte: “Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá ou não realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo.

O Estado, enquanto provedor dotado de qualidade para fornecer recursos à implementação de serviços para o efetivo cumprimento de direitos garantidos à população por força da legislação, tem que se valer de diversos modos para se comunicar com o corpo social.

A partir da garantia de direitos à população, imposta pelo ordenamento jurídico, o Estado, por meio de seu governo, deve refletir a vontade dos indivíduos que compõem sua população – ou pelo menos da maioria de seus membros – no atendimento ou na implementação de serviços públicos, sempre em diálogo permanente, para que haja o verdadeiro reflexo da vontade popular na consolidação dos direitos reivindicados.

Pedimos *venia* para expor o entendimento a respeito do conceito de “atores” dentro de políticas públicas, que são aqueles diretamente interessados e/ou atuantes em determinada situação, ou seja, os promotores e os receptores, bem como os

³⁴ BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de direito administrativo*. São Paulo, nº 240, 2005, p. 25. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 05. mar. 2016.

avaliadores dos serviços públicos prestados. E, sem percorrermos longo caminho neste conceito, trazemos a explanação do SEBRAE³⁵ a respeito:

Aos grupos que integram o Sistema Político, apresentando reivindicações ou executando ações, que serão transformadas em Políticas Públicas, denominamos de **Atores**. No processo de discussão, criação e execução das Políticas Públicas, encontramos basicamente dois tipos de atores: os 'estatais' (oriundos do Governo ou do Estado) e os 'privados' (oriundos da Sociedade Civil). Os atores estatais são aqueles que exercem funções públicas no Estado, tendo sido eleitos pela sociedade para um cargo por tempo determinado (os políticos), ou atuando de forma permanente, como os servidores públicos (que operam a burocracia).

[...] Os políticos são eleitos com base em suas propostas de políticas apresentadas para a população durante o período eleitoral e buscam tentar realizá-las. As Políticas Públicas são definidas no Poder Legislativo, o que insere os Parlamentares (vereadores e deputados) nesse processo.

[...] as propostas das Políticas Públicas partem do Poder Executivo, e é esse Poder que efetivamente as coloca em prática.

Cabe aos servidores públicos (a burocracia) oferecer as informações necessárias ao processo de tomada de decisão dos políticos, bem como operacionalizar as Políticas Públicas definidas.

[...] o funcionalismo público compõe um elemento essencial para o bom desempenho das diretrizes adotadas pelo governo.

Já os atores privados são aqueles que não possuem vínculo direto com a estrutura administrativa do Estado.

Fazem parte desse grupo:

- A imprensa;
- Os centros de pesquisa;
- Os grupos de pressão, os grupos de interesse e os lobbies;
- As Associações da Sociedade Civil Organizada (SCO);
- As entidades de representação empresarial;
- Os sindicatos patronais;
- Os sindicatos de trabalhadores;
- Outras entidades representativas da Sociedade Civil Organizada (SCO).

³⁵ SEBRAE. *Políticas públicas: conceitos e práticas*. CALDAS, Ricardo Wahrendorff (coord.); AMARAL, Jefferson Ney; LOPES, Brenner (supervisão). Belo Horizonte: Sebrae/MG, 2008, p. 8-9. Disponível em: <<http://www.agenda21comperj.com.br/sites/localhost/files/MANUAL%20DE%20POLITICAS%20P%C3%9ABLICAS.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

Assim, une-se “política” (*politic*) com “política pública” (*policy*), sendo a primeira (*politic*) o exercício do poder, através da escolha de quais os serviços públicos e a forma de os realizar para a sociedade, atividade a cargo dos componentes da estrutura governamental, dos representantes eleitos pelo povo e os detentores de cargos públicos, com o auxílio da “burocracia”, a estrutura componente e formadora do Estado, incumbida de colocar em execução o conjunto de programas destinados a cumprir os serviços de atendimento aos cidadãos, e a segunda (*policy*), o conjunto dos programas ou ações de garantias dos direitos da população que precisam ser efetivamente colocados à sua disposição, envolvendo-se, assim, intrinsecamente, os diversos “atores” envolvidos.

Desse modo, a participação do povo em geral, mesmo das pessoas mais simples e as sem muita instrução, na produção e composição, na implementação e na fiscalização das políticas, colabora para que as ações públicas sejam capazes de produzir resultados para satisfazer as necessidades do povo, em conformidade com a vontade soberana da população de um Estado, na efetivação de direitos garantidos pelo ordenamento jurídico.

2.3. Políticas públicas e democracia

Como visto até o momento, políticas públicas estão diretamente afetas à população e – de modo especial – ao Estado, através de seus poderes, sendo, então, estreita a relação entre políticas públicas e democracia, no sentido de que o fato de tornar efetivos os direitos previstos na Constituição, ou mesmo na legislação, dependem da interlocução dos membros da população com membros dos poderes estatais.

A interação com os membros da comunidade na escolha, na implantação, na modificação, ou mesmo na interrupção ou término de uma política específica, adquire autoridade quando se dá diretamente com a população, podendo citar, aqui, como instrumentos que permitem a realização desse processo, as audiências públicas ou, até mesmo, o ato do Estado assumir decisões provenientes de conselhos formados pela população, como os de pais e mestres nas escolas, de segurança de um bairro ou município, de movimentos sociais objetivando determinados fins, ou os tutelares de menores ou de idosos que cuidam dos interesses e necessidades daqueles, dentre outros.

Também, para a efetiva realização desse diálogo entre governo e população, podem ser empregados diversos canais, como conferências, ouvidorias, mesas de diálogo etc. Dessa forma, evidencia-se uma verdadeira combinação de meios e processos, visando ao aperfeiçoamento da democracia participativa.

Ganha forças, desse modo, o instituto da democracia, com a comunicação que ocorre do Estado, por meio de diversos canais de comunicação, por meio de gestão que considera os anseios populares por parte de seus dirigentes com a população, garantindo-se, assim, a efetivação de direitos constitucionais e legais, visando atender aos anseios e às necessidades populares.

Nesse sentido, expõe Manoel Adam Lacayo Valente³⁶:

O novo paradigma de democracia combinada abre espaço para o aprofundamento da participação popular no processo de formulação de políticas públicas. [...]

Com efeito, a Constituição Federal brasileira de 1988 ampliou os mecanismos judiciais que podem ser utilizados pelos cidadãos na provocação do controle jurisdicional sobre a consistência das políticas públicas, que, em geral, são constituídas por escolhas discricionárias dos gestores públicos, informadas pelos critérios de conveniência e de oportunidade.

[...] A configuração de um novo paradigma de democracia combinada, que envolve a dinâmica representativa com a vertente da democracia participativa, abre novas perspectivas de formulação de políticas públicas possuidoras de legitimidade e de credibilidade.

Também importante salientar que, dentro do próprio governo de um Estado, em sua autoridade e capacidade para agir, há que se manter diálogo entre seus entes institucionais, de forma que sejam reproduzidos os anseios populares, e que tal comunicação se realize com a interlocução entre os poderes do Estado, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário e, mais, que a atuação de “poderes” de defesa da população como o Ministério Público, a Defensoria Pública, os Procons, dentre outros, se efetive no atendimento da vontade da população em geral, a partir de suas necessidades, devidamente averiguadas e planejadas pelo próprio Estado.

Nessa esteira, lembramos a lição de Ana Catarina Piffer Gonçalves³⁷:

A aspiração do século XIX quanto a um sistema democrático de governo, tido como justo e igualitário caminha de forma paralela com a desigualdade social. Paradoxal, contudo, realidade. Uma das explicações é que os interesses econômicos da sociedade atual limitam a participação do povo, seja individualmente ou coletivamente de modo que não sobrecarreguem o governo com as demandas sociais.

É vital a conjunção da democracia participativa e da participação representativa. Devemos fomentar a exploração do âmbito institucional de implementação de conselhos setoriais, políticas de descentralização,

³⁶ VALENTE, Manoel Adam Lacayo. A dimensão jurídico-constitucional na formulação de políticas públicas: uma perspectiva a ser explorada. *Revista de direito administrativo*. São Paulo, v. 239, 2005, p. 134-138. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44045/44721>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

³⁷ GONÇALVES, Ana Catarina Piffer. Políticas públicas: atividade exclusivamente estatal x participação de empresas privadas. In: ALVES, Fernando de Brito; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (orgs.). *Políticas públicas: da previsibilidade à obrigatoriedade: uma análise sob o prisma do estado social de direitos*. Birigui: Boreal, 2011, p. 67.

associação dos agentes públicos e privados de modo a proporcionar maior informação, participação no planejamento e na gestão dos recursos.

[...]

A opção de participação popular nas decisões políticas acarreta grandes mudanças nas organizações. Quando um grupo profissional é contratado para diagnosticar os percalços por que passa a administração pública o efeito é, geralmente, mais rápido e menos custoso. Porém, a participação do povo legitima as decisões, tendo em vista que os interessados são quem identificam, examinam e apontam seus próprios litígios.

Em tema análogo – ativismo judicial em Políticas Públicas – expondo, no entanto, a respeito desse tipo de políticas e democracia, Luis Roberto Barroso³⁸ leciona:

O debate, na sua essência, é universal e gravita em torno das tensões e superposições entre constitucionalismo e democracia. É bem de ver, no entanto, que a ideia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados. Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado. No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los. O *déficit* democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação.

Também, Maria Paula Dallari Bucci³⁹, em trabalho a respeito de formulação de tais políticas, ensina que:

Política Pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

³⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2016.

³⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

Nesse sentido, as políticas públicas é que têm se mostrado como o método de tornar efetiva a garantia da prestação de serviços públicos na implantação e execução de Direitos Fundamentais, especialmente os de segunda geração/dimensão.

Portanto, o advento da compreensão de que as políticas públicas se relacionam intimamente com o meio jurídico e têm como base de fundamentação o movimento neoconstitucionalista, influenciado este pela filosofia pós-positivista, em que ocorre a interdisciplinaridade amplamente sincronizada do Direito com a atividade política, com a Sociologia e com a Economia, dentre outros ramos do saber, justifica suas natureza jurídica complexa, tendo em vista decorrer de fenômenos sociais, políticos e jurídicos.

Maria Paula Dallari Bucci⁴⁰ argumenta que políticas públicas são “[...] arranjos complexos típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do Direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico.”

É, por fim, intrincada a interlocução entre a esfera jurídica e a política, na persecução dos anseios da sociedade, que devem ser efetivados pelo Estado por meio da legislação, revelando-se a natureza complexa das políticas públicas, que devem ser continuamente perseguidas na garantia e efetivação de Direitos, de modo acurado os fundamentais, às pessoas de um determinado Estado.

CONCLUSÃO

Os Direitos Sociais são aqueles que demandam uma prestação do Estado, ou seja, são os denominados como programáticos, por necessitarem de um ou mais programas a serem executados pelo mesmo ente estatal para a sua efetivação, garantindo serviços essenciais às pessoas.

Para a prestação dos direitos ao povo por meio do Estado e por meio de sua administração pública, necessário se faz, então, a atuação de mecanismos que se revelam em programas de implementação de direitos previstos em textos constitucionais e legais, sendo as políticas públicas levadas a efeito, mediante a destinação de recursos de toda ordem para a realização de serviços públicos, envolvendo diretamente pessoal e finanças, além de tributação e a organização do próprio Estado.

As políticas públicas é que têm se revelado como meio de efetiva garantia da prestação de serviços na disponibilização de Direitos Fundamentais, especialmente os de segunda geração/dimensão, fortalecendo-se, por decorrência, a democracia, em virtude da interação que se dá no Estado, por intermédio de gestão por parte de seus dirigentes, quando levam em consideração os anseios populares, por meio de diversos canais de comunicação com a população.

⁴⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 31.

Assim, possibilita-se o instituto democrático de envolvimento do povo na concretização de direitos constitucional-legalmente garantidos, de modo a que o Estado realize a sua função primordial que é “promover o interesse público” ou percorrer a busca do “bem comum”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Verbatim, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de direito administrativo*, São Paulo, n. 240, p. 83-105, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 05. mar. 2016.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. nova ed. 2. reimpr. Segunda parte, primeiro artigo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO Gianfranco. 12. ed. *Dicionário de Política*. Brasília: UNB, 2004.

BONAVIDES Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo : Malheiros, 2006.

BRASIL. STF MS: 22164/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgado em: 30 out.1995, Plenário, publicado no DJ de 17 nov. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação legislativa*, Brasília, a. 34, n. 133, jan.-mar. 1997. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198/r133-10.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

_____. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Quadro de referência de uma política pública: primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. [fornecido pela autora/palestrante no curso de pós-graduação lato sensu em Direitos Humanos: Direitos Fundamentais e Políticas Públicas, da ESPGE – Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – 2014/2016]. Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/247492/mod_resource/content/1/quadro%20de%20refer%C3%Aancia%20de%20pol%C3%ADtica%20p%C3%BAblica_vis%C3%A3o%20jur%C3%ADdico%20institucional%202014_11_09%20rev.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2016.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIMOULIS, Dimitri. *Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos*. In: Caderno de Comunicações. Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, p. 11. *Apud*: TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. In: IPEA. Planejamento e políticas públicas. Rio de Janeiro, n. 21, p. 211-259, 2000. Disponível em: <<http://www.en.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

GARCIA, Maria. Mas, quais são os direitos fundamentais?. In: *Doutrinas essenciais de direitos humanos*. Cap. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2011.

GONÇALVES, Ana Catarina Piffer. *Políticas públicas: atividade exclusivamente estatal x participação de empresas privadas*. In: ALVES, Fernando de Brito; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (orgs.). *Políticas públicas: da previsibilidade à obrigatoriedade: uma análise sob o prisma do estado social de direitos*. Birigui: Boreal, 2011.

HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, v. 1, 1994.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Dimensão jurídica das políticas públicas*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PEREIRA, Haroldo. Aspectos práticos e teóricos para um desenho metodológico das políticas públicas, a partir da análise de um caso (direito à saúde), na atuação da advocacia pública contenciosa, e segundo duas matrizes teóricas: o neoinstitucionalismo histórico e o positivismo jurídico hartiano. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 81, jul./dez, 2015.

PIOVESAN, Flávia Cristina. *Sistema internacional de proteção dos direitos humanos*. Texto produzido para o I Colóquio Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, Brasil, 2001. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/piovesan_sip.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2016.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RODRIGUES, Marta Maria Assumpção. *Políticas públicas*. 1. ed. 3. reimp. São Paulo: Publifolha, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SEBRAE. *Políticas públicas: conceitos e práticas*. CALDAS, Ricardo Wahrendorff (coord.). AMARAL, Jefferson Ney; LOPES, Brenner (supervisão). Belo Horizonte: Sebrae/MG, 2008. Disponível em: <<http://www.agenda21comperj.com.br/sites/localhost/files/MANUAL%20DE%20POLITICAS%20P%C3%9ABLICAS.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. A dimensão jurídico-constitucional na formulação de políticas públicas: uma perspectiva a ser explorada. *Revista de direito administrativo*. São Paulo, v. 239, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44045/44721>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

LEGITIMAÇÃO DE POSSE E DIREITO À MORADIA

Legalisation of Possession and Right to Housing

Ana Luiza Boulos Ribeiro Nobre Franco¹

SUMÁRIO

Sumário: 1. Introdução. 2. Histórico. 2.1 Regime Sesmarial (1500-1821). 2.2. Regime de Posse (1822-1850). 2.3. Lei de Terras (1850-1889). 2.4. Período Republicano (1889- aos dias atuais). 3. Direito à moradia e regularização fundiária urbana. 3.1. Direito à moradia e política pública de regularização fundiária. 3.2. Regularização fundiária urbana: espécies e instrumentos. 4. A Legitimação da posse 4.1. Legitimação de posse na Lei nº 11.977/2009. 4.2. Legitimação de posse como instrumento de concretização do direito à moradia. 5. Conclusões. Referências bibliográficas.

RESUMO

O presente trabalho aborda políticas públicas como meio de efetivação de Direitos Fundamentais aos membros de um Estado. Para tanto, traz um breve histórico desses direitos e, em especial, expõe acerca dos Direitos Sociais que, basicamente, são promovidos por programas estatais. Analisa, ainda, o conceito de políticas públicas, trazendo o seu conteúdo, passando pelas fases de implementação e, também, pelos atores que compõem uma política, até a intersecção entre políticas sociais e democracia, demonstrando a intrínseca relação entre pessoas de um Estado e seus direitos, por meio dessas mesmas políticas públicas.

Palavras-chaves: Efetivação de Direitos. Direitos Fundamentais. Políticas Públicas.

ABSTRACT

The historic disorderly occupation of the main Brazilian urban centers reveals situations of precarious housing, with illegal or clandestine subdivisions, irregular allotments and slums, mostly without any urban infrastructure and often located in areas of risk and environmental protection. In this context, the existence of a land public policy is important. This article intends to highlight the instrument of legalisation of possession, revised in Law nº 11.977/2009, as an important means of land regularization and access to housing.

Keywords: Land Regularization – Legalization of Possession - Right to Housing

1. INTRODUÇÃO

A biografia agrária de nosso país contém anos de ocupação displicente e desordenada, no qual a marginalização de parte expressiva da sociedade, excluída dos acessos formais de moradia, foi uma constante. Não sendo exagero afirmar, que

¹ Procuradora do Estado de São Paulo lotada na Procuradoria do Patrimônio Imobiliário. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (2005). Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (2010). Especialista em Direito Ambiental pela Escola da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (2013). Especialista em Políticas Públicas pela Escola da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (2017).

os problemas fundiários brasileiros remontam ao seu descobrimento, já com a política de terras adotada por Portugal.

Do descobrimento do Brasil até sua independência verificamos uma ocupação displicente de nosso território, sem um regramento firme. E, até que se elaborasse uma legislação eficiente na propagação de uma cadeia dominial consistente e houvesse uma preocupação com a distributividade de terras, estabeleceram-se situações fundiárias de extrema complexidade, geradoras de inúmeras discussões na seara administrativa e judicial que persistem até dias atuais.

O *processo do crescimento urbano brasileiro* não fugiu à regra, tendo ocorrido a segregamento de grande parcela da população, que teve de se valer de mecanismos de acesso informais e, por vezes, ilegais, para garantir um espaço habitável, mesmo que ausentes os aparelhamentos urbanos e serviços públicos básicos.

Em realidade, foi apenas com o surgimento do Estado Moderno que se iniciou a preocupação do Estado em regularizar a situação fundiária brasileira. O Estado passou a se preocupar em catalisar os conflitos socioespaciais e reverter a proliferação de processos informais de desenvolvimento habitacional. Mais que isso, imbuído de ideários humanistas, o Estado passou a buscar formas de proporcionar o bem-estar de seus cidadãos por meio de uma moradia adequada.

Atualmente, o planejamento urbano é figura central da regularização fundiária. De imediato, ganham relevo as políticas públicas de urbanização aptas a conferir condições dignas de moradia aos aglomerados subnormais, mediante obras de infraestrutura e fornecimento de serviços públicos essenciais, e a concederem títulos de propriedade, amenizando os conflitos coletivos de moradia.

Incluso nessas políticas públicas, apresenta-se o instituto da *legitimação de posse*, revisado pela Lei nº 11.977/2009, como um instrumento célere, qualificado a atender uma política pública fundiária social, voltada ao atendimento do direito fundamental à moradia adequada.

O presente artigo pretende trazer um panorama geral desse instrumento de regularização fundiária, a legitimação de posse, sob a perspectiva de concretização do direito à moradia.

Para tanto, iniciaremos com um breve estudo das origens históricas do sistema de ocupação das terras brasileiras e de aquisição da titularidade do domínio destas, desde o Brasil Colônia até os dias atuais, para entender as origens do problema fundiário brasileiro.

Em seguida, analisaremos a situação habitacional brasileira, relacionando-a com a urgente necessidade de reforma fundiária, à luz da Constituição vigente e legislação infraconstitucional, apontando as dificuldades de implementação das políticas públicas necessárias à efetivação do direito em cerne.

Por fim, serão levantados assuntos pertinentes à regularização fundiária, suas espécies e instrumentos, em específico, o mecanismo de legitimação de posse da Lei nº 11.977/09, esmiuçando-se seu procedimento, suas vantagens e, principalmente,

como representou um importante avanço em direção à concretização do direito à moradia.

Esse artigo, assim, objetiva contribuir um pouco com o exame da marginalização social histórica em detrimento de direitos mínimos de parte considerável da população brasileira, particularmente nos centros urbanos, trazendo a lume irregularidades consolidadas e algumas perspectivas a serem alcançadas por uma política pública firme de regularização fundiária, em especial, com o auxílio do instrumento de legitimação de posse.

2. HISTÓRICO

A história fundiária brasileira pode ser subdividida em quatro períodos: Regime Sesmarial (1500-1821), Regime de Posse (1821-1850), Regime da Lei de Terras (1850-1889) e Regime Republicano (1889 aos dias atuais).

2.1. Regime Sesmarial (1500-1821)

Nas palavras de Ruy Cirne Lima: “A história territorial do Brasil começa em Portugal”.² De fato, com o descobrimento do Brasil, todas as terras recém-descobertas incorporaram-se ao patrimônio da coroa portuguesa, passando-se, também, a aplicabilidade do sistema jurídico de terras vigente em Portugal.

Inicialmente, portanto, não foi elaborada uma legislação específica para o Brasil Colônia, aplicando-se a legislação lusitana para a transferência patrimonial, qual seja, a Lei de 26 de junho de 1375, conhecida como *Lei das Sesmarias*, e que posteriormente foi incorporada pelas Ordenações Afonsinas, Monoelinas e Filipinas.

Do descobrimento do Brasil até sua independência em 1822, toda a posse sobre o território pertencia a Portugal, a título de domínio original do Estado e obedecidos os termos do Tratado de Tordesilhas.

A propriedade particular, assim, foi conferida por Portugal a portugueses, por meio das sesmarias, de doações, concessões e em pagamento prestados à Coroa, para por eles ser conservada, cultivada e alienada.

Dentre os primeiros meios de transferência das terras públicas para o domínio privado utilizados no Brasil, sobressaiu-se o *sistema de sesmarias*. Até porque, como o objetivo maior de Portugal era o povoamento e colonização do Brasil, a concessão de

² LIMA, Ruy Cirne. *Terras devolutas (história, doutrina, legislação)*. Ed. da Livraria do Globo nº 728. Porto Alegre: Barcellos, Bertaso & Cia., 1935, p. 09.

terras aos seus descobridores, fidalgos ou outras pessoas que pudessem explorá-la, sob a forma de capitania hereditária, era o melhor modo de fazê-lo.³

Somente passado o período de explorações litorâneas, em 1532, Portugal adotou de forma genérica uma primeira divisão administrativa do território, o que resultou no primeiro regime de terras do Brasil.

Deste modo, o território descoberto foi dividido em 15 lotes, sendo criadas e doadas 14 capitanias hereditárias [e posteriormente, outras três] a 12 donatários, pelas chamadas Cartas de Sesmarias, iniciando-se, assim, o domínio privado sobre as terras.

No entanto, ressalte-se que não se transferia a propriedade absoluta das terras, mas sim sob diversas condições.⁴

Nesse momento, importante frisarmos duas premissas, que servirão de base a todas as interpretações de direito público e privado relativas ao sistema fundiário brasileiro: (i) a de que a propriedade das terras brasileiras originariamente são todas públicas; e (ii) a de que o direito de propriedade no Brasil teve sua origem no desmembramento do patrimônio público.

Ressalvado esses pontos, fica mais fácil entender os primeiros problemas relativos à ocupação e à transferência do domínio ocorridos em território brasileiro.

Sucedeu-se que, apesar dos esforços envidados para colonização do Brasil, “a Lei das Sesmarias nunca foi executada, como convinha”⁵, restando muitos lotes abandonados pelos donatários, sendo o principal fundamento do insucesso das concessões de sesmarias o descumprimento das condições impostas [cultivo do solo, medição e demarcação do imóvel, registro da carta, e pagamento do dízimo à Coroa].

Regra geral, no regime de sesmarias originário e aplicado por Portugal em outros casos, o descumprimento das condições de *exploração, demarcação e confirmação*, levava à chamada *comisso* [inadimplência] e, como consequência, perdia-se a terra. No Brasil, no entanto, Pedro Elias Avvad⁶ observa que ocorreu uma situação peculiar: o não cumprimento das condições não foi punido pelo *comisso*, não havendo a volta das terras ao domínio público de modo formal.

Assim, no Brasil, de modo *sui generis*, o descumprimento dos requisitos legais não levaram nem à aquisição formal das terras dadas em sesmarias [mantendo a

³ VIANA, Hélio. *História administrativa e econômica do Brasil*. 4. ed. São Paulo: Cia. Editorial Nacional, 1960, p. 23.

⁴ *Ibidem*, p. 24.

⁵ LIMA, Ruy Cirne. *Terras devolutas (história, doutrina, legislação)*. Ed. da Livraria do Globo nº 728. Porto Alegre: Barcellos, Bertaso & Cia., 1935, p. 14.

⁶ AVVAD, Pedro Elias. *Direito imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 7.

dominialidade pública das terras] nem à aplicação da sanção de devolução das terras [permitindo uma situação irregular de posse de terras públicas].

Iniciando, desse modo, apesar do quanto previsto na legislação colonial, o apossamento em terras públicas sem nenhum consentimento formal por parte do Estado, gerando, na organização política do país, um processo de ocupação espontânea caótico e a perda do controle de distribuição das terras.

2.2. Regime de Posse (1822-1850)

Embora preocupante a situação de ocupação desordenada que se instalara no país, os interesses dos sesmeiros e grandes posseiros impediram de levar a cabo qualquer projeto de reforma que envolvesse redistribuição de terras ou obrigações de cultivo. De sorte que, disseminando-se a progressiva ocupação do solo pela posse, sem qualquer título, inicia-se um segundo regime de terras do Brasil, o chamado Regime pela Posse⁷, consolidado entre o período de 1822 a 1850, com o término do período colonial e com a edição da Resolução de 17 de julho de 1822 pelo então príncipe regente D. Pedro, que extinguiu o sistema de sesmarias, iniciando-se o período conhecido como *fase áurea do posseiro*.

Assim, após a Independência do Brasil, no intervalo legislativo inserido entre 1822 e 1850, extinto o sistema de sesmarias e inexistindo qualquer regulamentação, a posse passou a ser o único meio de aquisição de domínio das terras, reconhecendo-se a ocupação e a importância social do posseiro para o desenvolvimento da agricultura.

Nas palavras de Cavalcante, passou a posse “a ser considerada como modo legítimo de aquisição de domínio, paralelamente a princípio, e, após, em substituição ao nosso tão desvirtuado regime de sesmarias”⁸

O problema desse *intervalo* foi exatamente a ausência de regramento, já não havia procedimento formal de aquisição ou reconhecimento da propriedade pela posse, o que levou à coexistência lado a lado dos latifúndios oriundos das antigas sesmarias [confirmadas ou não] e de posses sem limites de tamanho, de forma totalmente desordenada.

Desse modo, os problemas fundiários de registro da propriedade e das terras foi agravado, favorecendo, principalmente, quem tinha maior poder econômico e

⁷ CAVALCANTE, José Luiz. *A Lei de terras de 1850 e a reafirmação do poder básico do estado sobre a terra*. 2. ed. São Paulo: [s.n.], jun., 2005. Disponível em: <<http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/antiores/edicao02/materia02/>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

⁸ LIMA, Ruy Cirne. *Terras devolutas (história, doutrina, legislação)*. Ed. da Livraria do Globo nº 728. Porto Alegre: Globo, 1935, p. 45.

político, posto que invadiam as melhores terras e expulsavam delas quem quer que as tivesse ocupado.⁹

Dentro desse panorama e com a intenção de conter os abusos dos sesmeiros e posseiros e, de outro lado, de estimular a agricultura e a imigração para mão de obra, a mando do Governo, formou-se uma Comissão encarregada de fazer um levantamento das terras devolutas¹⁰ e, posteriormente, elaborar projeto de lei; o que foi levado a cabo por Bernardo Pereira de Vasconcelos e José Cesário de Miranda Ribeiro, gerando o embrião da primeira legislação no assunto, a Lei das Terras Devolutas ou, como mais conhecida, *Lei de Terras*.

2.3. Lei de Terras (1850-1889)

A Lei de Terras, publicada em 18 de setembro de 1850, Lei nº 601/1850, estipulando normas regulamentadoras das formas de aquisição da propriedade, instituiu formalmente o fim do regime de posses informal e iniciou o *terceiro regime de terras* do Brasil.

A Lei dispôs sobre as terras devolutas no Império, determinando que fossem medidas e demarcadas, estipulou sobre as terras possuídas por título de sesmaria sem preenchimento das condições legais, bem como as por simples títulos de posse mansa e pacífica, e, sob determinadas hipóteses, legitimou a posse privada; estabelecendo, ainda, um cadastro de registro nos livros de Paróquia Católica, denominado de *Registro do Vigário* ou *Registro Paroquial*.

A Lei de Terras, regulamentada pelo Decreto nº 1.318/1954, iniciou, assim, o processo fundiário no Brasil, cuidando destes assuntos em 9 capítulos, nos quais visou, basicamente, validar as concessões de sesmaria e legitimar a posse, esboçando uma tentativa de regularizar uma situação extremamente confusa sobre o domínio.

Nesse contexto, uma primeira e importante regra que se destaca da Lei diz respeito à regulamentação das terras devolutas, passando o Brasil a dispor de um instrumento legal de acesso à propriedade.

A lei trouxe a definição jurídica de terras devolutas em seu artigo 3º, determinou a realização de discriminação destas, com a finalidade de extremar o domínio público do particular (artigo 10), trouxe a previsão quanto à possibilidade de alienação

⁹ AVVAD, Pedro Elias. *Direito imobiliário: Teoria geral e negócios imobiliários*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 22.

¹⁰ Terras devolutas eram todas aquelas que não estavam sob os cuidados do poder público e que não pertenciam a nenhum particular. Nesse sentido: “No período colonial, o termo ‘terra devoluta’ era empregado para designar a terra cujo concessionário não cumpria as condições impostas para sua utilização, o que ocasionava a sua devolução para quem a concedeu: a Coroa. Com o tempo, esse termo passou a ter o significado de vago.” (CAVALCANTE, José Luiz. *A Lei de terras de 1850 e a reafirmação do poder básico do estado sobre a terra*. 2. ed. São Paulo: [s.n.], jun., 2005. Disponível em: <<http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/antiores/edicao02/materia02/>>. Acesso em: 28 mar. 2016).

destas (artigo 1º), mediante compra e venda [a título oneroso, portanto, quer por meio de preço fixado pelo Governo ou por hasta pública], e trouxe a previsão de doação [isto sendo possível somente nas faixas de fronteira].

Outro regramento trazido pela lei que merece atenção relaciona-se à legitimação de posse e à regularização das ocupações, com a revalidação das sesmarias e outras concessões do Governo Geral e Provincial, mesmo no caso de os proprietários não terem observado as demais exigências legais, mas desde que comprovassem o cultivo da terra¹¹.

Esse dispositivo tem sua importância destacada por, em sua parte final, trazer o primeiro regramento do instituto da *legitimação de posse*.

A lei regulamentou, assim, a situação dos posseiros, legitimando as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária ou havidas do primeiro ocupante, cultivadas ou com princípio de cultura e habitação (art. 5º Lei nº 601/1850). Reconheceu e prestigiou, portanto, a posse, ocorrida antes da sua entrada em vigor, como forma de obtenção do domínio, mas, em contrapartida, exigiu como condições imprescindíveis, a cultura efetiva e a demarcação das terras, que teriam de ser efetuadas sob as ordens e orientações da Repartição Geral das Terras Públicas, não sendo um ato automático.¹²

A lei findou, assim, com a ocupação pela posse desordenada, e colocou como requisito para aquisição da propriedade pela posse a realização do procedimento de legitimação nela previsto e em seu Decreto regulamentador (Decreto nº 1.318/1954).

Dessa forma, verifica-se que a lei criou *quatro* formas de aquisição ou reconhecimento da propriedade: pela compra das terras devolutas, pela doação, pela revalidação das cartas de sesmaria e pela legitimação da posse; prestigiando o instituto da compra e venda e colocando a posse em segundo plano. Entretanto, apesar da regulamentação, o governo imperial pouco se esforçou para dar cumprimento à lei, tendo em vista os interesses da elite política e econômica existente.

Pode-se afirmar, no entanto, que, sem sombra de dúvidas, a Lei de Terras foi uma primeira tentativa importante e significativa de regularizar uma situação extremamente confusa sobre a questão das terras existente no território brasileiro, desde o período colonial e início da independência.

¹¹ Art. 4º, da Lei de Terras: “Serão revalidadas as sesmarias, ou outras concessões do Governo Geral ou Provincial, que se acharem cultivadas, ou com princípios de cultura, e morada habitual do respectivo sesmeiro ou concessionário, ou do quem os represente, embora não tenha sido cumprida qualquer das outras condições, com que foram concedidas.”

¹² Os artigos 7º e 8º da Lei de Terras estabeleceram um prazo para medição das terras adquiridas, ao final do qual, o beneficiário cairia em comisso e as terras seriam incorporadas às terras devolutas.

2.4. Período Republicano (1889 aos dias atuais)

No período anterior, embora já se prestigiasse a finalidade comercial da propriedade e já houvesse uma busca por um maior controle da organização fundiária do país, ainda não haviam sido solucionadas muitas questões, tais como a democratização e distributividade das terras¹³, mote que teve início apenas após as primeiras constituições republicanas.

Em um primeiro momento, a legislação fundiária que se seguiu à Lei de Terras até o início do período Republicano aperfeiçoaram apenas os institutos da publicidade dos atos registrares e de transferência dos títulos imobiliários¹⁴, destacando-se: a Lei nº 840/1855, que exigiu escritura pública para compra e venda de imóveis; a Lei nº 1.237/1864, regulamentada pelo Decreto nº 3.453/1965, que instituiu o registro imobiliário com a função precípua de transcrever aquisições imobiliárias e inscrever ônus reais sobre o imóvel, criando o denominado Registro Geral¹⁵; e a Lei nº 1.237/1864 – com as modificações posteriores, Lei nº 3.272/1885, Decreto nº 169-A/1890 e 370/1890 –, que estabeleceu a *transcrição* o modo formal de aquisição do direito real, deixando o contrato no patamar de mero garantidor de direitos pessoais. Ainda, merece breve menção, o *Registro Torrens*, adotado para certos casos de legitimação de propriedade rural, conforme Decreto nº 451-b/1890 e regulamento do Decreto nº 955-A/1890, de rigorosa formalidade para obtenção de cadastro ou matrícula, o qual conferiu ao ato do registro presunção absoluta de domínio.

Em uma segunda etapa, com o movimento de avanço de um pensamento individualista para um pensamento social, inicia-se uma preocupação legislativa com a democratização do acesso às terras e regularização dos espaços ocupados irregularmente pela população de baixa renda. Nesse espírito, surge a primeira Constituição Republicana (1891).

A Constituição de 1891 adotou o regime federal como base de nosso ordenamento jurídico, entregando aos Estados as terras devolutas situadas em seus territórios e deixando para a União as áreas de fronteira (artigo 64). As Constituições posteriores mantiveram essa ideia, com pouquíssimas modificações.

¹³ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Tratado dos registros público*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, v. 1, p. 33.

¹⁴ MONTEIRO, Benedicto. *Direito agrário e processo fundiário*. Rio de Janeiro: PLG Comunicação, 1980, p. 55.

¹⁵ No Registro Geral deviam constar todos os direitos reais imobiliários, substituindo-se, assim, a tradição da coisa pela transcrição do título como forma de transferência, prestigiando-se a publicização dos atos imobiliários de modo a gerar efeitos perante terceiros. Até então, as hipotecas eram registradas no Registro Hipotecário (Lei Orçamentária 317/ 1843) e os imóveis eram inscritos no Registro Paroquial (Lei 601/1850). Unificou-se, assim, os institutos em um mesmo regulamento e no denominado Registro Geral, aperfeiçoando-se os institutos.

Os Estados herdaram, assim, um grave problema fundiário, tendo em vista a histórica bagunça no registro das terras, e a falta de clareza quanto à propriedade das mesmas, mas, ao menos, receberam a competência administrativa para elaborar sua própria política fundiária.

Em 1916, entra em vigor o Código Civil, que incorporou o Registro Geral criado pela Lei nº 1.237/1864, mas mudou-lhe o nome para *Registro de Imóveis*, ampliando o âmbito de sua aplicação. O registro imobiliário passa, nesse momento, a ser requisito de aquisição da propriedade do imóvel, subsistindo, então, dois sistemas: o do Código Civil, obrigatório, com presunção relativa de domínio, e o já mencionado *Registro Torrens*, facultativo, com presunção absoluta de domínio.

Até metade do século XIX, início do século XX, a ocupação se deu basicamente nas áreas rurais, de forma desordenada e sem controle. Após a Revolução de 1930, o Brasil, liderado por Getúlio Vargas, começa a ficar mais urbano e industrial. Com a revolução industrial e a urbanização dela decorrente, houve um amplo êxodo das terras rurais para as cidades, o que levou a um rápido movimento de ocupação, também sem planejamento, ampliando a situação fundiária caótica existente.

Nesse contexto, surgem as primeiras leis versando sobre aspectos relacionados aos imóveis urbanos, como as atividades empresariais de parcelamento do solo urbano, de construção, venda e financiamento de imóveis: o Decreto-lei nº 58/1937 [que dispôs sobre loteamento e venda de terrenos para pagamento em prestações]; a Lei nº 4.380/1964 [Lei do Sistema Financeiro da Habitação]; a Lei nº 4.591/1964 [Lei das Incorporações Imobiliárias]; e o Decreto-lei nº 271/1967 [que dispôs sobre parcelamento do solo urbano e concessão de uso de terrenos].¹⁶

No tocante à *legitimação de posse*, em específico, após a previsão inaugural na Lei nº 601 de 1850 [Lei de Terras], destaca-se a regulamentação trazida pelo Decreto-lei nº 9.760/1946, que dispôs sobre os bens imóveis da União e, dentre outros assuntos, sobre alguns aspectos de regularização fundiária¹⁷.

Por sua vez, a Constituição de 1946, de cunho social, conferiu *status* constitucional à legitimação de posse, assegurando aos posseiros de terras devolutas preferência para aquisição de até vinte e cinco hectares das terras que tivessem morada habitual (artigo 156). A Emenda Constitucional nº 10, de 9 de novembro de 1964, que alterou o artigo 156 da Constituição de 1946, ampliou a área legítima.

Em 1964, foi aprovado ainda o Estatuto da Terra [Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964], legislação que substituiu a antiga Lei de Terras Devolutas do

¹⁶ Nesse mesmo assunto, seguiram-se a essas medidas, a reformulação da lei de loteamento, de 1979 (Lei nº 6.766/1979), a Lei nº 9.514/1997, que trata do mercado de financiamento imobiliário, e a Lei nº 9.785/1999, que altera as regras de desapropriação para fins de implantação de loteamentos populares.

¹⁷ Os artigos 32 a 60 do Decreto-lei detalharam o processo discriminatório judicial, permitindo aos interessados requererem a regularização de suas posses. O capítulo VI do Decreto-lei (artigos 164 a 185), por sua vez, trouxe a previsão procedimental da Legitimação de Posse de Terras Devolutas.

Império, reconhecendo a possibilidade de legitimação de posse em seu artigo 99, ao permitir a transferência do domínio ao possessor de terras devolutas federais por meio de um processo administrativo de legitimação de posse.

A Constituição de 1967 manteve o disposto na Constituição anterior, mas permitiu que os possuidores utilizassem também o esforço produtivo de seus familiares (artigo 164), e a Emenda Constitucional Federal nº 1, de 17 de outubro de 1969, voltou aos termos dispostos na Constituição de 1946 (artigo 171).

Em 1973 foi finalmente criada a primeira Lei de Registros Públicos, a Lei nº 6.015/73, que apresentou uma enorme inovação, uma vez que substituiu o antigo sistema de transcrições pelo atual sistema de matrículas.¹⁸

E, em 1976, entra em vigor a Lei nº 6.383 [Lei de Terras Devolutas da União], que dispôs sobre o processo discriminatório de terras devolutas da União e, em seu artigo 29, reestabeleceu os requisitos da antiga Lei de Terras Devolutas para obtenção da legitimação de posse [estabelecendo cem hectares como tamanho e os requisitos de moradia permanente e cultura efetiva].

Em 1981 surge uma importante novidade legislativa, visando a regulamentar situações fundiárias rurais acerca da posse, estabelece-se o procedimento da aquisição da propriedade rural por usucapião especial [instituição da usucapião administrativa sobre terras devolutas] – Lei nº 6.969/81. Essa Lei foi revogada pelo parágrafo único do artigo 191 da Constituição Federal de 1988 no tocante ao aspecto material da usucapião rural, mas continuou em vigor o aspecto procedimental da usucapião, que subsistem ainda nos dias atuais.¹⁹

Mas apenas com a Constituição Federal de 1988 há uma verdadeira mudança do pensamento jurídico, passando-se a prestigiar a função social da propriedade em detrimento do individualismo existente.

Na Constituição de 1988 foi introduzido um capítulo próprio para política urbana, e, ao longo de seu texto, foram demarcadas linhas principiológicas da política urbana (art. 24, I, e § 1º, e arts. 182 e 183), dentre as quais salientam-se o princípio da função social (arts. 5º, XXII e XXIII, 170, 111, 182, § 2º, e 183) e o da função pública (art. 21 arts., IX, XX, XXI, 23, IV, 25, § 3º, 30, VIII, 43, 216, §§ 1º e 5º), associados aos direitos sociais relacionados às necessidades vitais básicas dos trabalhadores e suas famílias, tais como o direito fundamental à moradia e à qualidade de vida (Constituição, arts. 6º, 7º, IV, e 225).²⁰

¹⁸ MACHADO, Thales de Oliveira Machado. *A evolução histórica do Registro de Imóveis no Brasil e no mundo*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-evolucao-historica-do-registro-de-imoveis-no-brasil-e-no-mundo/114772/#ixzz498qIMVBi>>. Acesso em: 18 mar. 2016.

¹⁹ A Lei nº 6.969 fixou como requisito da usucapião a propriedade de 25 hectares; a Constituição de 1988 dobrou esse tamanho para 50 hectares, mantendo o prazo quinquenal.

²⁰ CHALHUB, Melhim Namem. Usucapião administrativa. In: *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 06, nº 01, p. 233-274, 2014.

Com a Constituição de 1988, portanto, a posse passou a ter um papel extremamente relevante para a efetivação do direito à moradia. Prestigiu-se a função social da propriedade como regra-princípio norteador do direito à propriedade, possibilitando a democratização ao seu acesso.

No entanto, percebeu-se que o reconhecimento da aquisição da propriedade pela usucapião não resolviam ainda os problemas coletivos de posse irregular, tais como os loteamentos ilegais ou irregulares, assentamentos desordenados, favelas, cortiços, dentre outros.

Assim, seguindo-se o ideário principiológico da Constituição Federal, sobrevieram o Estatuto da Cidade e o Código Civil de 2002.

O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), regulamentando os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabeleceu diretrizes gerais de política urbana voltadas à consecução da função social da cidade. Contemplou a preservação do ambiente, o bem-estar dos habitantes e a adequada distribuição espacial da população, possibilitando o regramento pelos Municípios por meio de seus Planos Diretores.

O Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/2002), seguindo a filosofia da Constituição de 1988, deu enorme importância ao aspecto social da propriedade.²¹

Em seu artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º, prestigiando a função social da propriedade, o Código Civil trouxe a possibilidade de aquisição da propriedade imóvel no caso de considerável número de pessoas estarem na posse de extensa área por interesse social e econômico relevante, o que foi chamado de *posse-trabalho*.

Mas, embora o sentido social seja uma das características mais marcantes do Código Civil de 2002, que revisou e atualizou o antigo conceito de posse de acordo com os fins sociais da propriedade, os avanços da legislação existente ainda haviam sido insuficientes para resolução dos conflitos fundiários coletivos.

Nesse espírito, e diante de diversas reivindicações sociais, foi publicada a Lei nº 11.977/2009, que inseriu a legitimação de posse no contexto da política urbana, possibilitando a usucapião especial coletiva *pela via administrativa*, prestigiando a celeridade da regularização dos conflitos fundiários.

A Lei nº 11.977/2009, alterada pela Lei nº 12.424/2011, e regulamentada pelo Decreto nº 7.499/2011, revisou, assim, um instrumento de regularização fundiária, de cunho social e de organização urbanística, de modo inovador, dando um primeiro passo para a solução de conflitos fundiários seculares.

²¹ REALE, Miguel. *História do novo código civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 170.

3. DIREITO À MORADIA E REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

3.1. Direito à moradia e política pública de regularização fundiária

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) foi o primeiro documento de ordem internacional no qual se reconheceu o direito à moradia dentre os direitos econômicos, sociais e culturais trazendo, em seu artigo 25, a previsão de que todos têm direito a uma vida adequada, inclusive à moradia adequada.²²

A partir daí, no âmbito do direito internacional, o direito à moradia passou a ser objeto de reconhecimento expresso em diversos tratados e documentos, destacando-se: (i) o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 que, em seu artigo 11, traz previsão semelhante à Declaração Universal de Direitos Humanos, ao reconhecer o direito de todos a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, dentre eles, o direito à moradia adequada; e (ii) a Observação Geral nº 4 elaborada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais na sexta sessão de 1991.

Dentre os dois documentos citados, temos que a Observação Geral nº 4 foi extremamente relevante para a definição do conteúdo do direito à moradia adequada, uma vez que elencou os principais componentes da mesma, como a segurança da posse, a disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura, o custo acessível, a habitabilidade, a acessibilidade, a localização adequada e a adequação cultural. Nesse sentido, como observa Vitor Monteiro de Andrade, a Observação Geral nº 4 constitui “a interpretação normativa mais autorizada do direito à moradia adequada no âmbito do direito internacional”.²³

A importância do tratamento e do reconhecimento do direito a uma moradia adequada em âmbito internacional foi seu reflexo concreto no ordenamento jurídico interno brasileiro.

Nesse espírito, a Constituição de 1988 inseriu no rol dos direitos fundamentais o direito social à moradia, arrolando-o em seu artigo 6º, exacerbando sua importância na estrutura jurídica, social e política do Estado brasileiro e reclamando especial atenção dos estudiosos do assunto.

Mas, apesar do regramento jurídico internacional e interno, a realidade de exclusão social e a lamentável situação fundiária brasileira, com a existência de favelas, cortiços e outras formas de assentamento irregular sem os aditivos urbanos

²² Art. 25, DUDH: “Todos têm direito ao repouso e ao lazer, bem como a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, e serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”.

²³ MONTEIRO, Vitor de Andrade. *Direito à moradia adequada: perspectivas de efetivação como direito humano fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 51.

básicos, continuaram a assombrar o cenário brasileiro, sendo necessário planejar meios de efetivação desse importante direito social.

Um importante ponto a ser observado na busca da efetivação do direito social à moradia, diz respeito ao obstáculo maior da demanda habitacional [pela *ausência de* ou por sua *precariedade*]. Pode-se dizer que é um problema histórico e que persiste ainda hoje, tendo sido construído na ausência de correspondência entre as situações de fato e a ordem jurídica urbanística, ou seja, na inexistência de legislação fundiária que acompanhe a dinâmica da realidade dos fatos.²⁴

Por isso, a vontade política ganha enorme relevância para implementação e concretização do direito à moradia adequada. De acordo com Bucci: “a necessidade do estudo das políticas públicas vai se mostrando à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular os direitos sociais”.²⁵

De fato, a temática da política pública fundiária, voltada ao atendimento da moradia adequada, relaciona-se intimamente à ideia de intervenção do Estado para promoção dos direitos humanos.

Os direitos sociais encontram na política pública o meio mais eficaz e célere para sua efetivação, tendo em vista o seu caráter primordialmente prestacional. Até por isso, entende-se ser a relação de direito à moradia e de política pública quase que simbiótica.

A ampla existência de loteamentos irregulares e clandestinos, de assentamentos desordenados, de invasões, de cortiços, favelas, etc., demonstram a necessidade premente de uma atuação pública pautada no planejamento urbanístico, na regulamentação de uso e ocupação do solo, na expedição de diretrizes de loteamento, e na própria execução direta de projetos de urbanização, de forma rápida e capaz de acompanhar a realidade fática.

Uma política apropriada de regularização fundiária, compreendida em seu aspecto de urbanização de glebas, com programas de infraestrutura e prestação de serviços públicos, e de legalização fundiária dos imóveis ocupados informalmente, deve ser o objetivo primordial da agenda política de governo.²⁶

Portanto, eventuais falhas no desenvolvimento de políticas públicas irão resultar em verdadeiros entraves à implementação dos direitos sociais; o que nos leva

²⁴ SANTOS, Fábio Ribeiro dos. Aspectos jurídicos da regularização fundiária urbana. In: *Revista Brasileira de Direito Municipal*. Belo Horizonte: v. 17, nº 59, p. 35-47, jan./mar., 2016.

²⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Pólis, 2001, p. 7.

²⁶ ALVARENGA, Luiz Carlos. A concessão de uso especial para fins de moradia como instrumento de regularização fundiária e acesso à moradia. In: *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, v. 31, nº 65, p. 61-75, jul./dez., 2008.

à evidente relação indissociável entre a esfera política e jurídica existente em uma política pública fundiária.²⁷

Pode-se afirmar, assim, em linhas gerais, que os principais problemas relativos à concretização do direito à moradia encontram-se: (i) na falta de uma previsão normativa adequada e suficiente, pela sua natureza política, e (ii) na dificuldade de sua efetividade no mundo fático, dada a realidade socioeconômica e a escassez de recursos do Estado [ou má direcionamento dos mesmos]; sendo, este último, o maior obstáculo enfrentado no Brasil.²⁸

O estudo do déficit habitacional, nesse panorama, se revela importante instrumento para a tomada de decisões políticas na área habitacional e para a avaliação das políticas públicas habitacionais já adotadas nos diferentes níveis de governo e ainda por serem implementadas.

O Poder Executivo tem diante de si, portanto, situações fundiárias complexas para serem resolvidas a longo prazo, normas esparsas, incompletas ou ultrapassadas para auxiliá-lo, escassez de recursos e uma característica morosidade, o que dificulta ainda mais o alcance dos objetivos de acessibilidade, regularização e desconcentração das terras.

Contudo, a existência de entraves não deve congelar a atuação do Administrador, ao revés, deve instigá-lo a debruçar sobre essas questões, de modo a atender os preceitos constitucionais de uma gestão democrática do território urbano que resulte na concretização do direito à moradia, numa melhora da qualidade de vida, na inclusão social e no equilíbrio ambiental.

3.2. Regularização Fundiária Urbana: espécies e instrumentos

Conforme visto, o fenômeno da urbanização desordenada trouxe consigo a proliferação das formas de acesso informal de moradia e, muitas vezes, ilegal; constituindo o desenvolvimento informal a regra, e não a exceção, ou seja, caracterizando-se a irregularidade um verdadeiro padrão de urbanização.²⁹

A regularização fundiária pretende combater exatamente essas situações consolidadas de loteamentos ilegais ou clandestinos e os assentamentos ou ocupações irregulares. Seu objetivo principal é garantir à população de baixa renda em situação irregular de habitação o acesso à moradia adequada, o bem-estar-social, e evitar novas

²⁷ MONTEIRO, Vitor de Andrade. *Direito à moradia adequada: perspectivas de efetivação como direito humano fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 186.

²⁸ MONTEIRO, Vitor de Andrade. *Direito à moradia adequada: perspectivas de efetivação como direito humano fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 160-161.

²⁹ FERNANDES, Edésio. Política nacional de regularização fundiária: contexto, propostas e limites. In: *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo: v. 27, nº 56, p. 241 – 256, jan./jun., 2004.

ocupações irregulares e seus efeitos prejudiciais ao meio ambiente.³⁰ Entretanto, um dos maiores desafios da Administração Pública tem sido realizá-la.

Segundo definição técnica da Lei nº 11.977/2009, a regularização fundiária consiste:

Art. 46. A regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

De um modo simplificado, a regularização fundiária pode ser conceituada como: “a legalização e legitimação de formas de ocupação de áreas urbanas por pessoas ou coletividades, para fins de habitação”.³¹

Com um conceito mais abrangente, Pedro Elias Avvad assim define:

Trata-se de um programa a ser desenvolvido sob a tutela do Poder Público que inclui medidas objetivando a integração de assentamentos irregulares ao contexto urbano, facilitando aos ocupantes de tais áreas o acesso aos serviços públicos e ao direito de propriedade, isto é, oferecendo garantias sociais e jurídicas à população de baixa renda sem perder de vista os controles urbanísticos, ambientais e de organização jurídica da propriedade.³²

Ou seja, de um modo geral, temos que a regularização fundiária nada mais é que um instrumento de política pública urbana que visa ordenar e desenvolver as funções sociais da propriedade e garantir o direito a uma moradia digna, com ampla participação da população envolvida.

O Estatuto da Cidade e o Plano Diretor constituem importantes mecanismos de regularização fundiária. O Estatuto da Cidade, regulamentando os artigos 182 e 183 da Constituição de 1988, estabelece diretrizes gerais de política urbana. O artigo 2º, inciso XIV, do Estatuto, prevê, como forma de alcançar a regularização fundiária e a urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, “o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais”. Por sua vez, o Plano Diretor funciona como meio de viabilizar o planejamento urbano, responsável por definir os usos e as características de ocupação de cada porção do território municipal. Ele especifica as formas de cumprir a função social da propriedade urbana e

³⁰ AVVAD, Pedro Elias. *Direito imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 112.

³¹ SANTOS, Fábio Ribeiro dos. Aspectos jurídicos da regularização fundiária urbana. In: *Revista Brasileira de Direito Municipal*. Belo Horizonte: v. 17, nº 59, p. 35-47, jan./mar., 2016.

³² AVVAD, Pedro Elias. *Direito imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 111.

penaliza o seu descumprimento. Por isso a importância de os Municípios elaborarem de forma congruente seus Planos Diretores.³³

Mas nem o Estatuto da Cidade nem o Plano Diretor Municipal resolvem os problemas fundiários urbanos já consolidados.

Nesse panorama, os instrumentos de regularização fundiária aparecem como uma opção à realização de uma política pública que venha atender à necessidade de reforma urbana, em seu sentido amplo de reforma jurídica, urbanística e ambiental, devendo ser estudada como parte integrante do processo de planejamento urbano.

Os instrumentos de regularização fundiária encontram-se arrolados no Estatuto da Cidade (artigo 4º) e na Lei nº 11.977/09 (artigo 46 e seguintes), dentre os quais, destacamos: o projeto de regularização fundiária, a demarcação urbanística, a legitimação de posse, a usucapião especial de imóvel urbano [usucapião administrativo], a concessão de uso especial para fins de moradia (CUEM), a concessão de direito real de uso (CDRU), as zonas especiais de interesse social (ZEIS), a regularização fundiária em áreas de preservação permanente, a regulamentação registral, a promessa de concessão de direito real de uso e o aforamento. Dentre eles, vamos estudar o instrumento de legitimação de posse.

As pessoas legitimadas a promover a regularização fundiária, de acordo com a Lei nº 11.977/2009, em seu artigo 50, são: os Entes da Federação, a população beneficiada, individual ou coletivamente, e as cooperativas habitacionais, associações de moradores, fundações, organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público ou outras entidades civis constituídas com a finalidade de promover atividades nas áreas de desenvolvimento urbano ou regularização fundiária.

Consideram-se outros atores durante o processo de regularização fundiária [como as concessionárias de serviços públicos, o ministério público, as defensorias públicas e os cartórios de imóveis], que embora não estejam no rol dos legitimados, prestam importante apoio à população moradora dos assentamentos irregulares.

Por sua vez, os beneficiários da regularização fundiária são os moradores irregulares de lotes, que devem atender requisitos específicos estabelecidos de acordo com o instrumento de regularização.

Conforme podemos perceber, portanto, a regularização fundiária é um processo complexo, que depende da participação e da atuação articulada de diversos personagens. Sendo possível afirmar assim que, sem um planejamento de regularização fundiária consistente e a interferência de todos os entes federativos, as chances de uma regularização bem-sucedida são pequenas.

³³ Segundo dados coletados na Pesquisa Perfil Municipal (MUNIC-IBGE 2015), em junho de 2016 no site <<http://www.ibge.gov.br/>>, 50,0% dos municípios brasileiros têm Plano Diretor, 12,4% dos municípios estão elaborando o Plano, e 37,6% não têm.

Por esse motivo, a Lei nº 11.977/09 prevê a necessidade de se reunir e especificar os elementos considerados indispensáveis para atingir a finalidade prevista já no projeto de regularização fundiária.³⁴

Assim, a regularização fundiária não deve ser vista apenas como a concessão de um título registrado em cartório garantidor da posse e/ou propriedade do morador, mas sim como verdadeiro instrumento transformador, que confere efetividade ao direito fundamental à moradia adequada, solucionando os problemas de degradação ambiental e social, de situações de risco e de precariedade de infraestrutura.³⁵

4. A LEGITIMAÇÃO DE POSSE

4.1. Legitimação de Posse na Lei nº 11.977/2009

Até o advento da Lei nº 11.977/2009, a usucapião judicial era o único meio legal de se adquirir a propriedade a título originário por meio da posse. Com a publicação da Lei nº 11.977/2009, a legitimação de posse passou a ser um instrumento facilitador da aquisição da propriedade pela posse, dando ensejo ao chamado usucapião administrativo. A diferença principal dos dois institutos é que, no primeiro, a posse gera a aquisição da propriedade pelo reconhecimento da usucapião judicialmente, já no segundo, a posse reconhecida pelo título de legitimação de posse dá ensejo à aquisição da propriedade pelo reconhecimento administrativo da usucapião.³⁶

A Lei nº 11.977/2009, portanto, em seu Capítulo III, criou procedimento jurídico que forçou uma releitura de instrumentos já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, como a legitimação da posse e a usucapião.

Para melhor compreender o instituto e sua aplicação na realidade fundiária brasileira, vamos ver os passos da legitimação de posse.

O Capítulo III institui um sistema de regularização fundiária de assentamentos urbanos e compõe-se de 5 Seções: a Seção I, que estabelece os requisitos gerais

³⁴ Artigo 51, Lei nº 11.977/09: “O projeto de regularização fundiária deverá definir, no mínimo, os seguintes elementos: I – as áreas ou lotes a serem regularizados e, se houver necessidade, as edificações que serão relocadas; II – as vias de circulação existentes ou projetadas e, se possível, as outras áreas destinadas a uso público; III – as medidas necessárias para a promoção da sustentabilidade urbanística, social e ambiental da área ocupada, incluindo as compensações urbanísticas e ambientais previstas em lei; IV - as condições para promover a segurança da população em situações de risco, considerado o disposto no parágrafo único do art. 3º da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979; e V – as medidas previstas para adequação da infraestrutura básica.”

³⁵ AVVAD, Pedro Elias. *Direito imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 113.

³⁶ Não raras vezes, verificamos o emprego equivocado do termo *usucapião administrativa e legitimação de posse* como sinônimos. A legitimação de posse, em realidade, precede à usucapião administrativa, não tendo o mesmo significado.

para execução da demarcação urbanística, outorga de título de legitimação de posse e a conversão desta em propriedade; as Seções II e III, que dispõem sobre os procedimentos para regularização fundiária, distinguindo duas espécies de assentamentos [a de interesse social e a de interesse específico]; a Seção IV, que dispõe sobre o registro da regularização, e a Seção V, que estabelece disposições gerais e transitórias.³⁷

A Lei procura, assim, sistematizar um procedimento de regularização fundiária que contemple duas faces, urbanística e jurídica; criando, para tanto, a regularização fundiária de interesse social e a regularização fundiária de interesse específico.

A regularização por interesse social visa assistir o direito à moradia da população de baixa renda, sendo requisitos: (i) o assentamento ser em áreas declaradas como Zona Especial de Interesse Social (ZEIS); e (ii) a possibilidade da posse do imóvel ser assegurada por usucapião especial urbano, quando tratar de terras particulares, e/ou ser assegurada por concessão de uso especial para fins de moradia (CUEM), quando se tratar de terras públicas. Neste tipo de regularização é que se encontra o processo de legitimação de posse.

A regularização por interesse específico, por sua vez, “diz respeito aos casos de informalidade urbana envolvendo grupos de maior poder aquisitivo, como, por exemplo, a ocupação dos loteamentos fechados e condomínios urbanísticos que não têm base jurídica plena na ordem jurídica em vigor.”³⁸

A Lei nº 11.977/09 traz como objetivo primordial tornar regulares situações fundiárias irregulares, mediante a instituição de um procedimento único que permita a delimitação de áreas ocupadas, a identificação de seus beneficiários e a outorga de títulos, possibilitando o acesso à moradia por população de baixa renda.³⁹

Ela traz o conceito de legitimação de posse em seu artigo 47, inciso IV, como sendo “o ato do poder público destinado a conferir título de reconhecimento de posse de imóvel objeto de demarcação urbanística, com a identificação do ocupante e do tempo e natureza da posse”.

O artigo 60 da referida Lei, por sua vez, traz o objetivo final da legitimação de posse, que é a aquisição da propriedade:

Art. 60. Sem prejuízo dos direitos decorrentes da posse exercida anteriormente, o detentor do título de legitimação de posse, após 5 (cinco) anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal.

³⁷ CHALHUB, Melhim Namem. Usucapião administrativa. In: *Revista de Direito da Cidade*. Rio de Janeiro: v. 06, nº 01, p. 233-274, 2014.

³⁸ MELO, Lígia. *Direito à moradia no Brasil: política urbana e acesso por meio de regularização fundiária*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 199.

³⁹ SANTOS, Fábio Ribeiro dos. Aspectos jurídicos da regularização fundiária urbana. In: *Revista Brasileira de Direito Municipal*. Belo Horizonte: v. 17, nº 59, p. 35-47, jan./mar., 2016.

O processo de legitimação de posse se dá pela via administrativa, compreendendo o projeto de regularização fundiária (artigos 50 a 54, Lei nº 11.977/09) e o auto de demarcação urbanística (art. 56, Lei nº 11.977/09).

Quando feita em áreas privadas, a legitimação de posse possibilita a aquisição de propriedade por meio da usucapião administrativa. Quando realizada em áreas públicas, facilita a instrução de pedidos de concessão de uso para fins de moradia ou de outros instrumentos definidos pelo titular de domínio da área.

Os beneficiários da legitimação da posse são os moradores de lotes e casas inseridos em áreas cadastradas previamente pelo poder público, objeto de demarcação urbanística, que atendem aos requisitos específicos, conforme disposto no art. 59, Lei nº 11.977/09: (i) não sejam concessionários, foreiros ou proprietários de outro imóvel, urbano ou rural; e (ii) não sejam beneficiários de legitimação de posse concedida anteriormente.

Em regra, é requisito o lote ter até 250 m², entretanto, quando não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, é possível promover a legitimação de posse de forma coletiva e, nesse caso, o lote poderá ultrapassar os 250m², desde que a fração ideal de cada ocupante não ultrapasse essa área.

Para concretização da legitimação de posse como instrumento de regularização fundiária de interesse social, antes, contudo, os legitimados ativos devem elaborar um projeto de regularização, atentando para a localização dos lotes, a identificação das vias de circulação [existentes ou projetadas], as áreas destinadas ao uso público, as medidas necessárias à sustentabilidade urbanística, social e ambiental, a segurança das instalações e a infraestrutura básica.⁴⁰

Aprovado o projeto, será realizada a demarcação urbanística, com o objetivo de reconhecer as posses existentes na área, realizando a delimitação da área ocupada, pública ou privada, com a identificação de seus limites, confrontantes e seus ocupantes, qualificando-se também a natureza e o tempo das respectivas posses. A demarcação urbanística deve ser feita observando-se a legislação municipal do local, para compatibilizar a regularização a ser proposta e as leis de uso e ocupação do solo do local.⁴¹

Elaborado o auto de demarcação urbanística pelo Poder Público, encaminha-se o mesmo ao Cartório de Registro de Imóveis, visando à identificação do proprietário da área afetada.⁴² Decorrido o prazo sem impugnação, a demarcação urbanística

⁴⁰ PAIVA, João Pedro Lamana. *Regularização fundiária de interesse social*. São Paulo: IRIB, 2012. Disponível em: <http://www.lamanapaiva.com.br/banco_arquivos/Cadernos_IRIB/5-Regularizacao_Fundiaria_de_Interesse_Social.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2016.

⁴¹ AVVAD, Pedro Elias. *Direito imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 113.

⁴² O artigo 57, da Lei nº 11.977/09, narra o procedimento no Cartório de Registro de imóveis: “Art. 57. Encaminhado o auto de demarcação urbanística ao registro de imóveis, o oficial deverá proceder às buscas

será averbada na matrícula correspondente⁴³, iniciando-se, após, a execução do projeto de regularização fundiária.

O Poder Público, então, realiza o cadastro socioeconômico dos beneficiários e providencia o registro do parcelamento decorrente do projeto, submetendo-o, previamente, à aprovação municipal, e obtendo as licenças urbanísticas e ambientais pertinentes. Registrado o parcelamento no Cartório de Registro de Imóveis e aberta as matrículas das parcelas resultantes, os beneficiários podem, então, solicitar do Poder Público o título de legitimação de posse.

Assim, em suma, para que a legitimação de posse ocorra é necessário que: (i) o projeto de regularização fundiária de interesse social tenha sido elaborado e aprovado; (ii) o assentamento irregular tenha sido objeto de demarcação urbanística; e (iii) o parcelamento do solo decorrente do projeto de regularização tenha sido registrado.

Regularizada a matrícula [com abertura de nova matrícula ou averbação na matrícula preexistente], inicia-se a análise do preenchimento dos requisitos legais pelos possuidores beneficiários, para que possa ser expedido o título de legitimação de posse em seus nomes.⁴⁴

A aquisição de título de legitimação de posse sobre área privada confere aos seus beneficiários a possibilidade de pedir o reconhecimento de propriedade junto ao Cartório de Registro de Imóveis depois de 5 (cinco) anos do registro da legitimação de posse.

O beneficiário da legitimação deverá dirigir-se ao Cartório de Registro de Imóveis onde o título está registrado, munido do documento oficial de identidade, da declaração que não possui outro imóvel urbano ou rural, de declaração de que o imóvel é utilizado para sua moradia e de sua família e de declaração de que não teve reconhecido anteriormente o direito à usucapião de imóveis em áreas urbanas, além

para identificação do proprietário da área a ser regularizada e de matrículas ou transcrições que a tenham por objeto. § 1º Realizadas as buscas, o oficial do registro de imóveis deverá notificar o proprietário e os confrontantes da área demarcada, pessoalmente ou pelo correio, com aviso de recebimento, ou, ainda, por solicitação ao oficial de registro de títulos e documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, para, querendo, apresentarem impugnação à averbação da demarcação urbanística, no prazo de 15 (quinze) dias. § 2º O poder público responsável pela regularização deverá notificar, por edital, eventuais interessados, bem como o proprietário e os confrontantes da área demarcada, se estes não forem localizados nos endereços constantes do registro de imóveis ou naqueles fornecidos pelo Poder Público para notificação na forma estabelecida no § 1º.

⁴³ Ao revés, havendo impugnação, o oficial do registro de imóveis deverá notificar o Poder Público para se manifestar, podendo propor a alteração do auto de demarcação urbanística ou adotar qualquer outra medida que possa afastar a oposição do proprietário ou dos confrontantes à regularização da área ocupada. O oficial de registro de imóveis deverá promover tentativa de acordo, mas, em não ocorrendo, a demarcação urbanística será encerrada em relação à área impugnada. (Parágrafos 6º a 10º do art. 57 da Lei nº 11.977/09).

⁴⁴ Conforme visto, os possuidores beneficiários devem preencher os seguintes requisitos: não ser concessionário, foreiro ou proprietário de outro imóvel urbano ou rural; não ser beneficiário de legitimação de posse concedida anteriormente; o lote ou fração ideal não pode ser superior a 250 metros quadrados (art. 59 e parágrafos, Lei nº 11.977/09).

de certidões que demonstrem a inexistência de ações em andamento relativas à posse ou propriedade do imóvel. Com estes documentos, poderá solicitar o reconhecimento de aquisição da propriedade, daí o nome *usucapião administrativa*.

Por sua vez, a aquisição de título de legitimação de posse sobre área pública, embora não tenha o condão de conferir a propriedade ao possuidor do título, atende à finalidade de concretizar o direito à moradia adequada, com a instalação dos aparelhamentos urbanos e acessibilidade aos serviços públicos básicos, podendo servir, igualmente, para obtenção da concessão de uso especial para fins de moradia (CUEM).

Portanto, a obtenção do título de legitimação de posse irá servir para comprovar a posse, assegurar o direito à posse direta para fins de moradia, e, se transcorrido 5 anos e desde que preenchido outros requisitos legais, possibilitará a aquisição da propriedade por meio da usucapião especial urbana, pela via administrativa, no caso de incidir sobre propriedade privada, ou a obtenção da concessão de uso especial, no caso de recair sobre área pública.

Assim, verifica-se que o título de legitimação de posse é muito mais que um mero instrumento de regularização fundiária, tratando-se, em realidade, de verdadeiro direito real.

Logo, a posse legitimada trata-se de um direito funcional autônomo de posse-moradia, que vincula o possuidor ao imóvel e constitui direito com eficácia real, embora não enumerado no rol do Código Civil.⁴⁵

A importância da legitimação de posse, assim, verifica-se não somente no âmbito social, ambiental e urbanístico, mas possui também *efeitos jurídicos*, conferindo especial importância também aos títulos de legitimação de posse concedido sobre terras públicas, que constituiriam direitos reais, mesmo que não provoquem a aquisição da propriedade.

No entanto, importante frisar que, embora a legitimação de posse, sem sombra de dúvida, amplie e democratize o espectro da aquisição da propriedade, prestigiando a concretização célere do direito fundamental à moradia, o Capítulo III da Lei nº 11.977/09 ainda não tem o dimensionamento de aplicação muito claro. Embora represente um importante avanço na regularização fundiária brasileira ao permitir a participação ativa e direta do registro imobiliário nos processos de regularização fundiária urbana, tornando o procedimento mais célere e eficiente, conforme veremos, sua aplicação ainda é incipiente e depende de atuação política, persistindo, ainda, muitas dúvidas quanto ao seu alcance.

⁴⁵ CHALHUB, Melhim Namem. Usucapião administrativa. In: *Revista de Direito da Cidade*. Rio de Janeiro: v. 06, nº 01, p. 233-274, 2014.

4.2. Legitimação de Posse como Instrumento de Concretização do Direito à Moradia

O reconhecimento da moradia como direito fundamental e da função social como norte da propriedade na Constituição Federal de 1988, aliado ao reclamo dos movimentos sociais pela reforma urbana, foram os alicerces de diversos instrumentos e políticas públicas visando à regularização fundiária.

A regularização fundiária de interesse social estabelecida pela Lei nº 11.977/2009 aparece, neste panorama, como um dos instrumentos para uma política pública voltada à correção do déficit habitacional existente nas áreas urbanas.

Como visto, a regularização fundiária de interesse social aplica-se aos assentamentos ocupados predominantemente por população de baixa renda, nas situações em que exista o reconhecimento legal ou administrativo do preenchimento de certos requisitos, bem como a necessidade de regularizar o direito à moradia.

Assim, hoje, os moradores dos lotes e casas inseridos em áreas objeto de demarcação urbanística, cadastrados pelo poder público, podem ser beneficiários da legitimação de posse, ou seja, do procedimento de promoção da regularização fundiária de interesse social.

A legitimação de posse, portanto, surge como relevante instrumento de regularização de terras, públicas ou particulares, não utilizadas, reforçando o prestígio à posse e ao direito à moradia de forma célere e menos burocratizada, possibilitando a desconcentração fundiária.

A ideia originária da legitimação de posse, quando de sua menção nos primeiros estatutos fundiários, era a de evitar a abertura para uma ocupação desordenada, restringindo a possibilidade de usucapião de terras públicas e devolutas. Com isso, retardou-se o instituto da usucapião para somente ser introduzido com o Código Civil de 1916 e, ainda assim, apenas como modo de aquisição de terra particular.⁴⁶

Os instrumentos existentes eram esparsos, careciam de sistematização e eram pouco eficazes, uma vez que não resolviam todas as situações fáticas existentes e não atendiam aos conflitos urbanos da modernidade.⁴⁷

A legitimação de posse e a usucapião de terras particulares existentes antes da Lei nº 11.977/09, portanto, não vinham atendendo aos conflitos fundiários coletivos, continuando sem solução os casos de irregularidade de loteamentos e assentamentos coletivos utilizados para moradia, permitindo que grande parcela da população urbana restasse marginalizada e sem chances de inclusão social.

⁴⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos reais*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 333.

⁴⁷ SANTOS, Fábio Ribeiro dos. Aspectos jurídicos da regularização fundiária urbana. In: *Revista Brasileira de Direito Municipal*. Belo Horizonte: v. 17, nº 59, p. 35-47, jan./mar., 2016.

A legitimação de posse introduzida pela Lei nº 11.977/09, como procedimento administrativo célere para a aquisição do título de legitimação de posse e posterior aquisição da propriedade, aparece, assim, como um instrumento jurídico capaz de resolver algumas questões fundiárias complexas de forma rápida e eficiente e como uma possibilidade importante de concretização do direito à moradia e à cidade.

Nesse sentido, a Lei, em seu artigo 59, confere à posse legitimada o *status* de direito, nestes termos: “a legitimação de posse devidamente registrada constitui direito em favor do detentor da posse direta para fins de moradia.”

De fato, conforme bem explana Chalhub, a Lei nº 11.977/09 confere enorme prestígio à posse, obrigando-nos a uma releitura de valores, em específico, da propriedade individualista perante a posse garantidora do direito à moradia:

Trata-se de situação jurídica de reconhecimento da posse que, por si mesma, caracteriza um direito funcional autônomo e garante ao ‘detentor da posse’ (*rectius*, possuidor), acesso direto à propriedade formal independentemente de intervenção judicial, bastando para tal o decurso do prazo de cinco anos do registro do título de legitimação (art. 60).⁴⁸

A conversão da legitimação de posse em propriedade, assim, veio atender aos reclamos dos movimentos e entidades sociais, que há muito tempo buscavam a aquisição de propriedade por meio desse instrumento. Assim, a Lei nº 11.977/09, além de garantir efetividade ao direito à moradia, garante também o direito à moradia digna.⁴⁹

Neste aspecto podemos citar diversos aprimoramentos surgidos com a Lei. Uma grande vantagem do instituto da legitimação de posse em relação ao procedimento da usucapião coletiva encontra-se no tocante à citação dos proprietários, que, por serem muitas vezes de paradeiro desconhecido, impedem a continuidade da ação. O processo administrativo de legitimação de posse, como vimos, traz a possibilidade de citação por edital no caso de não localização dos proprietários, sem necessidade de esgotamento dos meios.

Outra vantagem reside na possibilidade de ser utilizado o instrumento da legitimação em áreas públicas, desde que atendidas as legislações específicas. A única ressalva que se faz aqui é que a Lei não esclarece se, passados os cinco anos, poderá o título de legitimação de posse sobre área pública ser convertido em propriedade, ao contrário do expressamente estabelecido para as áreas particulares, mas, entende-se, conforme já visto, que há a possibilidade de se pedir a concessão de uso especial para fins de moradia (CUEM) de forma facilitada.

⁴⁸ CHALHUB, Melhim Namem. Usucapião administrativa. In: *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro: v. 06, nº 01, p. 233-274, 2014.

⁴⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos reais*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 333.

Do ponto de vista urbanístico, ainda, a regularização da área possibilita o regramento jurídico – urbanístico, definindo-se nome de ruas, usos, zoneamento, entre outros.

Entretanto, como não podia deixar de ser, o instituto ainda não acaba com todos os obstáculos à concretização do direito fundamental à moradia adequada nos casos de ocupação em situação de irregularidade, estando longe de constituir instrumento suficiente. O principal dos entraves, reside no fato da legitimação de posse ser um mecanismo que depende de ato volitivo de um dos legitimados, agregado à necessidade de vontade política para garantir a concretização não só do direito à moradia, mas à moradia adequada, com todos os aparelhamentos e serviços urbanos básicos.

Portanto, conforme doutrina balizada⁵⁰, o pressuposto para a realização do processo de regularização fundiária de interesse social é a presença de assentamentos irregulares ocupados por população de baixa renda somado ao interesse de regularizar do Poder Público.

A legitimação de posse faz parte de um programa de habitação coletivo, inserindo-se dentro de um plano de governo. Assim, sua aplicação, além de depender da existência de uma política pública, pode vir a ser suspensa antes de seu término.

Mas, apesar dos obstáculos delineados, não se pode negar o elogiável papel do instituto da legitimação de posse trazida pela Lei nº 11.977/09, que é de regularizar situações precárias de moradia outrora marginalizadas, conferindo, em última análise, a titulação da propriedade aos possuidores-beneficiários. E, mais importante, a regularização se dá sem necessidade de remoção dos moradores e realocação para unidades habitacionais em outras áreas, aproveitando as construções existentes, conferindo-lhes dignidade, privilegiando a democratização das terras, sua função social e representando grande economia aos cofres públicos.

Pode-se afirmar, desse modo, que a nova Lei se ajusta ao enquadramento Constitucional, do Código Civil e do Estatuto da Cidade, que sobreleva a natureza social da posse, abrindo um novo horizonte, o que *per si* constitui importante avanço na concretização do direito à moradia.

5. CONCLUSÕES

Do descobrimento do Brasil até os dias atuais houve a substituição de um início pouco regrado no âmbito da distribuição de terras pelo amplo conjunto normativo existente na atualidade.

Ao longo do tempo foram utilizados vários instrumentos jurídicos em uma tentativa de ordenar a situação fundiária do país. Foram muitos os mecanismos

⁵⁰ Nesse sentido, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos reais*, São Paulo: Atlas, 2011, p. 333; e PAIVA, João Pedro Lamana. *Regularização fundiária de interesse social*, São Paulo: IRIB, 2012. Disponível em: <http://www.lamanapaiva.com.br/banco_arquivos/Cadernos_IRIB/5-Regularizacao_Fundiaria_de_Interesse_Social.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2016.

empregados, carregando como semelhança a defesa do interesse individual, e gerando uma confusa e ramificada legislação, quando não, contraditória.

Com a Constituição Federal de 1988, entretanto, verificamos uma verdadeira mudança do pensamento jurídico, prestigiando-se a função social da propriedade e a sociabilidade da posse em detrimento do individualismo existente até então. O significado de direito à propriedade mudou, renovou-se, consolidando-se sob uma ótica democrática e social, obrigando o Poder Público e o legislador infraconstitucional a uma distribuição equitativa da utilização e ocupação dos espaços urbanos, prestigiando o direito à cidade.

A finalidade do Estado passou a ser a busca pela melhor organização do espaço urbano, a melhoria da qualidade de vida da população e a socialização da propriedade. Assim, a propriedade, outrora absoluta, passou a atender ao interesse social.

Os cidadãos passam a contar com diversos instrumentos importantes de garantia ao direito à cidade: (i) mecanismo de cumprimento da função social da propriedade urbana, tais como o Estatuto da Cidade e Plano Diretor, o parcelamento do solo, a edificação e utilização compulsórios, o consórcio imobiliário urbanístico, o IPTU progressivo no tempo, e a desapropriação-sanção urbanística; agregando-se a eles os (ii) instrumentos de regularização fundiária: concessão de direito real de uso, aforamento gratuito ou doação do Poder Público, ação judicial de usucapião ou desapropriação com finalidade específica. Além da mais recente forma de regularização fundiária, trazido pela Lei nº 11.977/2009 diante de diversas reivindicações sociais, a usucapião administrativa precedida de legitimação de posse, que inseriu a legitimação de posse no contexto da política urbana e como instrumento apto à aquisição da propriedade.

Por óbvio que a regularização dessas situações de moradia precárias não restam solucionadas com essa gama normativa, e sua pacificação se trata ainda de uma tarefa árdua, tendo em vista, principalmente, a dificuldade de implementação e de execução dos programas de regularização fundiária.

Entretanto, uma reforma fundiária bem planejada, utilizando-se de instrumentos capazes de regularizar situações de moradia precária, podem sim levar a uma moradia digna, dotada das obras de infraestrutura, em condições de salubridade, bem-estar e habitabilidade, necessitando primordialmente de vontade política para concretização desse ideal.

Nesse contexto, a legitimação de posse vem atender à predileção constitucional da função social da propriedade, dando efeito prático à natureza social da posse, já que permite a regularização da posse exercida por população de baixa renda de forma desjudicializada e célere, possibilitando o acesso à moradia digna e caracterizando-se como importante instrumento de regularização fundiária.

Revela-se, assim, um direito funcional autônomo de posse-moradia, que vincula o possuidor ao imóvel e constitui direito com eficácia real, sendo um meio importante de desconcentração fundiária e reparo da histórica exclusão social, constituindo um importante avanço na concretização do direito à moradia adequada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Luiz Carlos. A concessão de uso especial para fins de moradia como instrumento de regularização fundiária e acesso à moradia. In: *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo: v. 31, nº 65, p. 61-75, jul./dez., 2008.

AVVAD, Pedro Elias. *Direito imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Pólis, 2001.

CAVALCANTE, José Luiz. *A lei de terras de 1850 e a reafirmação do poder básico do estado sobre a terra*. 2. ed. São Paulo: [s.n.], jun., 2005. Disponível em: <<http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao02/materia02/>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

CHALHUB, Melhim Namem. Usucapião administrativa. In: *Revista de Direito da Cidade*. Rio de Janeiro: v. 06, nº 01, p. 233-274, 2014.

FERNANDES, Edésio. Política nacional de regularização fundiária: contexto, propostas e limites. In: *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: v. 27, nº 56, p. 241 – 256, jan./jun., 2004.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos reais*. São Paulo: Atlas, 2011.

LIMA, Ruy Cirne. *Terras devolutas (história, doutrina, legislação)*. Ed. Da Livraria do Globo. Porto Alegre: Barcellos, Bertaso & Cia., nº 728, 1935.

MELO, Lígia. *Direito à moradia no Brasil: política urbana e acesso por meio de regularização fundiária*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MONTEIRO, Benedicto. *Direito Agrário e Processo Fundiário*. Rio de Janeiro: PLG Comunicação, 1980.

MONTEIRO, Vitor de Andrade. *Direito à moradia adequada: perspectivas de efetivação como direito humano fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PAIVA, João Pedro Lamana. *Regularização fundiária de interesse social*. São Paulo: IRIB, 2012. Disponível em: <http://www.lamanapaiva.com.br/banco_arquivos/Cadernos_IRIB/5-Regularizacao_Fundiaria_de_Interesse_Social.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2016.

REALE, Miguel. *História do novo código civil*. São Paulo: RT, 2005.

SANTOS, Fábio Ribeiro dos. Aspectos jurídicos da regularização fundiária urbana. In: *Revista Brasileira de Direito Municipal*. Belo Horizonte: v. 17, nº 59, p. 35-47, jan./mar., 2016.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Tratado dos registros públicos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 1, 1955.

VIANA, Helio. *História administrativa e econômica do Brasil*. 4. ed. São Paulo: Cia. Editorial Nacional, 1960.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROMOÇÃO DA SAÚDE NO TRABALHO: PROPOSTA DE CRIAÇÃO DO CENTRO DE QVT – QUALIDADE DE VIDA NO TRABALHO NA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

*Public policies to promote the health at work: Proposal to create the QVT Center –
Quality of Life at Work at the Attorney General's Office of the State of São Paulo*

Ana Maria Figueira Cerqueira¹

SUMÁRIO

1. Breve histórico da Medicina do Trabalho. 2. A saúde do servidor público no Estado de São Paulo. 2.1 O direito à saúde no trabalho e do servidor público. 2.2 O Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual (Iamspe). 2.3. A PGE/SP em números. 3. Pesquisa comparativa: principais causas do absenteísmo na Administração Direta e na PGE/SP. 3.1. Absenteísmo por transtornos mentais e comportamentais. 3.2. Absenteísmo: doenças do aparelho circulatório. 3.3. Absenteísmo: doenças do sistema osteomuscular e tecido conjuntivo. 3.4. Absenteísmo por doenças do sangue, neoplasmas e outros transtornos imunitários. 4. Proposta: criação do Centro de Qualidade de Vida da PGE/SP. Conclusão. Anexo I.

INTRODUÇÃO

Após analisar a legislação e dados concretos sobre o crescente número de casos de doenças variadas, causadas no ambiente de trabalho, e seu impacto na qualidade de vida do servidor público, a presente reflexão tem a finalidade de expor uma proposta de construção de políticas públicas, visando à melhoria efetiva da saúde no ambiente do trabalho, com a apresentação de uma proposta de criação do Centro de QVT – Qualidade de Vida no Trabalho na Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Esse artigo baseia-se na saúde como vital para o desenvolvimento do ser humano, devendo-se dar especial enfoque em seu relacionamento com a qualidade da educação e do trabalho, constituindo-se em direito fundamental, garantido no âmbito internacional.

A Constituição Federal de 1988 define a saúde como um direito fundamental social, direito de todos e dever do Estado, sinalizando os princípios e diretrizes legais do Sistema Único de Saúde (SUS), regulamentado pela Lei nº 8.080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde. Interessante notar que a Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS), motivo pelo qual o presente trabalho traça como linha mestra a necessidade da criação de um modelo de gestão da qualidade de saúde do trabalhador da PGE de forma democrática e transparente.

Palavras-chaves: QVT. Qualidade de vida. Saúde. Trabalho. Política pública.

¹ Graduada em Psicologia pela FMU – Faculdades Metropolitanas Unidas. Mestre em Ciências da Saúde pelo Iamspe – Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público do Estado de São Paulo. Especialista em Direitos Humanos, Políticas Públicas pela ESPGE – Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado.

INTRODUCTION After analyzing the legislation and concrete data about the increasing number of cases of diseases in the workplace and their impact on the quality of life of public servants, the aim of this work is to present a proposal for the elaboration of public policies aimed at the effective improvement of health in the workplace, along with a proposal to create the QVT Center – Quality of Life at Work at the Attorney General's Office of the State of São Paulo (PGE). This article is based on the assumption that health is vital for the development of the human being, and special attention should be given to its relationship with quality of education and work, being a fundamental right guaranteed at international level.

The Federal Constitution of 1988 defines health as a fundamental social right for everyone and duty of the State, pointing out the principles and legal guidelines of the Unified Health System (SUS), regulated by Law no. 8.080/90, known as the Organic Law of Health. It is interesting to note that Law nº 8,142, dated December 28, 1990, provides for the participation of the community in SUS management, which is why the present paper outlines the need for the creation of a quality management model of the PGE worker's health in a democratic and transparent way.

Keywords: QVT. Quality of life. Health. Work. Public policy.

1. BREVE HISTÓRICO DA MEDICINA DO TRABALHO

No Estado de São Paulo, a Medicina do trabalho ganhou impulso com a criação da Sociedade Paulista de Medicina do Trabalho (SPMT), em 07 de dezembro de 1989, com o objetivo de promover a saúde e prevenir doenças ocupacionais e do trabalho, bem como manter a integridade física dos trabalhadores².

Originalmente, cabe destacar que a medicina do trabalho tinha a meta de proteger o direito à vida, sobretudo, do século 19 até a Primeira Guerra Mundial, período em que a medicina laboral voltou-se à proteção dos trabalhadores, frente às máquinas extremamente agressivas e ao meio ambiente físico que a ceifavam. Os sindicatos reivindicavam regras mínimas de proteção e de defesa do valor máximo que é, de fato, a própria vida.

Posteriormente, as diversas reivindicações de Medicina do Trabalho passaram a incluir um conceito mais amplo, voltado à qualidade de vida, compreendendo aqui os ambientes físico, químico e biológico, de modo a estabelecer uma relação entre o homem e as máquinas de uma forma ergonômica, preventiva de riscos à própria saúde física, corporal, com identificação e quantificação dos aspectos agressivos do ambiente físico das indústrias.

² Uma importante coletânea de escritos sobre saúde e segurança no trabalho deu origem, em 2013, ao livro "Saúde mental no trabalho", organizada pelo Procurador Chefe Januário Justino Ferreira e a Coordenadora Científica Lais de Oliveira Penido. A obra expõe, dentre outros assuntos, a trajetória da medicina do trabalho, conforme texto "Saúde mental para e pelo trabalho", de Ricardo Tadeu Marques da Fonseca.

As mobilizações sindicais a partir de 1968 tiveram enfoque na construção de medidas preventivas da rigidez mental do trabalhador. Assim, pode-se compreender que, no século 20, os valores tutelados pela medicina laboral transcenderam à própria saúde corporal e abarcaram cuidados com a intimidade, a personalidade, a autoestima e a saúde psicológica do trabalhador.

Desde meados do século 20, com a criação, na Europa, da psicopatologia do trabalho, já se sabe que:

A física gestual e comportamental do ‘operário-massa’ está para sua personalidade assim como o aparelho administrativo do ocupante está para as estruturas do país invadido. As relações de um e de outro são primeiramente de *dominação*, e depois de *ocultação*. Dominação da vida mental do operário pela organização do trabalho. Ocultação e coerção de seus desejos no esconderijo secreto de uma clandestinidade imposta³.

Assim, Christophe Dejourns destaca a importância dos efeitos da dinâmica “taylorista” da organização do trabalho, ressaltando as consequências da automatização repetida e cronometrada dos gestos dos trabalhadores na linha de produção, em contraposição ao querer corporal submetido às imposições do modo capitalista de produção.

Christophe Dejourns indica três perspectivas de estudos:

(...) a primeira delas é “a fadiga, que faz com que aparelho mental perca sua versatilidade”; a segunda é o “sistema frustração-agressividade reativa, que deixa sem saída uma parte importante da energia pulsional”; e, finalmente, a “organização do trabalho, como correia de transmissão de uma vontade externa, que se opõe aos investimentos das pulsões e às sublimações [...]”

As pesquisas desenvolvidas pela psicopatologia do trabalho comprovaram que a atividade produtiva repercute na autoestima e, também, na sobrevivência do trabalhador, ocupando papel central no quadro de composição da estrutura de sua personalidade, imprimindo sobre ela reações específicas que desencadeiam os mais diversos sintomas.

A inclusão de enfermidades psicossomáticas, psicológicas e psíquicas, no âmbito das doenças ocupacionais, é o resultado das pesquisas desenvolvidas no campo da psicopatologia do trabalho.

Em 1999, o Decreto Presidencial de nº 3.048 regulamentou o artigo 20 da Lei nº 8.213/91, criando o rol das doenças ocupacionais. De tal forma que doenças

³ Médico especialista em medicina do trabalho, psiquiatra e psicanalista. É autor dentre outros do livro *Travail: usure mentale*, traduzindo em português, *A loucura do trabalho* (São Paulo: Cortez Editora/Oboré, 1993).

como a hipertensão e a depressão, desde que apresentem o nexo causal com o trabalho, são consideradas pela Previdência como doenças do Trabalho:

[...] Chama ainda mais a atenção a inclusão do estresse ocupacional e do seu agravamento, ou de seu estado mais agudo, conhecido como “Síndrome de *Burnout*”, neste mesmo rol (BRASIL, 1999). Há que se frisar, outrossim, que se abriu um capítulo específico justamente para contemplar os “Transtornos Mentais e do Comportamento Relacionados com o Trabalho”. Enumeram-se patologias de natureza psicológica ou psíquica, suas manifestações comportamentais ou psicossomáticas, as alterações de conduta ligadas ao alcoolismo ou à dependência química, a depressão e seus efeitos⁴.

O Ministério da Saúde organiza uma revisão periódica da listagem oficial de doenças originadas no processo de trabalho, nas quais, dentre outras patologias, constam os transtornos mentais e comportamentais.

Cabe hoje ao Sistema Único de Saúde (SUS), criado na Constituição Federal de 1988, a revisão periódica da listagem oficial de doenças originadas no processo de trabalho⁵. A Resolução do Conselho Nacional de Saúde, nº 220, de 05 de maio de 1997, recomenda ao Ministério da Saúde a publicação da Lista de Doenças relacionadas ao Trabalho; a importância da definição do perfil nosológico da população trabalhadora para o estabelecimento de políticas públicas no campo da saúde do trabalhador, com as seguintes categorias: **(i)** Transtornos mentais e comportamentais⁶; **(ii)** reações ao “Estresse” Grave e Transtornos de Adaptação; **(iii)** Transtornos neuróticos especificados⁷; **(iv)** transtorno do Ciclo Vigília-Sono Devido a Fatores Não Orgânicos⁸; **(v)** sensação de Estar Acabado (“Síndrome de *Burnout*”, “Síndrome do Esgotamento Profissional”)⁹.

⁴ Decreto nº 3.048/99, Regulamento da Previdência Social em apenso. Anexo II, Grupo V – CID-10, item XII, 1999. Existem 12 itens, cuja numeração foi dispensada, dada a natureza deste trabalho que se voltará aos aspectos jurídicos da questão.

⁵ Com base na Lei Orgânica da Saúde (LOS), artigo 6º, parágrafo 3º, inciso VII da Lei nº 8.080/90. Ver Decreto nº 3048/99 e Portaria nº 1.339/GM, de 18 de novembro de 1999.

⁶ (Grupo V do CID-10), devido ao uso de álcool, alcoolismo crônico, dando como causa fatores de risco de natureza ocupacional, ou seja, problemas relacionados com o emprego e com o desemprego;

⁷ (“Neurose Profissional”) (F48.8) – Problemas relacionados com o emprego e com o desemprego (Z56): Desemprego (Z56.0); Mudança de emprego (Z56.1); Ameaça de perda de emprego (Z56.2); Ritmo de trabalho penoso (Z56.3); Desacordo com patrão e colegas de trabalho (Condições difíceis de trabalho) (Z56.5); Outras dificuldades físicas e mentais relacionadas com o trabalho (Z56.6).

⁸ Problemas relacionados com o emprego e com o desemprego: má adaptação à organização do horário de trabalho (Trabalho em Turnos ou Trabalho Noturno); Circunstância relativa às condições de trabalho.

⁹ Ritmo de trabalho penoso; outras dificuldades físicas e mentais relacionadas ao trabalho.

2. A SAÚDE DO SERVIDOR PÚBLICO NO ESTADO DE SÃO PAULO

Servidor público, nas clássicas palavras de Hely Lopes Meirelles¹⁰, pode ser definido como:

Os servidores públicos em sentido restrito ou estatutário são os titulares de cargo público efetivo e em comissão, com regime jurídico estatutário geral ou peculiar e integrantes da Administração direta, das autarquias e das fundações públicas com Personalidade de Direito Público, assim sendo voltados para a satisfação do interesse público.

Servidor Público é aquele capaz de transformar a sociedade por meio de seu trabalho, de modo a:

O que é ser servidor público? Mais do que um emprego, uma missão. Sentença que define a função pública. Assumir um cargo ou emprego público não é apenas encontrar um emprego. O servidor público assume uma missão: transformar a sociedade em que vive através da realização de políticas públicas e da prestação de serviços à população. O candidato à função pública deve ter em mente que, mais do que um emprego, o ingresso no serviço público implica novas responsabilidades. Somos responsáveis por proporcionar melhoria na vida dos cidadãos, buscando sempre a excelência nos serviços prestados e utilização eficaz dos recursos públicos.

Conforme escreve Srour, uma vez que a finalidade do Estado é realizar o bem comum – a res publica –, o servidor público se distingue do trabalhador das empresas privadas pelo compromisso que tem com a sociedade como um todo. E os valores que o orientam têm caráter universalista (includentes) [...] com destaque para: Compromisso com a coisa pública; Respeito ao cidadão e ao próximo; Honestidade e seriedade na ação; Orientação para o alcance de resultados públicos; Eficiência no uso dos recursos públicos; Transparência e impessoalidade; Mérito¹¹.

No Brasil, o serviço público teve início em 1808, com a chegada da Real Família Portuguesa, que objetivando desenvolver e atender às questões da Colônia estabelece o trabalho administrativo.

O funcionalismo ganha força com a proclamação da República, onde passa a colaborar de forma direta e indiretamente com a administração, atuando nas relações dos cidadãos com o Estado, porém, ainda de forma rudimentar, sem regulamentações ou denominações específicas para os então servidores da República.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 1990, p. 418.

¹¹ SANTOS, Thiago Souza; BASSOTTI, Ivani Maria; TEIXEIRA, Hélio Janny. Ética e compromisso público. In: *Mérito, desempenho e resultados – ensaios sobre gestão de pessoas para o setor público*. São Paulo: FIA/ USP, 2014, p. 312.

Em 1939, o Decreto nº 1.713/39 delineou as primeiras normas para o funcionalismo, mais precisamente no dia 28 de outubro, data consagrada em 1943, pelo Presidente Getúlio Vargas para homenagear o funcionário público.

As referências do serviço público foram consolidadas em 11 de dezembro de 1990, com o novo Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais, momento em que o termo Servidor Público ganha corpo por meio da Lei nº 8112/90, que institui o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias, inclusive, as de regime especial, e das fundações públicas federais.

A Constituição Federal de 1988 surge em momento de acirrada disputa entre forças políticas antagonicas, mas voltada ao bem-estar social e às condições necessárias para prover os cidadãos da totalidade que se alcança a dignidade humana. Assim, o Serviço Público foi delineado entre parâmetros do direito público e privado, fortalecendo a ideia de justiça centrada na isonomia, ou seja, oportunidade de ingresso para todos, por meio de seu artigo 37¹².

Nesse cenário, a Administração Pública vai se organizando em todos os entes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) que integram a Federação de forma coerente, dando unidade ao Direito Administrativo e dentro dos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular.

2.1. O direito à saúde no trabalho e do servidor público

A saúde do trabalhador é um direito social fundamental, amparado por ampla legislação e recomendações internacionais na seara dos direitos humanos, motivo pelo qual é inalienável, imprescritível e irrenunciável.

Desde a criação da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 7 de abril de 1948, fixou-se o conceito de saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de afecções ou enfermidades¹³.

¹² Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e, também, ao seguinte:

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei;

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. (BRASIL, CF/88.1999, p.40).

¹³ O conceito reverberou em vários documentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. XXV, nº 1 e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado em 19 de dezembro de 1966, em seu art. 12, nº 1.

A Constituição Federal brasileira de 1988 incluiu o direito à saúde no rol expresso de direitos fundamentais sociais, correlacionando-o ao meio ambiente do trabalho¹⁴.

A atenção à saúde do trabalhador¹⁵ parte do pressuposto que o trabalho é um meio de prover a subsistência e a dignidade humana, não devendo gerar mal-estar, doenças e mortes. Assim como a saúde, a recuperação e a preservação da capacidade de trabalho são direitos garantidos pela Constituição Federal. A legislação infraconstitucional fixou critérios para evitar e proteger o agravo da saúde gerado pela atividade laboral.

2.2. O Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual (Iamspe)

Em julho de 2013, o complexo hospitalar do Iamspe já contava com cerca de 1.000 médicos em 43 especialidades, além de 2.271 enfermeiros e técnicos de enfermagem e 336 residentes médicos, tornando-se, assim, unidade de referência no atendimento de 1,3 milhão de pessoas no Estado de São Paulo¹⁶, sendo 10% desses atendimentos dedicados à população idosa.

Foi inaugurado pelo presidente Jânio Quadros, quando São Paulo era governado por Carvalho Pinto, sendo seu primeiro presidente Francisco Morato de Oliveira, que hoje lhe dá nome. Desde então, o Hospital do Servidor Público Estadual tem uma trajetória pioneira.

Com o propósito de oferecer assistência médica de qualidade aos servidores estaduais, seus dependentes e agregados, o hospital sediou o primeiro banco de leite do estado de São Paulo e foi a primeira instituição de saúde no estado a ter uma enfermaria de cuidados paliativos.

O Iamspe tem, hoje, uma das maiores redes de atendimento em saúde para funcionários públicos do país. Além do Hospital do Servidor Público Estadual, na capital paulista, possui 17 postos de atendimento próprios no interior, os Centros de Assistência Médico-Ambulatorial (Ceamas), e disponibiliza assistência em mais de 100 hospitais e 130 laboratórios de análises clínicas e de imagem credenciados pela instituição, além de 3.000 médicos em 200 cidades paulistas.

¹⁴ Artigos 1º, 5º, 6º, 7º, 200 e 225, da Constituição Federal.

¹⁵ Com base na Resolução CFM nº 1.488/1988, do Conselho Federal de Medicina, publicada no Diário Oficial, de 06 de março de 1990, Seção 1, página 150.

¹⁶ Dados obtidos em 11 out. 2016 no site <http://www.iamspe.sp.gov.br/index.php/noticias/469-aniversario-hospital-do-servidor>

2.3. A PGE em números

Em 25 de agosto de 2015, a Lei Complementar nº 1.270 estabeleceu a nova Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado, adequando sua estrutura, com o objetivo de acompanhar a modernização da Administração Estadual.

A Lei Complementar nº 478, de 18 de julho de 1986, que outrora organizava a PGE, já contava com inúmeras adaptações, portanto, uma remodelação em sua estrutura foi primordial no tocante ao atendimento dos interesses do Estado.

Em seu Capítulo I – Disposições Preliminares prevê:

Artigo 1º – Esta lei complementar reorganiza a Procuradoria Geral do Estado, define suas atribuições e as de seus órgãos e dispõe sobre o regime jurídico dos integrantes da carreira de Procurador do Estado.

Artigo 2º – A Procuradoria Geral do Estado é instituição de natureza permanente, essencial à administração da justiça e à Administração Pública Estadual, vinculada diretamente ao governador, responsável pela advocacia do Estado, sendo orientada pelos princípios da legalidade, da indisponibilidade do interesse público, da unidade e da eficiência.

Em observância ao bom desempenho funcional do quadro de servidores e procuradores que atualmente compõem a Procuradoria Geral do Estado, e segundo os dados coletados em 31 de dezembro de 2011, no Centro de Recursos Humanos da PGE, constatou-se que, da totalidade de 1.765 servidores, 575 estavam na faixa etária entre 50 e 60 anos distribuídos na capital, litoral e 12 regionais no interior. O grupo segue uma tendência mundial de aumento da população idosa próxima da terceira idade.

Considerando uma projeção dessa mesma população para o ano de 2013, haveria um aumento significativo de 698 servidores na faixa etária entre 50 e 60 anos. Em 2014, o quadro da Procuradoria Geral do Estado alcançou o número de 1.865 servidores, sendo 1.025 procuradores e 840 demais categorias; desses, 761 são do sexo masculino e 1.104, do sexo feminino.

Importante ressaltar que o servidor público desempenha papel de destaque na cadeia de serviços do Estado, agregando dessa maneira não apenas o valor produtivo, mas também o valor social, tendo em vista que cada servidor público é um representante do próprio Estado.

As licenças-saúde estão previstas no art. 3º da Lei Complementar nº 1.041/08 e podem ser requeridas nos casos em que ocorrerem faltas médicas previstas para o máximo de seis por ano, sendo uma por mês. Caso excedam por mais de um dia, é necessário requerer a licença-saúde. Obedecendo tal limite numérico são contadas, também, as referentes ao acompanhamento de pessoa da família, consulta médica, odontológica, sessão de psicologia e terapia ocupacional, fisioterapia, fonoaudiologia e exames ou sessão de tratamento de saúde.

3. PESQUISA COMPARATIVA: PRINCIPAIS CAUSAS DO ABSENTÉISMO NA ADMINISTRAÇÃO DIRETA E NA PGE/SP

Os dados a seguir apresentam os índices de absenteísmo na Administração Direta, organizados pela Secretaria de Gestão Pública, em junho de 2012, referentes aos 421.321 servidores públicos do Estado de São Paulo, entre os quais já se observava número expressivo de licença-saúde, com os seguintes fundamentos:

DETERMINANTES DO ABSENTÉISMO – ADMINISTRAÇÃO DIRETA (2006)
• Falta de motivação do profissional;
• Uso da doença como ferramenta para ausência ao serviço;
• Legislação permissiva;
• Inexistência de controles e de moderadores de autorização de ausências;
• Falta de padronização e utilização dos serviços de assistência médica;
• Não utilização de exames de admissão como ferramenta de gestão;
• Inexistência de exames periódicos;
• Inexistência de processos de gestão mais eficazes e eficientes;
• Centralização do processo médico pericial;
• Inexistência de articulação entre DPME, Iamspe e demais órgãos governamentais e não governamentais.

Fonte: UCRH – Secretaria de Gestão Pública, 2012.

No ano de 2012, os dados foram compilados, demonstrando como o problema de saúde do trabalhador afeta diretamente a qualidade de vida dos servidores:

Tabela 1 – Absenteísmo – Administração Direta – jun/2012

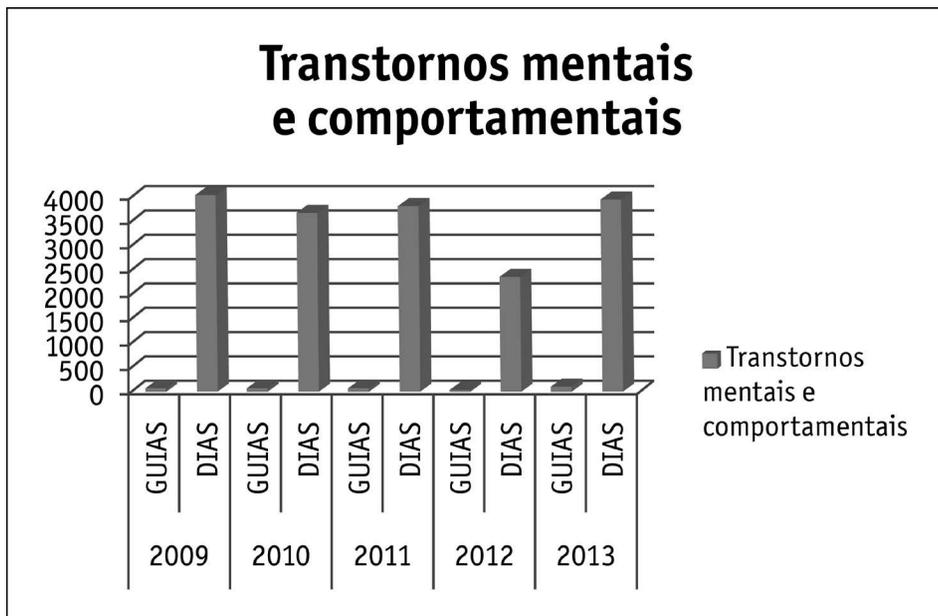
ABSENTEÍSMO – ADMINISTRAÇÃO DIRETA			
Junho/2012			
Total de servidores 421.321		Dias previstos 8.005.099	
Ocorrências	qq registro	Dias ausentes	Absenteísmo
Falta			
Médica	40.221	40.279	0,50%
Licenças	36.309	454.366	5,68%
Compulsória	1.243	4.704	0,06%
Tratamento saúde	34.036	440.263	5,50%
Acidente do trabalho	51	734	0,01%
Doença na família	979	8.665	0,11%
Total	76.530	494.645	6,18%

Fonte: UCRH – Secretaria de Gestão Pública, 2012.

3.1. Absenteísmo por transtornos mentais e comportamentais

A seguir (Gráfico 1) encontram-se os dados referentes ao absenteísmo por patologia e número de dias de licença-saúde, nos anos de 2009 a 2013, registrados entre os servidores pertencentes ao quadro da Procuradoria Geral do Estado.

Gráfico 1 – Absenteísmo: patologia por dias de licença-saúde –
2009-2013 – PGE/SP



Fonte: DPME, 2014.

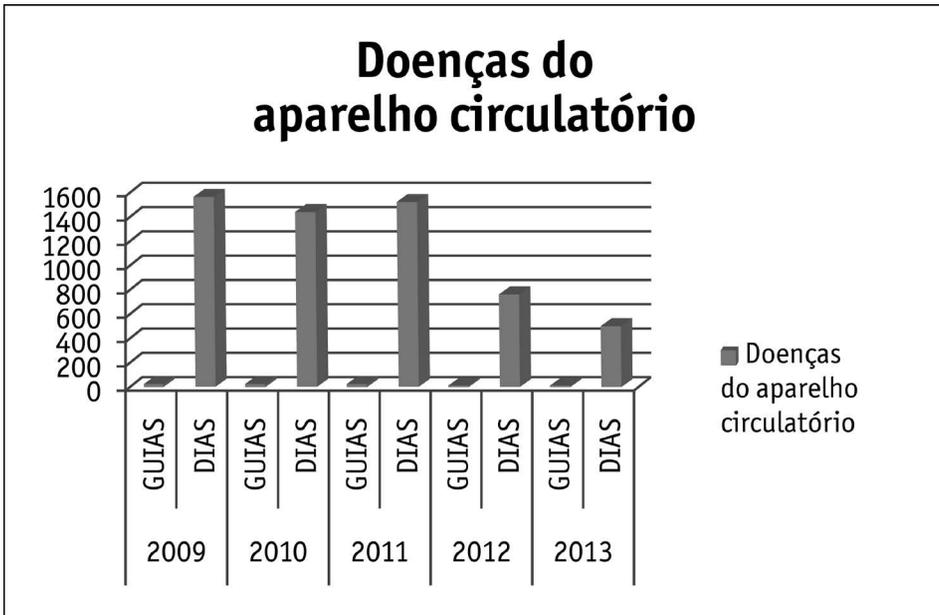
Segundo a OMS/ONU, os Transtornos Mentais e Comportamentais são caracterizados por alterações mórbidas do modo de pensar e/ou do humor (emoções), e/ou por alterações mórbidas do comportamento, associadas à angústia expressiva e/ou deterioração do funcionamento psíquico global. Os Transtornos Mentais e Comportamentais não constituem apenas variações dentro da escala do “normal”, sendo antes fenômenos claramente anormais ou patológicos.

O Gráfico 2 demonstra que no período de 2009 a 2013 o número de licenças por transtornos mentais se manteve entre 3.000 e 3.500 dias/ano, com pequena variação para o ano de 2012, cerca de 2.000 dias/ano.

3.2. Absenteísmo: doenças do aparelho circulatório

Por sua vez, as doenças do aparelho circulatório apareceram em 2º lugar no número de dias de absenteísmo por ano (Gráfico 2, abaixo), somando, em 2009, cerca de 1.400 dias de licenças, decaindo para 600 dias em 2012 e seguindo o ritmo de queda significativa de aproximadamente 400 dias de licenças-saúde a partir de 2013:

Gráfico 2 – Absenteísmo: doenças do aparelho circulatório
2009-2013 – PGE/SP



Fonte: DPME, 2014.

De acordo com o texto “*Trabalho e hipertensão arterial. A responsabilidade social das empresas: problemas, oportunidades e possíveis estratégias de intervenção*”, dos autores Nelson Robson Mendes de Souza¹⁷ e Nelson Albuquerque de Souza Silva¹⁸, as doenças relacionadas ao sistema cardiovascular são causas significativas de absenteísmo e aposentadorias precoces. O ambiente de trabalho configura um dos fatores mais

¹⁷ Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Clínica Médica, Setor Pesquisa Clínica, da Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

¹⁸ Professor Titular de Cardiologia do Departamento de Clínica Médica da Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

importantes para o surgimento do risco cardiovascular entre a Hipertensão Arterial Sistêmica (HAS), ocasionando uma situação complexa no ambiente de trabalho, onde a preservação da saúde do empregado, por vezes, não é tratada de forma humanista, não valorizando o trabalhador e não promovendo o controle da doença.

Para os dois autores, a HAS no trabalho está diretamente associada ao estresse psicossocial, hábitos e comportamentos criados ou estimulados no ambiente de trabalho, nível socioeconômico, renda, nível educacional e ao sistema de organização social dos trabalhadores.

3.3. Absenteísmo: Doenças do sistema osteomuscular e tecido conjuntivo

O gráfico a seguir demonstra que as doenças do sistema osteomuscular e tecido conjuntivo ocupam o 3º lugar em número de dias de absenteísmo entre os servidores da PGE. Sua incidência em 2009 foi de 1.400 dias de licenças, tendo uma queda aproximada em 200 dias no ano seguinte, elevando-se em 2011 e 2012 para 800 dias, aproximadamente. Em 2013, registrou-se novo declínio de 200 dias de licenças.

Gráfico 3 – Absenteísmo: Doenças do sistema osteomuscular e tecido conjuntivo – 2009-2013



Fonte: DPME, 2014.

A ocorrência de LER/DORT (Lesões por Esforço Repetitivo/Distúrbio Osteomuscular Relacionado ao Trabalho) de membros superiores, segundo estudos desenvolvidos nos Estados Unidos, teve um aumento significativo ao longo das últimas décadas, refletindo um fenômeno mundial.

Estudos realizados nos Estados Unidos apontam que quase 65% de todas as patologias registradas como ocupacionais são desse tipo. Nas empresas do setor privado dos EUA com mais de 11 (onze) empregados, a incidência estimada dessas patologias é de 10 por 10.000 homens horas trabalhadas/ano, podendo ser mais alta em alguns setores. Casos, por exemplo, dos trabalhadores nas indústrias dos quais são exigidos o uso de força e repetição, em linhas de produção em frigoríficos, em bancários, trabalhadores em videoterminals, caixas de supermercado, empacotadores, entre outros.

No Brasil, o aumento na incidência de LER/DORT pode ser observado nas estatísticas do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) de concessão de benefícios por doenças profissionais. Segundo os dados disponíveis, respondem por mais de 80% dos diagnósticos que resultaram em concessão de auxílio acidente e aposentadoria por invalidez pela Previdência Social, em 1998. O mesmo fenômeno pode ser observado na casuística atendida nos Serviços e Centros de Referência em Saúde do Trabalhador na rede pública de serviços de saúde.

A compreensão dos mecanismos fisiopatológicos das lesões por esforço repetido é importante para orientar as condutas terapêuticas a serem adotadas nos pacientes e os procedimentos de prevenção e vigilância da saúde dos trabalhadores expostos ao risco de adoecer.

Diante do fenômeno do aumento da frequência das LER/DORT, estudiosos têm tentado explicar sua gênese por intermédio de várias teorias. Serão apresentadas a seguir características de algumas delas. Apesar das dificuldades decorrentes da falta de um conhecimento sedimentado sobre o tema, parece estar se formando o consenso de que essas patologias resultam do entrelaçamento de três conjuntos de fatores envolvidos na dor musculoesquelética:

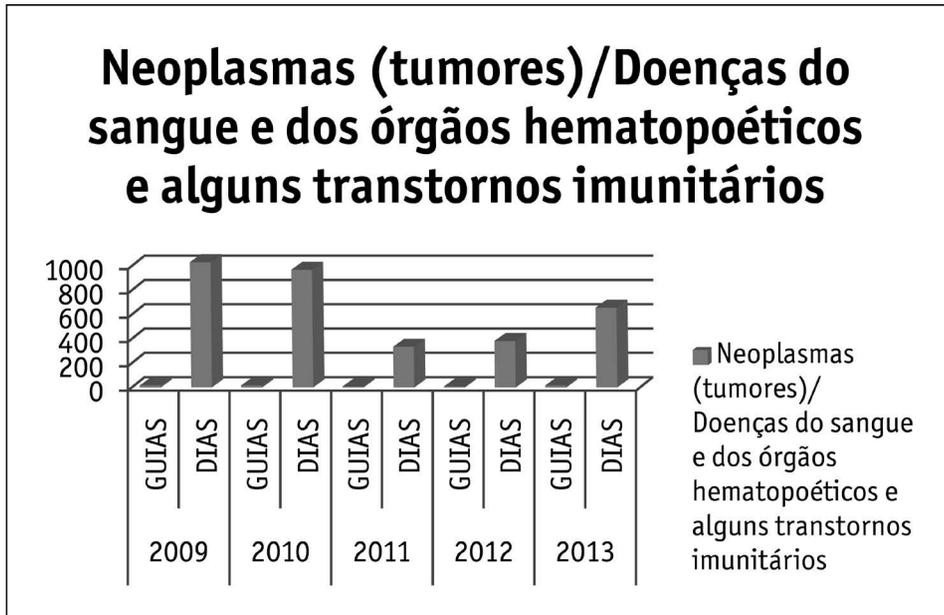
- fatores biomecânicos presentes na atividade;
- fatores psicossociais e relacionados à organização do trabalho; e
- fatores ligados à psicodinâmica do trabalho ou os “desequilíbrios” psíquicos, gerados em certas situações especiais de trabalho na gênese do processo de adoecimento.¹⁹

¹⁹ INSS – Doenças Relacionadas ao Trabalho – Manual de Procedimento para os Serviços de Saúde, capítulo 18, p 426.

3.4. Absenteísmo por doenças do sangue, neoplasmas e outros transtornos imunitários

O 4º e último quadro objeto de análise do presente trabalho é de Neoplasmas (Gráfico 4, abaixo). Sua incidência vai de aproximadamente 1.000 dias de absenteísmo em 2009 a 300 dias em 2011.

Gráfico 4 – Absenteísmo: neoplasmas – 2009-2013



Fonte: DPME, 2014.

À proliferação anormal de células dá-se o nome de neoplasia. Nesse quadro médico, o crescimento das células acontece de forma excessiva e desordenada em relação aos tecidos normais. A consequência da neoplasia é a formação de um nódulo ou tumor conhecido como neoplasma. As neoplasias podem ser classificadas como benignas, pré-malignas ou malignas. Para a medicina moderna o termo “neoplasma” é sinônimo de “tumor”, a formação de um caroço. Esse termo já teve outros sentidos, pois algumas neoplasias não acarretam o surgimento de caroço.

Em geral, os tumores surgem quando as células se subdividem excessivamente no corpo. Em condições normais, a divisão celular é rigorosamente controlada. As novas células são geradas para substituir as células antigas ou para realizar novas funções. As células danificadas ou desnecessárias morrem para ceder espaço às células substitutas saudáveis.

Quando o equilíbrio entre a divisão celular e a morte das células é alterado, pode se formar um tumor. Problemas no sistema imunológico do organismo também podem levar a tumores. O tabaco causa mais óbitos por câncer do que qualquer outra substância ambiental. Outras causas incluem:

- Benzeno e outras substâncias químicas e toxinas;
- Ingestão abusiva de bebidas alcoólicas;
- Toxinas do ambiente, como certos cogumelos venenosos e um tipo de veneno que pode se originar de alimentos, como amendoim e milho (aflatoxinas);
- Exposição excessiva ao sol;
- Problemas genéticos;
- Obesidade;
- Radiação;
- Vírus.

4. PROPOSTA: CRIAÇÃO DO CENTRO DE QUALIDADE DE VIDA DA PGE/SP

Visando efetivar a garantia do direito à saúde e do trabalho digno, com base em dados empíricos apresentados, o presente estudo conclui ser necessária a criação de um *Centro de Qualidade de Vida da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, em conformidade aos termos do Decreto n.º 52.833, de 24 de março de 2008, que dispõe sobre os órgãos do Sistema de Administração de Pessoal:

Seção V – Do Desenvolvimento e da Capacitação de Recursos Humanos

Artigo 9º – Os órgãos setoriais, em relação ao desenvolvimento e capacitação de recursos humanos, nos respectivos âmbitos de atuação, têm as seguintes atribuições:

I – providenciar a realização de estudos e pesquisas para:

b) implementação de programas de qualidade de vida dos servidores;

III – programar atividades objetivando:

b) a qualidade de vida dos servidores, em parceria com outros órgãos e entidades da Administração;

XI – colaborar com o órgão central do sistema no desempenho de suas atribuições, em especial, na realização de estudos para subsidiar as políticas de desenvolvimento, capacitação e qualidade de vida dos recursos humanos.”(grifo nosso)

Propõe-se, portanto, no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, a formulação de Decreto para criação de Centro de QVT – Qualidade de Vida no Trabalho, com ações coordenadas e pontuais, direcionadas aos servidores públicos e que agreguem qualidade de vida, promoção de saúde e prevenção de agravos relacionados ao trabalho, objetivando o aumento da produtividade e diminuição do absenteísmo causado por licenças e afastamentos, como o modelo que se segue no anexo I.

5. CONCLUSÃO

Com essa breve consolidação de dados, o presente trabalho busca incentivar a reflexão sobre a necessidade de se criar políticas públicas concretas, direcionadas a proteger os servidores públicos que compõem a PGE/SP, agregando ao dia a dia qualidade de vida, promoção de saúde e prevenção de agravos relacionados ao trabalho. Em recompensa, ter-se-á o aumento da produtividade e diminuição do absenteísmo causado por licenças e afastamentos, proporcionando um ambiente de trabalho mais eficaz e feliz. Segue assim, no Anexo I, uma proposta inicial de um decreto para a criação do Centro de QVT/PGE – Qualidade de Vida no Trabalho da Procuradoria Geral do Estado.

ANEXO I

Proposta de um decreto que regule o Centro de QVT – Qualidade de Vida no Trabalho – Decreto nº xxx

Artigo 1º – O Centro de Qualidade de Vida da Procuradoria Geral do Estado, visando à implementação de ações, que melhorem as condições de saúde e de segurança no trabalho de seus servidores.

Artigo 2º – O Centro de Qualidade de Vida da Procuradoria Geral do Estado – Sede, tem as seguintes atribuições:

I – propor e implementar programas e campanhas educativas com o objetivo de incentivar e promover a qualidade de vida, a saúde e a segurança no ambiente de trabalho e PPAs – Programas de Preparação para Aposentadoria, dos servidores da Pasta;

II – desenvolver programas especialmente voltados aos servidores, observadas as demandas encaminhadas pelas unidades regionais;

III – promover articulações com instituições, públicas ou privadas, objetivando a implementação de ações em qualidade de vida e saúde dos servidores;

IV – interagir com outras áreas de conhecimento que desenvolvam ações de saúde dirigidas aos servidores ou que produzam informações sobre esse tema;

V – agir de forma integrada com o Departamento de Perícias Médicas do Estado – DPME, promovendo, sempre que necessário, atendimento e acompanhamento dos servidores cujas licenças para tratamento de saúde sejam consideradas excessivamente longas;

VI – propor ações de vigilância epidemiológica da saúde dos servidores;

VII – orientar a implementação de melhorias no ambiente e nas condições laborais, visando a reduzir o adoecimento e intensificar a promoção à saúde;

VIII – prestar orientação técnica aos coordenadores das Unidades Regionais, que estejam atuando na área de qualidade de vida e saúde do servidor;

IX – organizar e/ou participar de palestras, seminários, simpósios, congressos e outros eventos, para discussão de temas relacionados à área de atuação do Grupo;

X – coletar, avaliar e analisar dados que sirvam de subsídio para o aprimoramento da qualidade de vida e saúde dos servidores;

XI – estabelecer intercâmbio com instituições que possam contribuir para o desenvolvimento sistemático de atividades de lazer voltadas aos servidores;

XII – promover em conjunto com o Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado:

a) cursos para a atualização dos coordenadores regionais e servidores que atuam na área de qualidade de vida e saúde dos servidores;

b) cursos de capacitação para membros das Comissões Internas de Prevenção de Acidentes – CIPAs;

XIII – viabilizar a integração e a troca de experiências entre as CIPAs, bem como promover a divulgação dos resultados por elas alcançados.

Artigo 3º – Os Centros de Qualidade de Vida das Procuradorias Regionais atuarão nos seguintes polos:

a) Centro Regional de Qualidade de Vida e Saúde do Servidor da Região do Vale do Paraíba e Litoral – Polo Procuradoria Regional de Santos;

b) Centro Regional de Qualidade de Vida e Saúde do Servidor da Região Central do Estado – Polo Procuradoria Regional de Campinas;

c) Centro Regional de Qualidade de Vida e Saúde do Servidor da Região Noroeste do Estado – Polo Procuradoria Regional de São José do Rio Preto;

d) Centro Regional de Qualidade de Vida e Saúde do Servidor da Região Oeste do Estado – Polo Procuradoria Regional de São Carlos; tendo, em suas respectivas áreas de atuação, as seguintes atribuições:

I – receber as demandas e propor as medidas necessárias ao desenvolvimento de programas voltados aos servidores, com o propósito de aprimorar suas condições de saúde, qualidade de vida e segurança no ambiente de trabalho;

II – disponibilizar aos servidores, sempre que necessário, os atendimentos sociais, psicológicos, nutricionais, de enfermagem, psiquiátricos, de medicina e segurança do trabalho e de terapia ocupacional;

III – promover:

a) parcerias com hospitais e clínicas para atendimento e acolhimento dos servidores com demanda de serviços especializados;

b) intercâmbio com instituições, objetivando o desenvolvimento de atividades voltadas às ações de saúde, qualidade de vida e segurança no ambiente do trabalho;

IV – colaborar:

a) na produção e execução, no âmbito das Procuradorias regionais, de atividades, trabalhos e projetos relacionados à área de atuação do Centro;

b) para o desenvolvimento de programas e de campanhas educativas na área de segurança do trabalho;

V – coordenar grupos multidisciplinares, em especial aqueles constituídos para a realização de anamneses visando ao encaminhamento de servidores ao Instituto de Assistência Médica do Servidor Público Estadual – Iamspe, CEAMAS, ou a unidades do Sistema Único de Saúde – SUS;

VI – acompanhar, orientar e coordenar:

a) o processo eleitoral para definição dos integrantes das Comissões Internas de Prevenção de Acidentes – CIPAs;

b) a organização da Semana Interna de Prevenção de Acidentes do Trabalho – SIPAT;

VII – prestar as orientações necessárias aos membros das CIPAs durante seus mandatos;

VIII – avaliar os relatórios emitidos pelos integrantes das CIPAs, encaminhando-os para o Centro de Qualidade de Vida da Procuradoria Geral do Estado

Artigo 4º – O Centro de Qualidade de Vida da Procuradoria Geral do Estado tem a seguinte estrutura:

I – Diretoria

II – Núcleo Técnico

III – Seção de expediente

IV – Chefe I – 12 Coordenadorias Regionais

Artigo 5º – Compete ao Diretor do Centro de Qualidade de Vida:

I – em relação às atividades gerais:

a) contribuir para o desenvolvimento integrado dos trabalhos;

b) corresponder-se diretamente com autoridades administrativas do mesmo nível;

c) determinar o arquivamento de processos e papéis em que inexistam providências a tomar, ou cujos pedidos careçam de fundamento legal;

d) manter seu superior imediato permanentemente informado sobre o andamento das atividades da unidade;

e) avaliar o desempenho dos subordinados e responder pelos resultados alcançados, bem como pela adequação dos custos dos trabalhos executados;

f) adotar ou sugerir, conforme o caso, medidas objetivando:

1. o aprimoramento de sua área;

2. a simplificação dos procedimentos e a agilização do processo decisório, relativamente a assuntos que tramitem pela unidade;

g) encaminhar papéis à unidade competente, para atuar e protocolar;

- h) apresentar relatórios sobre os serviços executados pela unidade;
- i) praticar todo e qualquer ato ou exercer quaisquer das atribuições ou competências dos servidores subordinados;
- j) avocar, de modo geral ou em casos especiais, as atribuições ou competências dos servidores subordinados;
- l) estimular o desenvolvimento profissional dos servidores subordinados;
- m) fiscalizar e avaliar os serviços prestados por terceiros;
- n) encaminhar à autoridade superior o programa de trabalho e as alterações que se fizerem necessárias;
- o) elaborar ou participar da elaboração do programa de trabalho;
- p) cumprir e fazer cumprir as leis, os decretos, os regulamentos, as decisões, os prazos para desenvolvimento dos trabalhos e as ordens das autoridades superiores;
- q) transmitir aos seus subordinados as diretrizes a serem adotadas no desenvolvimento dos trabalhos;
- r) dirimir ou providenciar as soluções de dúvidas ou divergências que surgirem em matéria de serviço;
- s) manter a regularidade dos serviços, expedindo as necessárias determinações ou representando às autoridades superiores, conforme o caso;
- t) manter ambiente propício ao desenvolvimento dos trabalhos;
- u) providenciar as instruções de processos e expedientes que devam ser submetidos à consideração superior, manifestando-se conclusivamente a respeito da matéria;
- v) indicar seu substituto, obedecidos aos requisitos de qualificação inerentes ao cargo, função-atividade ou função de serviço público;
- x) dar ciência imediata ao superior hierárquico das irregularidades administrativas de maior gravidade, mencionando as providências tomadas e propondo as que não lhe são afetas;

II – em relação ao Sistema de Administração de Pessoal, exercer as competências previstas nos artigos 30, 34 e 35 do Decreto nº 42.815, de 19 de janeiro de 1998;

III – em relação à administração de material e patrimônio:

- a) requisitar material permanente ou de consumo;
- b) zelar pelo uso adequado e conservação dos equipamentos e materiais.

Artigo 6º – Para fins de atribuição do “pro labore” de que trata o artigo 28 da Lei nº 10.168, de 10 de julho de 1968, fica classificada 1 (uma) função de serviço público de Diretor Técnico, destinada ao Centro de Saúde do Servidor de que trata este decreto.

§ 1º – Será exigido do servidor designado para a função retribuída mediante “pro labore”, de que trata este artigo, diploma de nível superior ou habilitação legal correspondente, experiência de, no mínimo, 3 (três) anos de atuação profissional ou

na área da unidade que irá dirigir e, ainda, declaração de que não exerce função de direção, gerência ou administração em entidade que mantenha contrato ou convênio com o Sistema Único de Saúde – SUS, ou seja, por este credenciada.

§ 2º – Ficam dispensados, para efeito deste decreto, os procedimentos definidos pelo Decreto nº 20.940, de 1º de junho de 1983, tendo em vista o disposto no parágrafo único do artigo 1º deste decreto e no “caput” deste artigo.

Artigo 7º – O Centro de Qualidade de Vida da Procuradoria Geral do Estado tem, por meio do seu Núcleo Técnico, as seguintes atribuições:

I – receber as demandas e propor medidas para o desenvolvimento de programas voltados para a saúde do servidor;

II – coordenar grupos multiprofissionais especializados na realização de anamnese (roteiro de entrevistas), visando ao encaminhamento do servidor da Secretaria às unidades, da capital e do interior, do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual – Iamspe e do Sistema Único de Saúde – SUS, para tratamento adequado;

III – captar, previamente e em conjunto com grupos especializados, vagas e parcerias em universidades, clínicas escolares e hospitais, para triagem dos servidores necessitados de tratamento;

IV – agir de forma integrada com o Departamento de Perícias Médicas do Estado, no caso de licenças médicas excessivamente longas;

V – desenvolver, no âmbito da Secretaria, campanhas educativas e programas sobre segurança do trabalho;

VI – coordenar e acompanhar a implantação, nas unidades da Secretaria, da respectiva Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – CIPA;

VII – coordenar, acompanhar e orientar todo o processo eleitoral dos representantes dos servidores, bem como dos demais integrantes das CIPAs;

VIII – prestar toda orientação técnica necessária aos membros das CIPAs, no desenvolvimento de seus mandatos;

IX – organizar e promover, o curso de capacitação aos membros das CIPAs;

X – receber, analisar e sistematizar os relatórios emitidos pelos membros das CIPAs, encaminhando propostas gerais às instâncias superiores da Secretaria;

XI – colaborar na organização da Semana Interna de Prevenção de Acidentes do Trabalho – SIPAT;

XII – divulgar os principais resultados alcançados pelas CIPAs e promover a integração e a troca de experiências entre as mesmas;

XIII – colaborar com as outras unidades na elaboração de projetos, atividades e trabalhos;

XIV – prestar informações relativas à sua área de atuação, desde que conte com autorização superior;

XV – elaborar relatórios mensais de atividades, com dados qualitativos e quantitativos, referentes à sua área;

XVI – coordenar, orientar e controlar o trabalho dos estagiários e voluntários.

Artigo 8º – A sessão de expediente tem as seguintes atribuições:

I – receber, registrar, distribuir e expedir papéis e processos;

II – preparar o expediente da unidade;

III – manter registros sobre a frequência e as férias dos servidores;

IV – prever, requisitar e guardar o material de consumo;

V – manter registro do material permanente e comunicar à unidade competente a sua movimentação;

VI – desenvolver outras atividades características de apoio administrativo.

Artigo 9º – As ações relacionadas no artigo 2º deste decreto serão desenvolvidas, de início, na sede e nas unidades da Procuradoria situadas na capital, alcançando posteriormente as demais Procuradorias Regionais do Estado, visando a atingir prioritariamente aquelas que apresentam maior número de servidores lotados e conforme cronograma e diretrizes aprovados pelo Procurador Geral do Estado.

Parágrafo único – O Centro de Qualidade de Vida da Procuradoria Geral do Estado tem nível de Serviço Técnico e conta com um Núcleo de Apoio Administrativo, que não se caracteriza como unidade administrativa.

Artigo 10 – Para a execução do Programa instituído por este decreto, a Procuradoria Geral do Estado, representando o Estado:

I – celebrará convênio com o Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual – Iamspe, cabendo a este:

a) coordenar e definir os fluxos de encaminhamento para sua rede, efetuando o respectivo monitoramento;

b) avaliar a implantação das ações e o cumprimento das metas correspondentes;

c) prestar assessoria técnica em engenharia e segurança do trabalho;

II – poderá celebrar convênios com outras entidades que atuam na área da saúde.

Parágrafo único – A celebração dos ajustes de que trata este artigo requererá autorização governamental específica, devendo a instrução dos processos observar o disposto nos Decretos nº 40.722, de 20 de março de 1996, e nº 52.479, de 14 de dezembro de 2007.

Artigo 11 – Este decreto entra em vigor na data de sua publicação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERREIRA, Januário Justino (coord. geral); PENIDO, Lais de Oliveira (coord. científica). *Saúde mental no trabalho*. Coletânea do Fórum de Saúde e Segurança no Trabalho do Estado de Goiás. Goiânia: Cir Gráfica, 2013.

DEJOURS, Christophe. *A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Cortez, Oboré, 1992.

_____, Christophe. *Subjetividade, trabalho e ação*. Revista Produção, v. 14, nº 3, set./dez. São Paulo: Cortez, 2004.

_____, Christophe. Psicopatologia e trabalho. *Addendum: da psicopatologia à psicodinâmica do trabalho*. In: LANCMAN, Selma; SZNELWAR, Laert I. (Orgs.). *Christophe Dejourns: da psicopatologia à psicodinâmica do trabalho*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, Brasília, DF: p. 47-104, 2004.

TEIXEIRA, Hélio Janny; BASSOTTI, Ivani Maria; SANTOS, Thiago Souza (Orgs.). *Mérito, desempenho e resultados: ensaios sobre gestão de pessoas para o setor público*. 1. ed. São Paulo: FIA/USP, 2014.

QUALIDADE NA EDUCAÇÃO: IMPRESCINDÍVEL À REDUÇÃO DA DESIGUALDADE E AO DESENVOLVIMENTO

Quality in education: imperative to the reduction of inequality and development

Camila Rocha Schwenck¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Direito Fundamental à Educação. 3. Políticas Públicas no Estado Democrático de Direito. 4. Desenvolvimento e Educação. 5. Educação e Desigualdade. 6. Padrão de Qualidade na Educação. 7. A Política Pública “Programa de Ensino Integral”. 8. Considerações Finais. Referências bibliográficas.

RESUMO

A educação é direito fundamental que garante aos indivíduos o acesso igualitário às condições mínimas para uma vida digna, sendo essencial ao desenvolvimento do país e à redução das desigualdades sociais. A classificação do Brasil no Índice de Desenvolvimento Humano é rebaixada em razão da reduzida escolaridade da população. Os maiores desafios da educação no Brasil são, atualmente, as altas taxas de repetência e evasão escolar, que possuem relação com a baixa qualidade do ensino. O referencial nacional da qualidade de ensino (Índice de Desenvolvimento da Educação Básica) é calculado a partir do desempenho dos alunos em provas de âmbito nacional e na quantidade de alunos que segue o fluxo educacional. Não leva em consideração outras dimensões importantes para a qualidade no ensino, como o corpo de profissionais da educação e as condições materiais das escolas, a proposta pedagógica e os processos de gestão escolar. No presente estudo, essas dimensões são analisadas em sua relação com o incremento da qualidade no sistema educacional. É examinada a política pública “Programa de Ensino Integral”, que tem por objetivo elevar o nível da qualidade do ensino público por meio da ampliação da jornada escolar e implantação de alterações naqueles aspectos considerados relevantes para a diminuição da reprovação e da evasão escolar, bem como à melhoria nos índices de desempenho, garantindo a efetividade do direito à educação.

Palavras-chaves: Direito à educação. Qualidade. Desigualdade. Desenvolvimento.

SUMMARY

Education is a fundamental right that guarantees individuals equal access to the minimum conditions for a decent life, being essential to the development of the country and the reduction of social inequalities. Brazil's ranking on the Human Development Index is downgraded because of the population's low level of education. The major challenges of education in Brazil are currently the high rates of grade repetition and dropout, which are related to the poor quality of education. The national benchmark for educational quality (Basic Education Development Index) is calculated from the performance of students in national tests and the number of students who follow the educational flow. It does not take into account other dimensions that are important to quality in education, such as the teaching workforce and the material conditions of schools, the pedagogical

¹ Qualificação: Procuradora do Estado de São Paulo. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Público e em Direitos Humanos pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

proposal and school management processes. In this study, these dimensions are analysed in their relation with the increase of quality in the educational system. The public policy “Full-time Education Program” is examined, which aims to raise the quality of public education by extending the school day and implementing changes in those aspects considered relevant for the reduction of grade repetition and dropout, as well as to improve performance rates, ensuring the effectiveness of the right to education.

Keywords: Right to education. Quality. Inequality. Development.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo, uma reflexão sobre a relação entre o direito fundamental à educação, as políticas públicas e o desenvolvimento nacional, teve origem em clínicas realizadas no Curso de Especialização *lato sensu* em Direitos Fundamentais e Políticas Públicas da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, na qual foi examinada a política pública “Programa de Ensino Integral”, criada pela Lei Complementar Estadual nº 1.164, de 4 de janeiro de 2012.

O Brasil, por expressa disposição constitucional, é um Estado Democrático de Direito que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), devendo promover o desenvolvimento nacional necessário ao alcance dela (art. 3º, II).

O direito à educação tem papel fundamental nesse cenário, não somente por tratar-se de direito social, previsto no artigo 6º da Constituição Federal como obrigação do Estado e direito dos cidadãos, mas também por ser elemento necessário ao desenvolvimento social e econômico.

A sociedade brasileira tem avançado na implantação do direito à educação, com a universalização do ensino fundamental, porém, ainda existem grandes desafios no tocante à qualidade do ensino e à quantidade de anos de escolaridade da população, o que inclui a frequência ao ensino médio.

No presente trabalho será examinado em que medida a política pública “Programa de Ensino Integral”, do Estado de São Paulo, que tem por objetivo elevar o nível da qualidade e a abrangência do ensino público, notadamente o ensino médio, é útil ao desenvolvimento nacional, à redução da pobreza e das desigualdades, enfim, ao alcance da dignidade da pessoa humana e ao Estado Democrático de Direito.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

A evolução do reconhecimento dos direitos humanos ao longo da história culminou com a previsão expressa deles em textos constitucionais, a partir da idade moderna. Denominados direitos fundamentais, limitam o exercício do poder estatal frente aos cidadãos.

No início, a democracia significava apenas a limitação dos poderes dos governantes, com a afirmação dos direitos individuais e a separação das funções estatais. Mas, com o transcorrer do tempo, a garantia da igualdade de todos perante a lei (direito fundamental individual) demonstrou ser inócua para a maioria da população.

Surgiu então o reconhecimento dos direitos sociais como direitos humanos, para garantir a dignidade das pessoas. O Estado Social de Direito passou a ter a obrigação de intervir diretamente na sociedade, implementando os direitos sociais. Por meio de tais direitos, como educação, saúde, moradia, os indivíduos têm acesso à igualdade de oportunidades na garantia de condições mínimas para uma vida digna. O Direito Constitucional transformou-se para incluir valores e princípios baseados na dignidade humana.

Nessa esteira, a Constituição Brasileira de 1988 impõe tanto limites à atuação estatal como atuações positivas por parte do Estado para garantia das necessidades vitais básicas de uma existência digna.

A existência de direitos fundamentais é pacífica nos atuais Estados Democráticos de Direito, mas a efetiva concretização deles é algo ainda incipiente, constituindo um grande desafio para as sociedades, notadamente quanto aos direitos sociais, que dependem da atuação do Estado para sua implementação e que significam a participação de todos na riqueza coletiva.

Por exigirem prestações positivas do Estado, por meio da implementação de políticas públicas, os direitos sociais possuem custos muitas vezes elevados.

A Constituição Federal elenca a educação como direito social (art. 6^º), no título que abrange os direitos fundamentais. Estabelece ser um “direito de todos e dever do Estado” (art. 205), sendo “direito público subjetivo” o acesso ao ensino obrigatório e gratuito dos quatro aos dezessete anos (art. 208, §1^º).

O texto constitucional está em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, que prevê o direito à instrução para todo ser humano, deixando claro que “A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais” (art. 26).

Além de constituir um direito em si, a educação viabiliza a consolidação de outros direitos por ser pré-requisito para a conquista deles, como o exercício da liberdade de expressão, do acesso à informação para o gozo de direitos civis, políticos, sociais e econômicos, para compreensão e participação nos problemas da comunidade e do país, formando a própria estrutura da democracia².

² BITTAR, Carla Bianca. *Educação e Direitos Humanos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 17-29 e 81.

Em razão da indivisibilidade dos direitos humanos, há inter-relação e mútua dependência entre o direito à educação e os direitos à saúde, moradia, lazer, segurança pública, trabalho, que influenciam no cotidiano escolar.

A educação tem papel fundamental no desenvolvimento nacional, na construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3^o), no desenvolvimento da pessoa e no seu preparo para o exercício dos demais direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais (art. 205). É direito que acarreta não só o desenvolvimento social e econômico do país como também a maior equidade na participação da riqueza coletiva, diminuindo a desigualdade social.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Constitui grande desafio dos Estados, na atualidade, a atuação da Administração Pública de modo democrático, com participação popular, por meio de uma eficiente gestão pública que garanta aos cidadãos a efetiva observância dos direitos fundamentais. Cada vez mais, a sociedade tem cobrado tanto maior participação nas decisões públicas como também maior eficiência no exercício das funções do Estado, com destaque para a prestação dos serviços públicos.

O Estado democrático tem como função a busca do bem comum. Reconhecida a existência de um problema social, o Estado precisa agir de forma coordenada para solucioná-lo por meio de políticas públicas.

Conforme Maria Paula Dallari Bucci³, “Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

Com a inclusão do problema na agenda política, devem ser identificados os objetivos pretendidos, há a formulação de alternativas de estratégias de atuação, a tomada de decisão e a implementação da política pública (alocação de recursos e atores, estruturas e procedimentos), bem como a avaliação dela.

Quanto maior for a participação social, maior é a probabilidade de ser alcançada a solução do problema. A qualidade de uma democracia depende do Estado possuir mecanismos que permitam a inserção das preferências da sociedade nas decisões políticas para que as aspirações sociais sejam realizadas.

Com o objetivo da Administração Pública conseguir melhorar a efetiva proteção dos direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais, tem sido implementado novo modelo de administração consensual e de resultados.

³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. 1. ed. 2. tiragem, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241, 244/247, 249, 253, 259 e 260.

No Brasil essas reformas ganharam corpo a partir de 1995 com a chamada Reforma do Estado (Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado), que visava transformar a administração pública burocrática (caracterizada por procedimentos formais) em administração gerencial, eficiente, prestadora de serviços com qualidade, apurados em controles de resultados, voltada para o cidadão e a satisfação de suas necessidades, com a participação da sociedade.

A Emenda Constitucional nº 19, publicada aos 4 de junho de 1998, introduziu no sistema jurídico brasileiro várias alterações em consonância com os ideais da Reforma, como a inclusão da eficiência no rol dos princípios que devem ser observados pela Administração Pública (*caput* do art. 37) e a previsão de disciplina, por meio de lei, das formas de participação dos usuários na Administração Pública (§3º do art. 37).

A alteração da forma de gestão do Estado, que busca a colaboração e a interação com a sociedade (consensualidade), acarreta o exercício do poder de forma transparente e aberta, o que legitima a atuação estatal em uma sociedade cada vez mais complexa.

A legitimação do Estado Democrático de Direito depende da capacidade do Estado de satisfazer os interesses dos representados, da concretização das prestações relativas aos direitos humanos, o que pressupõe a eficiência do Estado no cumprimento do ordenamento normativo.

Há necessidade de criação de estruturas e processos que sejam eficientes na utilização dos recursos públicos (limitados em razão de serem obtidos mediante tributação da sociedade) para a obtenção dos benefícios desejados.

É importante que existam mecanismos de controle da atuação e do desempenho dos agentes, com transparência, prestação de contas e maior participação popular, além da responsabilização deles por seus atos e omissões.

Com isso, fica evidente a importância de serem aperfeiçoados o planejamento, a execução e o controle das políticas públicas.

No âmbito da educação, a sociedade brasileira tem evoluído para a consciência da importância da educação escolar e a indignação com a má qualidade do sistema educacional, notadamente do ensino público. Esse novo ambiente institucional cobra dos administradores públicos e dos profissionais da educação maior eficiência na gestão das políticas públicas, com obtenção de resultados concretos nos sistemas de avaliação. Ao mesmo tempo, surgem movimentos e iniciativas de contribuição de setores da sociedade para a melhoria da qualidade do ensino público, possibilitando o estabelecimento de parcerias entre o Estado e os atores sociais, nas quais são compartilhados recursos materiais (financeiros e humanos) e conhecimentos, em prol dos alunos.

É por meio das políticas públicas prestacionais que os direitos sociais são efetivados, sendo elas responsáveis pela ampliação deles⁴. A implantação de tais direitos é realizada por meio de caminhada progressiva que depende do ambiente social, do grau de riqueza da sociedade, da alocação de recursos e da eficiência do Estado.

4. DESENVOLVIMENTO E EDUCAÇÃO

No Estado Social de Direito a política pública não é simplesmente forma de intervenção do Estado na sociedade, mas coordenação das ações estatais e privadas por meio de diretrizes tanto para ações de indivíduos e organizações como do próprio Estado. Maior será a efetividade da política pública se houver articulação entre os agentes envolvidos em prol de um objeto.

Daí a importância do planejamento para o desenvolvimento nacional, tanto que o artigo 174 da Constituição Federal estabelece a obrigatoriedade da função de planejamento para o Estado. Com efeito, o desenvolvimento social e econômico, que busque a eliminação das desigualdades, depende de uma atuação planejada.

João Augusto Ribeiro Nardes⁵ adota como conceito de desenvolvimento a conjugação de crescimento econômico e melhoria da qualidade de vida das pessoas.

Para que ocorra incremento na qualidade de vida da população é necessária fonte de riqueza que a financie, o crescimento econômico.

A riqueza de uma nação é representada pelo Produto Interno Bruto (PIB), o valor dos bens e serviços produzidos no país pelos setores da indústria, agropecuária e serviços.

O desenvolvimento econômico de um país é melhor mensurado pelo PIB *per capita*, que considera o tamanho da população que produziu aquela quantidade de bens e serviços.

Os principais desafios ao desenvolvimento brasileiro, para aquele autor, são: manter a estabilidade macroeconômica; racionalizar os gastos públicos; aprimorar as políticas de educação, pesquisa e inovação tecnológica; otimizar a infraestrutura; e promover a inclusão social e regional.

A necessidade de formar profissionais para o desenvolvimento científico e tecnológico do país depende da existência de laboratórios de ciências nas escolas de ensino fundamental e médio, para que os alunos aprendam e decidam cursar a educação superior nessas áreas.

⁴ COELHO, Tiago Lopes. A eficácia dos direitos fundamentais pelo controle judicial de políticas públicas: entre a autocontenção judicial e a necessária consideração da macrojustiça. In: PINTO, Élida Graziane; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre (Orgs.). *Judicialização, orçamento público e democratização do controle de políticas públicas*. Belo Horizonte: O Lutador, 2010, p. 68.

⁵ NARDES, João Augusto Ribeiro; ALTOUNAIAN, Cláudio Sarian; VIEIRA, Luis Afonso Gomes. *Governança pública: o desafio do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 35, 65, 158, 190.

Mas o desenvolvimento não depende apenas do crescimento econômico, sendo necessária também a melhoria da qualidade de vida da população, mediante implantação de políticas públicas aferidas por indicadores sociais que medem, por exemplo, a expectativa de vida ao nascer, o acesso à água potável e ao saneamento básico, o número de médicos e leitos hospitalares por habitante, a taxa de alfabetização, a quantidade média de anos na escola.

O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), indicador de desenvolvimento social do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), é obtido mediante a conjugação de três critérios: escolaridade, expectativa de vida e renda nacional bruta *per capita*.

A nota do Brasil em 2012 era 0,73, ou seja, ocupava o 85º lugar, principalmente em razão da média de anos de escolaridade, já que considerando apenas a renda *per capita* o Brasil estaria em 63º lugar⁶.

A educação é causa de desenvolvimento social e econômico. Países com melhor capital humano (população mais educada e saudável) são normalmente mais ricos. O Brasil não possui maior desenvolvimento econômico em razão do atraso no capital humano: o número de anos de estudo e a qualidade do ensino são baixos⁷.

O Programa Internacional de Avaliação de Estudantes – Pisa é desenvolvido pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE para a avaliação de estudantes nas áreas de leitura, matemática e ciência. O Brasil, que participa como país convidado, tem resultados inferiores aos de países que possuem renda *per capita* menor, como Turquia e Sérvia⁸.

A relação intrínseca entre desenvolvimento e educação é exposta por Carlos Eduardo Gonçalves e Bernardo Guimarães⁹ ao definirem o papel do governo no desenvolvimento econômico: prover bom arcabouço institucional, investir em infraestrutura básica e cuidar da formação do capital humano (educação e saúde).

Com efeito, se a riqueza de uma nação depende do valor dos bens e serviços produzidos no setor agrícola, industrial e de serviços, está diretamente relacionada com a produtividade deles, sendo motivos de crescimento econômico o conhecimento e a inovação tecnológica. A capacidade de produção depende da

⁶ NARDES, João Augusto Ribeiro; ALTOUNAIAN, Cláudio Sarian; VIEIRA, Luis Afonso Gomes. *Governança pública: o desafio do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 43.

⁷ GONÇALVES, Carlos Eduardo S.; GUIMARÃES, Bernardo. *Economia sem Truques: o mundo a partir das escolhas de cada um*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 134, 137.

⁸ OLIVEIRA, Marcelo Lima; PESSOA, Hugo Costa. Avaliação da qualidade na educação básica. In: ABMP Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude e TPE Todos pela Educação (Orgs.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 625.

⁹ GUIMARÃES, Bernardo; GONÇALVES, Carlos Eduardo. *Introdução à economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 173.

educação das pessoas, do desenvolvimento de novos produtos, do aprimoramento de processos de produção.

5. EDUCAÇÃO E DESIGUALDADE

A educação visa “o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, nos termos do artigo 205 da Constituição Federal.

Educação é o conhecimento aprendido e repassado, pelo qual o indivíduo adquire habilidades e conhecimentos que permitem exercer mais efetivamente a cidadania, desempenhar melhor uma atividade produtiva e aproveitar mais a vida.

Com mais estudo a pessoa torna-se mais produtiva e recebe melhores salários. Dentro de um mesmo país a desigualdade educacional leva à desigualdade de renda, já que a principal fonte de renda das pessoas é o trabalho, ou seja, a remuneração dele decorrente.

Nos locais em que existe grande desigualdade educacional, em razão da escassez de trabalhadores qualificados os salários deles são proporcionalmente mais altos; por ser grande a oferta de trabalhadores com baixa qualificação, seus salários tornam-se mais baixos.

A enorme desigualdade social no Brasil advém de expressivas diferenças de oportunidades que os cidadãos têm ao nascer. Assim, políticas de distribuição de renda devem ser realizadas, quer por meio de transferência direta de renda ou através do fornecimento de serviços públicos utilizados pelos mais pobres.

As políticas públicas de distribuição de renda, porém, precisam ser elaboradas de modo a não reduzir os incentivos que as pessoas têm para trabalhar, estudar, fazer esforço para sair de uma situação de baixa renda. A política será mais eficaz quanto mais nova é a pessoa ajudada (por exemplo, oferecer escola e saúde às crianças).

A política pública deve incentivar atitudes cujos benefícios extrapolem o receptor da ajuda: a política que obriga a frequência das crianças à escola e ao posto médico, em troca de auxílio financeiro para as famílias, incentiva os pais à atitude benéfica para os filhos e para toda a sociedade.

Com efeito, o programa de transferência direta de renda precisa condicionar o recebimento do benefício à obrigatoriedade de matrícula e frequência das crianças ao ensino público, bem como ao posto de saúde, para reforçar o acesso aos direitos sociais básicos. Com isso, não constituirá apenas um alívio imediato da pobreza, mas servirá para romper o círculo vicioso de penúria e baixa escolaridade.

A implantação do Programa Bolsa-Escola, posteriormente transformado em Bolsa-Família, que condicionou a transferência de renda à permanência das crianças na escola, elevou o número de matrículas, conforme estudo realizado por Paul Glewwe e Ana Lúcia Kassouf, divulgado pelo Centro Internacional de Políticas para

o Crescimento Inclusivo – CIP-CI, órgão do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD¹⁰.

Por fim, os programas de inclusão de renda devem ter por objetivo tornarem-se desnecessários após a inclusão dos excluídos nas atividades produtivas do país.

A educação de uma pessoa traz consequências positivas para toda a sociedade, inclusive no tocante à diminuição da desigualdade social.

Assim, a frequência das crianças e jovens na escola precisa ser obrigatória. No Brasil, a educação básica é obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos de idade, conforme estabelece o artigo 208, inciso I, da Constituição Federal.

A idade de ingresso na escola influencia o desempenho do aluno ao longo de toda a vida, motivo pelo qual é preciso dar importância à pré-escola. Quanto mais baixa for a idade do beneficiário do investimento em educação, maior é o retorno do gasto para o próprio indivíduo e para a sociedade como um todo. Os alunos que na atualidade possuem acesso à creche e à pré-escola provavelmente não terão alta taxa de repetência como os atuais alunos dos anos finais do ensino fundamental e do ensino médio.

O maior desafio à universalização ao acesso à educação acontece atualmente na educação infantil, já que a porcentagem de crianças e adolescentes entre 6 (seis) e 14 (catorze) anos que frequentam o ensino fundamental é de 97,5%, como informa o Anuário Brasileiro da Educação Básica 2016¹¹, do movimento Todos Pela Educação¹².

A Constituição Federal estabeleceu ser obrigatório o fornecimento por parte do Estado da educação a partir dos quatro anos (art. 208, I, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 59/2009), mas o Supremo Tribunal Federal tem decidido que a educação infantil, que abrange crianças menores daquela idade, é prerrogativa constitucional indisponível, determinando o fornecimento compulsório pelo Estado¹³.

¹⁰ GLEWWE, Paul e KASSOUF, Ana Lúcia. Qual o impacto do Programa Bolsa Família na educação? In: *One Pager*, nº 107, março de 2010. Disponível em: <<http://www.ipc-undp.org/pub/port/IPCOnePager107.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

¹¹ ANUÁRIO BRASILEIRO DA EDUCAÇÃO BÁSICA 2016. São Paulo: Moderna, 2016. Disponível em: <<http://www.moderna.com.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A808A825504C11A01550D626BD50F82>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

¹² Todos Pela Educação é um movimento da sociedade civil organizada, educadores e gestores públicos, criado em setembro de 2006, que tem como objetivo contribuir para que o Brasil garanta a todas as crianças e jovens o direito à educação básica de qualidade, assegurando as condições de acesso, alfabetização e sucesso escolar, além de trabalhar pela ampliação e boa gestão dos recursos públicos investidos na educação.

¹³ BUCCI, Maria Paula Dallari; VILARINO, Marisa Alves. A ordenação federativa da Educação brasileira e seu impacto sobre a formação e o controle das políticas públicas educacionais. In: ABMP Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude e TPE Todos pela Educação (Orgs.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 145.

Apesar da frequência escolar ser obrigatória por determinação constitucional, na prática a taxa de evasão escolar é muito alta, principalmente a partir dos dois últimos anos do ensino fundamental e no ensino médio, de modo que apenas 56,7% dos jovens de dezenove anos haviam concluído o ensino médio em 2014, nos termos do Anuário Brasileiro da Educação Básica 2016.

A escolaridade média da população brasileira de dez anos de estudos¹⁴ é inferior à quantidade de anos necessária para a conclusão do ensino médio.

A igualdade de oportunidades precisa existir não só na sociedade como no próprio ambiente escolar, garantindo-se o acesso e a permanência dos alunos na escola. A péssima qualidade do ensino ofertado, incapaz de fazer com que o aluno aprenda o mínimo necessário, criou uma nova forma de exclusão social na educação.

O Brasil não é dos países mais pobres do mundo, mas é um dos mais desiguais, havendo enorme desigualdade no acesso à educação, já que muitos estudam pouco e poucos estudam muito. A taxa de matrícula no ensino superior é quase sete vezes maior no grupo dos 25% mais ricos em relação ao grupo dos 25% mais pobres (informação do Anuário Brasileiro da Educação Básica 2016).

Em virtude da restrição orçamentária existente, o Brasil gasta desproporcionalmente muito com a educação superior em comparação com o ensino fundamental e o médio. As crianças pobres que estudam nas escolas públicas têm pouca chance de frequentar a universidade pública, gratuita e boa qualidade, necessitando pagar por faculdades privadas de qualidade inferior. Há, assim, transferência de renda pública para quem é mais rico, gerando efeito distributivo contrário.

Essa característica perversa do sistema educacional brasileiro tem raízes históricas, já que sempre coube ao governo central a responsabilidade pelo ensino superior, enquanto a educação básica é de atribuição dos Estados e, principalmente, dos Municípios, entes federativos mais fracos, pobres e desestruturados.

Apesar dos esforços em sentido contrário, notadamente após a Constituição Federal de 1988 que procurou dar ênfase ao ensino básico, o modelo elitista ainda vigora, acarretando desigualdade educacional e social, tanto que o gasto anual por aluno no ensino superior (R\$ 17.972,00) correspondia a cinco vezes o gasto anual com o aluno da educação básica (R\$ 3.580,00) no ano de 2010¹⁵.

¹⁴ ANUÁRIO BRASILEIRO DA EDUCAÇÃO BÁSICA 2016. São Paulo: Moderna, 2016. Disponível em: <<http://www.moderna.com.br/lumis/porta/file/fileDownload.jsp?fileId=8A808A825504C11A01550D626BD50F82>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

¹⁵ GOMES, Emerson Cesar da Silva. O financiamento da educação básica no Brasil. In: ABMP Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude e TPE Todos pela Educação (Orgs.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 267, 268.

Naercio Menezes-Filho¹⁶ ensina que são três as variáveis que mais influenciam no desempenho escolar: 1) características familiares e dos próprios alunos (como o nível de escolaridade dos pais, a acumulação de trabalho com estudos); 2) idade de entrada no sistema escolar (pré-escola); e 3) número de horas-aula (para ele, mais importante do que o número de alunos em sala ou o número de computadores na escola).

O tempo de permanência na escola é pequeno, tanto em razão do número de anos de estudo quanto pela carga horária diária e anual.

Expõe o mesmo doutrinador que o atraso educacional existente no Brasil foi alterado de forma relativamente rápida na década de 90, tendo havido grande ampliação do acesso à educação com a inclusão de crianças oriundas de famílias de baixa renda. Com isso, a qualidade do ensino nas escolas públicas, que já era baixa, diminuiu mais ainda. O desafio agora é elevar a qualidade da educação oferecida nas escolas brasileiras e cuidar para que as crianças mais pobres não saiam do sistema.

O desafio para o ensino médio é melhorar a qualidade de modo a torná-lo mais atraente e eficiente, diminuindo a evasão escolar decorrente das deficiências do sistema. Uma das causas do abandono nessa etapa é a elevada taxa de reprovação no primeiro ano do ensino médio, decorrente de deficiência acumulada de aprendizagem de leitura, escrita e matemática; outra causa é a falta de interesse dos jovens pelo currículo com modelo único, dissociado do mundo real e inadequado ao perfil da demanda, como expõe Maria Helena Guimarães Castro¹⁷.

Universalizado o acesso ao ensino, para garantir a equidade, é necessário agora conseguir levar o aprendizado efetivo a uma população cada vez mais heterogênea, para garantir a igualdade na educação de qualidade, o que somente será possível com o tratamento diferenciado decorrente do reconhecimento da diversidade, garantindo-se, inclusive, meios de recuperação para alunos que não tenham atingido os padrões mínimos.

Ademais, são enormes as desigualdades regionais. As regiões Norte e Nordeste possuem taxa de analfabetismo muito superior às demais, a taxa de escolarização (porcentagem que frequenta a escola) é inferior, assim como o número de anos de estudo e as notas no Índice de Desenvolvimento da Educação Básica – Ideb, que expressam a qualidade do ensino¹⁸.

¹⁶ MENEZES-FILHO, Naercio. Os determinantes do desempenho escolar do Brasil. In: *Jus Navigandi*, São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.todospelaeducacao.org.br/arquivos/biblioteca/f4e8070a-8390-479c-a532-803bbf14993a.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

¹⁷ CASTRO, Maria Helena Guimarães de. A gestão administrativa e pedagógica da escola. In: ABMP Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude e TPE Todos pela Educação (Orgs.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 460.

¹⁸ NARDES, João Augusto Ribeiro; ALTOUNAIAN, Cláudio Sarian; VIEIRA, Luis Afonso Gomes. *Governança pública: o desafio do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 142-144.

As escolas das regiões Norte e Nordeste possuem índices inferiores de acesso à rede pública de esgoto e coleta de lixo periódica, de modo que os alunos ficam expostos a problemas de saúde decorrentes das más condições sanitárias em que vivem¹⁹.

Sem sombra de dúvida, assegurar educação de qualidade para todos os cidadãos é pressuposto para o crescimento econômico, o desenvolvimento social de um país e a diminuição das desigualdades entre seus cidadãos.

6. PADRÃO DE QUALIDADE NA EDUCAÇÃO

A Constituição Federal estabelece, como princípio do ensino brasileiro, a “garantia de padrão de qualidade” (art. 206, inciso VII).

A melhoria da qualidade da educação é diretriz do Plano Nacional de Educação – PNE (Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014).

O Plano estabelece meta (nº 7) de fomentar a qualidade da educação básica, fixando médias nacionais para o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica – Ideb que devem ser alcançadas gradativamente no ensino fundamental, anos iniciais e finais, e no ensino médio. Fixa estratégias como a implantação de base nacional comum dos currículos, constituição de conjunto nacional de indicadores de avaliação institucional, bem como instrumentos de avaliação de qualidade do ensino.

O Índice de Desenvolvimento da Educação Básica – Ideb é o referencial nacional de qualidade do ensino. Criado pelo Decreto nº 6.094, de 24 de abril de 2007, é calculado periodicamente pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – Inep, autarquia federal vinculada ao Ministério da Educação, para medir a qualidade do aprendizado nacional e estabelecer metas para a melhoria do ensino.

O cálculo é feito a partir de dados concretos: a taxa de rendimento escolar (índices de aprovação obtidos a partir do Censo Escolar) e as médias de desempenho nas disciplinas de língua portuguesa e matemática nos exames aplicados pelo Inep (Sistema de Avaliação da Educação Básica-Saeb e Prova Brasil).

O Ideb constituiu avanço em relação ao passado por não considerar apenas os resultados obtidos pelos alunos nas provas (desempenho), mas também a quantidade de alunos que segue o fluxo educacional (aproveitamento). Mas pode ser aprimorado, pois deixa de considerar outras dimensões relevantes da qualidade no ensino, como o corpo de profissionais da educação, a infraestrutura das escolas, os recursos pedagógicos disponíveis e os processos de gestão escolar.

¹⁹ DINIZ, Hirminia Dorigan de Matos; FONTANIVE, Nilma Santos; KLEIN, Ruben. Indicadores de qualidade na Educação Básica. In: ABMP Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude e TPE Todos pela Educação (Orgs.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 552.

Com base no Ideb são estabelecidas metas diferenciadas para cada escola e rede de ensino, com objetivo de alcançar a média correspondente ao sistema educacional dos países desenvolvidos.

Existem outros indicadores e índices oficiais de desempenho como: Quantidade de vagas em face da população local em idade escolar; Taxa de distorção idade-série; Taxa de abandono; Taxa de aprovação e de reprovação; Média de horas-aula diária; Média de alunos por turma; Taxa de analfabetismo; Proporção de alunos com aprendizado adequado para a etapa escolar.

A avaliação dos estudantes ao final do ensino médio é realizada por meio do Exame Nacional do Ensino Médio – Enem, prova organizada pelo Inep, de grande abrangência nacional, apesar de ser voluntária, porque as notas obtidas pelos alunos são utilizadas para admissão em universidades públicas e privadas. O Inep divulga o resultado, por escola, da nota média dos alunos que fizeram o exame, para conhecimento da sociedade.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996) e o Plano Nacional de Educação – PNE (art. 214 da Constituição Federal e Lei nº 13.005/2014) constituem avanços importantes na estruturação de um sistema nacional de educação, de uma política educacional integrada entre os entes federados em prol de educação de qualidade.

Sobre a qualidade do ensino, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional explicita no artigo 4º, inciso IX, ser necessária a garantia de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem. Com efeito, o fornecimento de recursos físicos e de pessoal não garante a qualidade do ensino, mas sem eles não é possível obtê-la, especialmente junto à população de baixa renda, cujas crianças e jovens não podem suprir, em casa, a inexistência de biblioteca ou recursos de informática na escola.

A análise de dados sobre a infraestrutura das escolas, coletados pelo sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica – SAEB, demonstra que existe relação entre o desempenho dos alunos e a presença de banheiros em bom estado de conservação e funcionamento no estabelecimento escolar, provavelmente por este ser um indicador de uma gestão escolar de melhor qualidade, como expõem Hirminia Dorigan de Matos Diniz e outros²⁰.

É inegável que, para atingir o padrão de qualidade, as escolas precisam ser devidamente equipadas, os professores bem formados e remunerados, o currículo adequado. Não pode haver precariedade das instalações e das condições materiais

²⁰ DINIZ, Hirminia Dorigan de Matos; FONTANIVE, Nilma Santos; KLEIN, Ruben. Indicadores de qualidade na Educação Básica. In: ABMP Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude e TPE Todos pela Educação (Orgs.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 546 e 559.

(inclusive alimentação), insuficiência e defasagem do material pedagógico, número e formação insuficientes dos professores, violência nos ambientes interno e externo.

O espaço escolar atraente tem relação com a produtividade dos professores e dos alunos²¹; também existe relação direta entre a qualidade do ensino e a observância da carga horária mínima, que é prejudicada pela falta de professores (alto índice de abstenção) e a inexistência de reposição de aulas.

Aqueles mesmos doutrinadores afirmam que todas as pesquisas brasileiras e estrangeiras das últimas duas décadas indicam que o fator mais importante para o desempenho dos alunos é a qualidade do professor. Existem características difíceis de ser mensuradas em um bom professor, como ser habilidoso, entusiástico e criativo, mas outras são objetivas, como a assiduidade e a própria existência de professor para todas as séries e áreas curriculares.

É questão fundamental para a qualidade na educação, assim, a valorização desses profissionais por meio de garantias como exigência de concurso público, formação mínima, existência de plano de carreira, piso salarial, remuneração justa e boas condições de trabalho.

Os diretores também exercem papel preponderante nas escolas com desempenho satisfatório²². A nomeação dos diretores precisa ser feita por meio de concurso público ou processo eletivo, não por indicação política, e os nomeados devem ser submetidos continuamente a cursos de gerência escolar.

Com relação à remuneração, e com fundamento no artigo 206, VIII, da Constituição Federal, é importante a vigência da Lei nº 11.738, de 16 de julho de 2008, que instituiu piso salarial profissional nacional para os profissionais de magistério público da educação básica e jornada máxima de 40 (quarenta) horas semanais, com limitação de 2/3 (dois terços) para atividades de interação direta com os alunos; um terço (1/3) da jornada é utilizado para atividades extraclasse, como reuniões pedagógicas, correção de provas, planejamento de aulas, atendimento aos alunos, encontros com pais.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.167/DF, interposta por Governadores de Estados em face daquela lei, o Supremo Tribunal Federal manteve o piso salarial, mas considerou-o como somatória total da remuneração (não o vencimento

²¹ FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. Gestão administrativo-pedagógica da escola: considerações legais. In: ABMP Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude e TPE Todos pela Educação (Orgs.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 426, 428.

²² OLIVEIRA, Marcelo Lima; PESSOA, Hugo Costa. Avaliação da qualidade na educação básica. In: ABMP Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude e TPE Todos pela Educação (Orgs.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 627.

básico), além de manter as limitações relativas à carga horária (julgamento em 23 de agosto de 2011).

Cumpra também ressaltar a importância da proposta pedagógica da escola para a qualidade da educação por ela fornecida. Abrange, além do aspecto pedagógico, também os aspectos administrativo e financeiro da escola. A proposta é elaborada e executada pelos estabelecimentos de ensino, com a participação dos professores, dos pais e responsáveis pelos alunos (art. 12, I, e art. 13, I e II, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), o que caracteriza a gestão democrática (art. 206, VI, da Constituição Federal), descentralizada e autônoma da escola.

Existem escolas que têm conseguido garantir o aprendizado de seus alunos, mesmo aqueles oriundos de famílias com menor grau de instrução²³. Precisam ser identificadas as opções pedagógicas utilizadas por elas, para que possam ser adaptadas a, no que couber, outras escolas.

Orlando Rochadel Moreira²⁴ relata pesquisa de campo realizada no bairro Santa Maria, o mais pobre da cidade de Aracaju, no Estado de Sergipe, na qual foram apontados pelos pais, alunos e professores os principais problemas que precisam ser solucionados para melhorar a implementação do direito à educação:

- a) em primeiro lugar, a falta de vagas nas escolas, principalmente na educação infantil, um dos gargalos da educação nacional;
- b) a inexistência de transporte escolar para os alunos que precisam frequentar escola cujo percurso a partir da residência é longo ou de difícil acesso;
- c) violência enfrentada pela criança ou adolescente no caminho para a escola ou dentro do ambiente escolar;
- d) gravidez na adolescência ou mesmo relacionamento no qual o parceiro não permite que a jovem frequente a escola;
- e) necessidade da criança ou adolescente trabalhar para auxiliar no sustento familiar, por imposição dos pais ou porque constituiu família própria;
- f) desemprego dos responsáveis, acarretando situação de penúria na qual faltam condições materiais para a ida à escola (alimentação, roupa, transporte, material escolar que não são fornecidos);
- g) problemas recorrentes de saúde do próprio aluno ou na família, muitas vezes agravado em razão do acesso à sistema público de saúde precário;
- h) descrença no sistema educacional por parte da família, que requer a presença da criança ou adolescente em casa (para cuidar de outras crianças, por exemplo)

²³ SOARES, José Francisco. Medidas do aprendizado dos alunos das escolas de educação básica. In: ABMP Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude e TPE Todos pela Educação (Orgs.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 606.

²⁴ MOREIRA, Orlando Rochadel. *Políticas públicas e direito à educação*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 191-227.

ou não incentiva a frequência à escola; descrença por parte do aluno, que não consegue aprender o conteúdo ensinado ou não percebe a importância do aprendizado para sua vida;

i) fornecimento de uniforme (inclusive para identificação dos alunos na comunidade) e de merenda com qualidade, para suprir carência alimentar que impede o aprendizado;

j) fornecimento de aulas de reforço e atividades complementares, visto que a lição de casa é imprescindível para o aproveitamento escolar, mas os pais não conseguem ajudar os filhos por terem baixo nível escolar (pesquisas demonstram que o nível de escolaridade da mãe é fator que influencia o rendimento escolar do filho);

k) falta de atrativos na escola como áreas de lazer para atividades recreativas e esportivas, que melhoram a frequência e o aproveitamento do aluno, salas de leitura que ampliam sua capacidade de compreensão; e

l) laboratórios de informática são importantes não só para que os alunos façam pesquisas escolares, mas também para que aprendam manejar instrumentos imprescindíveis à era contemporânea.

Em pesquisa de campo relatada por Carla Bianca Bittar²⁵, realizada no Morro do Alemão, bairro pobre da cidade do Rio de Janeiro, foram apontadas mudanças que precisam ser feitas na comunidade por afetarem o sistema educacional: instalação de serviços básicos, como água, luz, telefone; participação comunitária nos processos de tomada de decisão; implantação de mecanismos de segurança escolar, inclusive contra o abuso de poder da própria polícia; coleta e cadastro de informações e dados estatísticos relacionados à demanda e à oferta de educação.

A realidade, assim, demonstra a importância dos programas suplementares de fornecimento de alimentação, transporte, material didático e assistência à saúde, previstos no artigo 208, VII, da Constituição Federal (com a redação dada pela EC nº 59/2009), para facilitar o acesso e a permanência do estudante na escola, além da melhoria do rendimento escolar.

É necessária a integração das políticas públicas de educação, saúde e assistência social para lidar com problemas graves, como a violência escolar e doméstica, a dependência química do aluno e dos pais.

Existem programas que têm a finalidade de suplementar aqueles serviços, como o Programa Nacional de Alimentação Escolar-PNAE (Lei nº 11.947/2009), o Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar-PNATE (Lei nº 10.880/2004) e o Programa Dinheiro Direto na Escola-PDDE (Lei nº 11.947/2009), por meio dos quais há transferência direta dos recursos da União para as escolas, de acordo com o número de alunos matriculados (para incentivar o ingresso no sistema), cuja utilização é decidida com a participação da comunidade local beneficiada.

²⁵ BITTAR, Carla Bianca. *Educação e direitos humanos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 95.

Os recursos federais não custeiam integralmente as despesas com tais atividades, sendo necessária a complementação dos entes federados com recursos próprios. A União impõe a eles condições e requisitos para a aplicação das verbas federais, de forma a garantir padrão mínimo na prestação dos serviços. Uma das exigências é a criação e o pleno funcionamento de conselhos compostos por representantes do Poder Executivo, de pais de alunos, de entidades da sociedade civil, entidades de trabalhadores da educação, para haver o controle social.

O desafio da garantia do padrão de qualidade no ensino brasileiro necessita de alterações na distribuição federativa de receitas, já que a União recebe 60% (sessenta por cento) de toda a carga tributária arrecadada e contribui com a menor parte nas despesas com educação, enquanto o Município recebe 15% (quinze por cento) do total arrecadado e é o principal executor das ações relativas ao ensino infantil e fundamental²⁶.

O princípio federativo, existente desde a Proclamação da República em 1889, consagrou a descentralização do ensino fundamental, transferindo-o do plano nacional para os locais, para municípios que possuem condições precárias para garantir uma educação com padrões mínimos de qualidade.

Na repartição federativa de competências, em regime de colaboração, cabe aos Municípios a atuação prioritária no ensino fundamental e na educação infantil, aos Estados e Distrito Federal cabe a atuação prioritária nos ensinos fundamental e médio, ficando a União responsável pelo ensino superior e pela “função redistributiva e supletiva, de forma a garantir a equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios” (art. 211 da Constituição Federal).

A União, assim, tem o papel de reduzir as desigualdades regionais no sistema educacional e assegurar um padrão mínimo de qualidade.

A criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – Fundef (Emenda Constitucional nº 14/1996), sucedido pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb (Emenda Constitucional nº 53/2006), teve por objetivo a distribuição de recursos de forma que sejam alocados onde estivessem os alunos, além de instituir a colaboração entre os entes federados, fixando dever de complementação por parte da União.

A distribuição dos recursos de modo proporcional ao número ponderado de alunos matriculados nas redes de ensino estadual e municipal teve o mérito de transformar o aluno em fator de receita para os entes públicos, deixando de ser apenas fator de despesa. Estimulou os Municípios a levar para a escola as crianças que antes

²⁶ PINTO, Élide Graziane. *Financiamento dos direitos à saúde e à educação uma perspectiva constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 26, 27, 33, 35, 65/67, 147.

não a frequentavam, facilitando a municipalização do ensino fundamental, serviço público com características que recomendam sua prestação pelo ente federado mais descentralizado²⁷.

A complementação de recursos pela União é realizada para que seja alcançado valor anual mínimo por aluno definido nacionalmente (art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). O custo mínimo por aluno precisa ser capaz de assegurar ensino de qualidade e é calculado pela União ao final de cada ano com validade para o ano subsequente (art.74 e par. único da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional). O Ministério da Educação, porém, pode subestimar o valor a fim de diminuir a complementação de recursos que é obrigação da própria União.

O Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005/2014) trouxe, nas estratégias 20.6 a 20.8, o dever de regulamentação do “Custo Aluno Qualidade” – CAQ, calculado com base nos indicadores de gastos educacional com “qualificação e remuneração do pessoal docente e dos demais profissionais da educação pública, em aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino e em aquisição de material didático-escolar, alimentação e transporte escolar”.

O desafio é como saber quais os insumos básicos que garantem a qualidade. O Conselho Nacional de Educação estabeleceu, no Parecer CEB/CNE nº 8/2010, o Custo Aluno Qualidade Inicial – CAQi, determinando os insumos básicos que todas as escolas deveriam ter no que se refere a tamanho, instalações, recursos didáticos, razão alunos/turma, remuneração do pessoal, formação continuada dos profissionais, jornada de trabalho docente e dos alunos, projetos especiais da escola e gestão democrática. Os valores do CAQi aprovados pelo Conselho Nacional de Educação para cada etapa educacional ainda estão muito distantes dos valores mínimos propiciados pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb²⁸.

O parecer, porém, não foi homologado pelo MEC – Ministério da Educação, de modo que não serve de parâmetro objetivo para cobrança por parte da sociedade. Por falta de indicadores objetivos de qualidade, a reivindicação da sociedade a respeito do sistema educacional, inclusive perante o Poder Judiciário, é restringida à falta de vagas, transporte escolar, merenda.

²⁷ GOMES, Emerson Cesar da Silva. O financiamento da educação básica no Brasil. In: ABMP Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude e TPE Todos pela Educação (Orgs.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 269.

²⁸ PINTO, José Marcelino de Rezende. Novas fontes de financiamento e o custo aluno-qualidade (CAQ). In: ABMP Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude e TPE Todos pela Educação (Orgs.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 305-307.

7. A POLÍTICA PÚBLICA “PROGRAMA DE ENSINO INTEGRAL”

O Programa de Ensino Integral foi criado pela Lei Complementar Estadual nº 1.164, de 4 de janeiro de 2012, alterada pela Lei Complementar nº 1.191, de 28 de dezembro de 2012. É regido pelas Resoluções SE nº 52, de 02 de outubro de 2014, Resolução nº 65, de 16 de setembro de 2013, e Resolução SE nº 84, de 19 de dezembro de 2013.

Para o estudo dessa política pública, foram realizadas entrevistas com servidores da Secretaria da Educação responsáveis pelo Programa, com diretor de escola pública abrangida por ele e com integrante de organização não governamental parceira na prestação do serviço público.

O Programa de Ensino Integral consiste em sistema educacional que, além da jornada escolar ser em período estendido, possui características específicas com currículo, metodologia, modelo pedagógico e modelo de gestão escolar diferenciados, conforme Informações Gerais do Programa Integral²⁹. Foi implantado com a preocupação primordial de combater as enormes taxas de evasão e repetência escolar existentes a partir dos anos finais do ensino fundamental.

O objetivo é formar “indivíduos que sejam autônomos, solidários e competentes, com conhecimentos, valores e habilidades dirigidas ao pleno desenvolvimento da pessoa humana e seu preparo para o exercício da cidadania” (art. 2º, I, da Lei Complementar Estadual nº 1.164/2012).

Teve início no ano de 2012, em dezesseis escolas de ensino médio; em 2013, passou a atender também escolas dos anos finais do ensino fundamental. Em 2014, já abrangia cento e oitenta e duas escolas.

A partir de 2015, o Programa de Ensino Integral foi ampliado para os anos iniciais do Ensino Fundamental, em escolas que atendem crianças de 7 (sete) a 11 (onze) anos, com oferta de atividades pedagógicas, artísticas e lúdicas, para apresentação do conceito de protagonismo juvenil. Ao todo, abrangia, no ano de 2016, duzentos e cinquenta e sete escolas, atendendo oitenta mil alunos³⁰.

A adesão das escolas ao Programa de Ensino Integral é facultativa, depende de decisão do Conselho da própria escola, presidido pelo Diretor e composto de representantes de todos os segmentos da comunidade escolar. Assim, a solicitação de adesão somente é encaminhada à Secretaria de Estado da Educação se houver concordância da comunidade.

²⁹ SÃO PAULO. Secretaria da Educação. *Informações gerais do Programa de Ensino Integral*. São Paulo: SEE. Disponível em: <<http://www.educacao.sp.gov.br/a2sitebox/arquivos/documentos/344.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

³⁰ Disponível em: <<http://www.educacao.sp.gov.br/escola-tempo-integral>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

Isso porque o aumento da carga horária e da quantidade de estudo pode acarretar evasão escolar se os pais e alunos não acreditarem e desejarem a alteração.

Como consta das Diretrizes do Programa Ensino Integral³¹, os novos alunos são recebidos pelos antigos com dinâmica de acolhimento, na qual expõem o funcionamento do sistema.

O Programa Ensino Integral tem por fundamento o protagonismo juvenil: o aluno é o protagonista de sua educação. Desde o início elabora projeto de vida que será desenvolvido durante todo o tempo de permanência na escola. O estudante possui professor-tutor que o acompanha, orientando seus estudos conforme o projeto que traçou para sua vida.

O currículo abrange, além das disciplinas obrigatórias, também matérias eletivas que são definidas pela própria comunidade escolar e ministradas de forma intercalada durante a jornada diária.

As disciplinas eletivas são escolhidas pelo aluno conforme seu projeto de vida. Existem aulas de preparação acadêmica para aqueles interessados em prestar exames seletivos para instituições de nível superior. Os que pretendem ingressar no mercado de trabalho após a conclusão do ensino médio fazem aulas de introdução ao mundo do trabalho.

Também são ministradas aulas de língua estrangeira, de educação socioemocional, de educação financeira.

Há aferição das lacunas existentes na formação pregressa de cada aluno, o que dá ensejo a processo de recuperação denominado nivelamento, no qual são ensinados os conteúdos que não haviam sido aprendidos na época certa, para que o aluno consiga acompanhar o aprendizado no nível atual.

O protagonismo juvenil é incentivado, ainda, por meio da indicação de líderes de turma, que têm reuniões periódicas com a equipe gestora da escola, e de clubes juvenis, com planos de ação para alcance de metas de interesse dos estudantes relacionadas à formação escolar.

O material didático e a capacitação dos professores precisaram ser alterados para adaptação ao novo projeto pedagógico, o que foi realizado por técnicos especialistas. A alteração curricular preocupou-se em tornar os conteúdos ministrados mais interessantes para os alunos, incentivando a permanência na escola.

As escolas possuem infraestrutura diferenciada, com laboratórios de ciências e de informática, sala de leitura, local de refeições (há fornecimento de alimentação compatível com a jornada estendida), áreas de esporte e de lazer.

³¹ SÃO PAULO. Secretaria da Educação. *Diretrizes do Programa Ensino Integral*. São Paulo: SEE. Disponível em: <<http://www.educacao.sp.gov.br/a2sitebox/arquivos/documentos/342.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

Todas as escolas possuem professores coordenadores gerais e de áreas para articular o processo pedagógico.

Os professores são todos efetivos, possuem licenciatura plena, atuam em regime de dedicação exclusiva e integral (não podem trabalhar em outro local durante o horário de funcionamento da escola), recebendo gratificação de dedicação plena e integral correspondente a 75% (setenta e cinco por cento) do salário.

Há preocupação com a formação e o acompanhamento (monitoramento) dos professores, de modo que eles participam de vários encontros ao longo do ano e elaboram relatórios e documentos durante o cotidiano escolar.

Além de ministrarem as disciplinas obrigatórias e eletivas, os professores participam de reuniões pedagógicas periódicas, atividades de formação e realizam atividades complementares, como a orientação do projeto de vida dos estudantes (tutoria) e orientação de estudo.

Essas atividades são realizadas no período da jornada de trabalho em que estão à disposição da escola sem ministrarem aula (a jornada é de 40 horas semanais sendo apenas 30 horas com aulas regulares). Esse horário à disposição da escola também é utilizado para que um professor possa substituir outro que eventualmente falte ao trabalho, de modo que os alunos não ficam sem aula.

Os professores fazem plano de aulas que fica exposto na sala para acompanhamento (e cobrança) pelos estudantes, além de apresentam para escola plano de desenvolvimento pedagógico. Precisam elaborar programa de ação individual e avaliação de desempenho, que subsidia processos de formação continuada e define sua permanência, ou não, no programa.

Os professores que atuam nessas escolas não possuem estabilidade no local de trabalho, como acontece com os demais profissionais da rede pública estadual de ensino. O professor é afastado da escola para retornar ao modelo de ensino tradicional se não é bem avaliado no tocante à frequência ao trabalho, ao cumprimento das exigências formais (relatórios, atendimentos) e dos resultados efetivos no ensino para os alunos.

A cobrança por desempenho e a exigência de dedicação exclusiva são motivos para muitos professores não terem interesse em aderir ao modelo de ensino integral, apesar de vários benefícios: salário superior, remuneração de horas de trabalho para preparação das aulas e cursos de aprimoramento, melhor ambiente escolar, inclusive com mais respeito ao professor.

Um dos maiores desafios do Programa é a formação (preparação e acompanhamento) dos gestores, diretores e professores para que exista encantamento com a atividade desenvolvida, diminuição da rotatividade e alcance do efetivo resultado do ensino.

Foram implantadas inovações também na gestão das escolas. É feito plano de ação específico para cada unidade, que considera a realidade do contexto escolar (como as principais atividades econômicas do município, o mercado de trabalho no

bairro), a fim de serem estabelecidas metas, responsabilidades, prazos e estratégias para o efetivo alcance do ensino de qualidade.

As escolas fazem parcerias com organizações não governamentais, que auxiliam não só com recursos financeiros para a infraestrutura, como também com transmissão de conhecimento. Assim, podem contribuir na formação pedagógica e no acompanhamento profissional dos professores. Realizam atividades extracurriculares pedagógicas e culturais, inclusive em espaços externos. Podem ser responsáveis por ministrar disciplina eletiva, aulas de reforço e preparatórias para vestibulares. O auxílio também pode consistir em uma ação pontual, como pintar o muro da escola.

As escolas são monitoradas por supervisores da Secretaria da Educação que possuem contato direto com a direção, os professores e os alunos, para estreitar o diálogo.

Conforme informações obtidas nas entrevistas com servidores da Secretaria da Educação responsáveis pela implantação dessa política pública e com diretor de escola pública abrangida por ela, o Programa de Ensino Integral acarretou a efetiva diminuição da evasão escolar, da repetência e da violência no ambiente escolar, inclusive o desrespeito aos professores. Houve também o aumento das notas no Idesp – Índice de Desenvolvimento da Educação do Estado de São Paulo das escolas participantes do Programa.

A política pública denominada Programa de Ensino Integral está em consonância com a determinação constitucional de assegurar à criança e ao adolescente o direito à educação, alimentação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência comunitária (art. 227 da Constituição Federal).

A educação integral caracteriza-se pela formação do estudante além dos conteúdos do currículo tradicional, abrangendo todas as dimensões do desenvolvimento. Valoriza a importância do aluno na construção do próprio conhecimento, de modo que os professores tornam-se mediadores do aprendizado. Incentiva a participação das famílias e da comunidade na gestão das instituições de ensino.

A jornada ampliada de estudos é indutora da educação integral. Ampliar o tempo de permanência do aluno na escola cria condições de tempo e espaço para materialização da formação integral, que abrange todas as dimensões do desenvolvimento.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996) estabelece a implantação progressiva da educação integral no ensino fundamental (art. 34, §2º e art. 87, §5º).

O Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005/2014) prevê meta (nº 6) de implantação de educação integral para no mínimo 50% (cinquenta por cento) das escolas públicas, de forma a atender pelo menos 25% (vinte e cinco por cento) dos alunos na educação básica.

O plano traça as estratégias:

- a) oferta de atividades de acompanhamento pedagógico e multidisciplinares, inclusive culturais e esportivas;
- b) jornada dos professores em uma única escola;
- c) escolas com padrão arquitetônico e de mobiliário adequado para atendimento em tempo integral, reestruturadas mediante instalação de quadras poliesportivas, laboratórios, inclusive de informática, espaços para atividades culturais, bibliotecas, auditórios, cozinhas, refeitórios, banheiros e outros equipamentos;
- d) produção de material didático e formação de recursos humanos para a educação em tempo integral;
- e) adoção de medidas para otimizar o tempo de permanência dos alunos na escola, direcionando a expansão da jornada para o efetivo trabalho escolar, combinado com atividades recreativas, esportivas e culturais.

O Programa de Ensino Integral, como visto, adota tais estratégias. Trata-se de política pública adequada ao Estado Democrático de Direito.

A participação democrática tem início na decisão da comunidade escolar de solicitar (ou não) a inclusão da escola no Programa, pois são muitas as modificações dela decorrentes para os alunos, famílias, professores e gestores.

Os alunos não só participam da vida escolar como tornam-se protagonistas dos seus projetos de vida, em diálogo com os demais integrantes do processo de aprendizagem.

A elaboração do projeto de vida, com acompanhamento pelo professor tutor e escolha das matérias eletivas a ele afeitas, tornam o ensino mais próximo da realidade de vida do aluno, afastando a descrença no sistema educacional e o seu abandono.

Além disso, os conteúdos ministrados no currículo adaptado ao ensino integral foram elaborados com a preocupação de serem mais interessantes e adaptados à realidade dos alunos, para que o ensino seja atrativo e tenha utilidade em suas vidas.

A infraestrutura das escolas também é atrativa aos alunos e adaptada ao ensino de qualidade, com laboratórios de ciências, de informática, sala de leitura e áreas de lazer.

Os professores, coordenadores, diretores e demais profissionais possuem maior remuneração, melhores condições e ambiente de trabalho, além de formação continuada.

Por outro lado, são cobrados no planejamento, na execução e nos resultados de suas atividades, sendo afastados em caso de ineficiência.

A prestação do serviço público com maior qualidade é realizada, ademais, mediante parceria com organizações não governamentais, que contribuem não só com recursos financeiros para a infraestrutura como também com conhecimento e experiência.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A educação é direito fundamental que o Estado Democrático de Direito tem obrigação de implantar por meio de políticas públicas. É direito social que acarreta o desenvolvimento social e econômico do país e a redução da desigualdade social, garantindo maior equidade na participação da riqueza coletiva.

2. A sociedade brasileira tem evoluído para a consciência da importância da educação escolar e a indignação com a má qualidade do sistema educacional público, cobrando uma atuação da Administração Pública mais eficiente e participativa.

3. O grande desafio do ensino público brasileiro, na atualidade, é a permanência do aluno no sistema, em razão dos altos índices de repetência e de evasão escolar, que possuem relação direta com a baixa qualidade do ensino.

4. O Programa de Ensino Integral, política pública do Estado de São Paulo, ampliou a jornada escolar dos estudantes para o período integral e implantou alterações em aspectos considerados relevantes para a qualidade do ensino, como o corpo de profissionais da educação, as condições materiais das escolas, a proposta pedagógica e os processos da gestão, para obter avanços no tocante à permanência dos alunos dentro do sistema, melhorias no fluxo escolar e nos índices de desempenho dos alunos.

5. Constitui, assim, política pública que promove a educação de qualidade no ensino público, contribuindo para a efetividade do direito fundamental à educação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMADA, Alison José Duarte. Orçamento autorizativo e contingenciamento de empenho: obstáculos à efetivação de direitos sociais. In: PINTO, Élide Graziane e MAGALHÃES, Gustavo Alexandre (orgs.). *Judicialização, orçamento público e democratização do controle de políticas públicas*. Belo Horizonte: O Lutador, p. 77-112, 2010.

ANUÁRIO BRASILEIRO DA EDUCAÇÃO BÁSICA 2016. São Paulo: Moderna, 2016. Disponível em: <<http://www.moderna.com.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A808A825504C11A01550D626BD50F82>>. Acesso em: 16 jan 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. In: MARRARA, Thiago (organizador). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, p. 375-381, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BITTAR, Carla Bianca. *Educação e direitos humanos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari; VILARINO, Marisa Alves. A ordenação federativa da Educação brasileira e seu impacto sobre a formação e o controle das políticas públicas educacionais. In: ABMP Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude e TPE Todos pela Educação (Orgs.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, p. 117-150, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Organizadora). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, p. 1-49, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. 1. ed., 2. tiragem, São Paulo: Saraiva, 2006.

CASTRO, Maria Helena Guimarães de. A gestão administrativa e pedagógica da escola. In: ABMP Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude e TPE Todos pela Educação (Orgs.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, p. 457-489, 2013.

COELHO, Tiago Lopes. A eficácia dos direitos fundamentais pelo controle judicial de políticas públicas: entre a autocontenção judicial e a necessária consideração da macrojustiça. In: PINTO, Élide Graziane; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre (organizadores). *Judicialização, orçamento público e democratização do controle de políticas públicas*. Belo Horizonte: O Lutador, p. 39-75, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA, Bruno Santos. O princípio da eficiência e o direito fundamental à boa administração. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, p. 382-404, 2012.

CUNHA, Célio da. Justiça pela inclusão e qualidade na Educação. In: ABMP Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude e TPE Todos pela Educação (Orgs.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, p. 31-51, 2013.

DINIZ, Hirminia Dorigan de Matos, FONTANIVE, Nilma Santos e KLEIN, Ruben. Indicadores de qualidade na educação básica. In: ABMP Associação Brasileira de Magistrados, Promo-

tores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude e TPE Todos pela Educação (Orgs.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, p. 537-571, 2013.

DUARTE, Clarice Seixas. Direito público subjetivo e políticas educacionais. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: Reflexões Sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, p. 267-277, 2006.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. Gestão administrativo-pedagógica da escola: considerações legais. In: ABMP Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude e TPE Todos pela Educação (Orgs.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, p. 385-456, 2013.

GABARDO, Emerson. A eficiência no desenvolvimento do Estado brasileiro: uma questão política e administrativa. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, p. 327-351, 2012.

GLEWWE, Paul e KASSOUF, Ana Lúcia. Qual o impacto do Programa Bolsa Família na educação?. In: *One Pager*, nº 107, Março de 2010. Disponível em: <<http://www.ipc-undp.org/pub/port/IPCOnePager107.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

GOMES, Emerson Cesar da Silva. O financiamento da educação básica no Brasil. In: ABMP Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude e TPE Todos pela Educação (Orgs.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, p. 266-287, 2013.

GONÇALVES, Carlos Eduardo S.; GUIMARÃES, Bernardo. *Economia sem truques: o mundo a partir das escolhas de cada um*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GUIMARÃES, Bernardo; GONÇALVES, Carlos Eduardo. *Introdução à economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, p. 51-73, 2006.

MATIAS-PEREIRA, José. *Curso de administração pública: foco nas instituições e ações governamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MENEZES-FILHO, Naercio. Os determinantes do desempenho escolar do Brasil. In: *Jus Navigandi*, São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.todospelaeducacao.org.br/arquivos/biblioteca/f4e8070a-8390-479c-a532-803bbf14993a.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

MOREIRA, Orlando Rochadel. *Políticas públicas e direito à educação*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

NARDES, João Augusto Ribeiro; ALTOUNAIAN, Cláudio Sarian; VIEIRA, Luis Afonso Gomes. *Governança pública: o desafio do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

NÓBREGA, Mailson da e RIBEIRO, Alessandra. *A economia: como evoluiu e como funciona: ideias que transformaram o mundo*. São Paulo: Trevisan Editora, 2016.

OLIVEIRA, Marcelo Lima e PESSOA, Hugo Costa. Avaliação da qualidade na educação básica. In: ABMP Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude e TPE Todos pela Educação (Orgs.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, p. 613-629, 2013.

PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, p. 163-175, 2006.

PINTO, Élida Graziane. *Financiamento dos direitos à saúde e à educação, uma perspectiva constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

PINTO, José Marcelino de Rezende. Novas fontes de financiamento e o custo aluno-qualidade (CAQ). In: ABMP Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude e TPE Todos pela Educação (Orgs.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, p. 288-311, 2013.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O direito educacional no sistema jurídico brasileiro. In: ABMP Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude e TPE Todos pela Educação (Orgs.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, p. 55-103, 2013.

SÃO PAULO. Secretaria da Educação. *Diretrizes do Programa Ensino Integral*. São Paulo: SEE. Disponível em: <<http://www.educacao.sp.gov.br/a2sitebox/arquivos/documentos/342.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

SÃO PAULO. Secretaria da Educação. *Informações gerais do Programa de Ensino Integral*. São Paulo: SEE. Disponível em: <<http://www.educacao.sp.gov.br/a2sitebox/arquivos/documentos/344.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

SOARES, José Francisco. Medidas do aprendizado dos alunos das escolas de educação básica. In: ABMP Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude e TPE Todos pela Educação (Orgs.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, p. 572-612, 2013.

O DIREITO À MORADIA PARA IDOSOS: ANÁLISE DA POLÍTICA PÚBLICA “PROGRAMA VILA DIGNIDADE”

The right to housing for the elderly Public policy analysis “Programa Vila Dignidade”

Ingeborg Cavalcanti Orlandi¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O Direito à moradia: um Direito Fundamental Social. 2.1. Programa das Nações Unidas de Assentamentos Humanos – UN-HABITAT. 2.2. O direito à moradia na Constituição Federal. 2.2.1. O Estatuto da Cidade – o direito à moradia e o direito à cidade. 2.2.2. Novo Código Civil. 2.3. Direitos Humanos: o direito do acesso à moradia adequada. 2.4. Direito à moradia no Brasil – Estatística. 3. Políticas públicas e o direito do idoso no Brasil. 3.1. Quem é o idoso? 3.2. Quem deve cuidar do idoso? 3.3. O direito à moradia: proteção da habitação do idoso. 3.4. Conceito de políticas públicas. 3.5. políticas públicas para os idosos no Brasil. 3.6. Perfil dos idosos no Brasil: a construção de políticas públicas conscientes. 4. "Futuriedade – plano estadual para a pessoa idosa" – "Vila Dignidade em Avaré – São Paulo", uma experiência completa. 4.1. Alicerces para os programas desenvolvidos pelo Governo do Estado de São Paulo. 4.1.1. O Conselho Estadual do Idoso (CEI). 4.1.2. Fundo Estadual do Idoso (Lei 14.874/12). 4.2. Políticas públicas para atendimento ao idoso no estado de São Paulo. 4.2.1. Rede socioassistencial de atendimento à população idosa. 4.2.2. "SP Amigo do Idoso" e "Selo Amigo do Idoso". 4.2.2.1. Centros Dia e Centros de Convivência do Idoso. 4.2.2.2. O Selo Amigo do Idoso. 4.3. Moradia: programa Vila Dignidade. 4.3.1. Uma nova política pública: a compreensão do idoso em sua integralidade. 4.3.2. O Decreto estadual nº 54.285, de 29 de abril de 2009: convênios. 4.3.3. As regras do plano de trabalho. 4.3.4. Repartição de responsabilidades. 4.3.5. Estrutura do programa. 4.3.6. Execução do projeto. 4.3.7. Análise crítica da experiência – Vila Dignidade de Avaré. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar a política pública de moradia para idosos implantada pelo Governo do Estado de São Paulo, denominada “Vila Dignidade”. Conclui que a criação e manutenção de políticas públicas que incluam o direito fundamental à moradia, abrange, também, a implementação dos direitos à segurança, saúde, assistência social, lazer, cultura, educação, acessibilidade, proporcionando condições reais para uma vida digna e feliz aos idosos.

Palavras-chaves: Moradia. Idoso. Política pública. Dignidade. Educação.

ABSTRACT

This work aims to analyze the public policy to adequate housing for senior citizens implemented by the Government of the State of São Paulo, named “Vila Dignidade”. This work concludes that the creation and maintenance of public policies that include the fundamental right to housing, encompasses the rights to safety, health, social assistance, leisure, culture, education and accessibility as a means of providing the conditions necessary for a dignifying and happy life.

Keywords: Housing. Elderly. Public policy. Dignity. Education.

¹ Curso de Especialização em Direitos Fundamentais: Políticas Públicas pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2016. Curso de Especialização em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2010.

1. INTRODUÇÃO

O aumento do número de idosos em nossa sociedade conduz a propostas de alteração do próprio conceito de idoso, assim como revela a urgência na fixação de parâmetros para lidar com esta nova realidade, fazendo-nos refletir sobre como enfrentar os novos problemas para materializar o direito fundamental a um envelhecimento digno frente à inversão da pirâmide populacional. Em geral, o tema é tratado pela dimensão da seguridade social (saúde, previdência e assistência social), porém, a proposta deste trabalho é investigar uma nova perspectiva a partir do estudo de um caso prático e, assim, demonstrar que investir na qualidade da moradia dos idosos é uma forma de concretizar vários direitos fundamentais de forma efetiva.

Foi elegido, como paradigma, o programa do Governo do Estado de São Paulo denominado “Vila Dignidade”, voltado para idosos, autossuficientes, com recursos de até 1 (um) salário mínimo mensal, considerada a legislação brasileira que adota o critério cronológico para definir o idoso como a pessoa com mais de 60 (sessenta) anos de idade.

2. O DIREITO À MORADIA: UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Direitos fundamentais são aqueles positivados na Constituição de determinado país, expressa ou implicitamente, e retirados da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos.² A força normativa dos direitos sociais na Constituição Federal brasileira revela sua dupla dimensão subjetiva e objetiva, a primeira revela a possibilidade de serem exigíveis, pelo menos no plano do mínimo existencial, de modo a reunir condições mínimas para uma vida digna e, a segunda, remete ao sistema de fins e valores a serem respeitados e perseguidos por toda a sociedade.³

Os direitos fundamentais sociais estão previstos expressamente no artigo 6º da Constituição Federal, cabendo destaque, no presente trabalho ao direito à moradia, introduzido no sistema jurídico formalmente por meio da Emenda Constitucional nº 26, de 14/02/2000.

O texto constitucional não traz o conceito de moradia, o qual será aprofundado tecnicamente a seguir, porém, é importante partir da ideia de como a perda da noção de bem comum e da solidariedade gerou graves reflexos na qualidade do direito à moradia.

² SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet. Luiz Guilherme Marinoni. Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 269.

³ *Ibidem*, p. 551-552.

A questão que surge é: direito social à moradia é direito a ser proprietário de imóvel, quando o direito à moradia deveria ressaltar a “*necessidade de viver segundo a justiça tendo em vista o bem comum*”?⁴

Neste contexto, José Reinaldo de Lima Lopes, traça a seguinte reflexão:

[...] o direito de moradia, direito que inclui o de ocupar um lugar no espaço e direito às condições que tornam este espaço um local de moradia. Morar é um existencial humano. O homem não apenas ocupa lugar, ele mora, ele cria seu ambiente humano, ele não se submete à natureza. [...]

Assim, o direito à moradia causa hoje enorme problema para os juristas e para os políticos por uma razão histórica. As nossas cidades foram transformadas, desde o advento do capitalismo propriamente dito, em aglomerados de gente, em mercadoria e perderam a característica de centro de vida e habitação tranquilas para se transformarem em sedes de indústrias e serviços: a produção capitalista ganhou a cidade.⁵

O jurista constrói a ideia de a cidade ter-se transformado em aglomeração comercial e, portanto, ter perdido sua função protetora, alterando o conceito de cidadania:

A cidadania já não se exerce na sua cidade, mas no Estado Nacional. Ora, a cidadania no Estado é, como o próprio Estado, abstrata, formal, distante. A cidadania na cidade era exercida com alguma forma de participação imediata, mesmo que subalterna [...]⁶

Entende-se, assim, que o direito à vida, inclui o direito à dignidade e à integração social. Assim, o fundamento do direito à moradia está na consideração de que é crescente a exclusão, a marginalidade econômica, que redundam em marginalidade geográfica.⁷

O direito à moradia é um direito nascido de uma construção internacional e, por isto, é necessário o conhecimento dos termos fixados pela Organização das Nações Unidas para delinear os parâmetros do presente trabalho.

2.1. Programa das Nações Unidas de Assentamentos Humanos – UN-HABITAT

A ONU criou a agência UN-HABITAT que contempla o Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos, cujos principais documentos são a Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos, a Agenda Habitat, a Declaração de

⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 79.

⁵ *Ibidem*, p. 67-68.

⁶ *Ibidem*, p.69.

⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.75-87.

Istambul sobre Assentamentos Humanos, a Declaração sobre Cidades e outros Assentamentos Humanos no Novo Milênio, e a Resolução 56/206.⁸

Após a realização das reuniões Habitat I e II, realizadas, respectivamente, em Vancouver, em 1978, e Istambul, em 1996, a agência teve seu mandato fortalecido e ganhou status de um programa de pleno direito do sistema das Nações Unidas em Assembleia Geral da ONU, na Resolução A/56/206, em 1º de janeiro de 2002.

Com o objetivo de alcançar o desenvolvimento urbano, abrigo e metas da “Declaração do Milênio – Organização das Nações Unidas”⁹ – agenda de desenvolvimento para os próximos 15 a 20 anos –, já estão em andamento as estratégias, as recomendações-chaves e os ajustes finos propostos. A revitalização tem colocado a UN-HABITAT diretamente no centro da agenda da ONU de desenvolvimento para a redução da pobreza com uma estrutura mais ágil e eficaz, e uma série de programas e prioridades mais focalizados.

Foram estabelecidas seis áreas no Plano Estratégico de Médio Prazo e Institucional, cada qual com sua estratégia, para alcançar a urbanização sustentável nas cidades e regiões de modo que todos os cidadãos tenham moradia adequada, serviços básicos, segurança e oportunidades de emprego, independentemente da idade, sexo e estratos sociais.

O quadro normativo e operacional reforçado de promoção da Urbanização Sustentável em Nível Nacional define as seis áreas: 1. Defesa eficaz, acompanhamento e parcerias; 2. Planejamento participativo, gestão e governança; 3. Acesso à terra e habitação para todos; 4. Infraestrutura básica urbana ambientalmente saudável; 5. Sistemas de finanças reforçados para os assentamentos humanos; 6. Excelência na Gestão.¹⁰

2.2. O direito à moradia na Constituição Federal

A Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, inseriu a moradia aos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, seguindo tendência fiada pela legislação internacional dos Direitos Humanos.

Art. 1º O art. 6º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

⁸ ONU-Habitat. *UN-HABITAT*. Disponível em: <https://ajonu.org/2012/10/17/onu-habitat/>. Acesso em: 10 jun. 16.

⁹ A Declaração do Milênio reconhece as circunstâncias terríveis do mundo urbano pobre. Ela articula o compromisso dos Estados-Membros para melhorar a vida de pelo menos 100 milhões de moradores de favelas até o ano 2020 – meta 11 do Objetivo nº 7 – uma tarefa designada à UN-HABITAT.

¹⁰ ONU-Habitat. *UN-HABITAT*. Disponível em: <https://ajonu.org/2012/10/17/onu-habitat/>. Acesso em: 10 jun. 16.

Art.6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.¹¹

O art. 5º, incisos XI, XXII, XXIII, XXIV, XXV e XXVI, reconhece a proteção da casa como asilo inviolável, o direito à propriedade, a função social da propriedade, a desapropriação por utilidade pública ou por interesse social e proteção à pequena propriedade rural.¹²

Por fim, é cabível fazer referência aos Capítulos da Política Urbana e da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária (artigos 182 e 191) da Constituição Federal.

2.2.1. O Estatuto da Cidade – o direito à moradia e o direito à cidade

O Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001, foi criado para regulamentar os termos dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal, que prevê, em seu artigo 1º, que sua finalidade é estabelecer: “[...] *normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.*”¹³

Fixa regras para o ordenamento territorial e urbano, assegura o princípio da função social da propriedade, o qual, segundo seus artigos 38 e 39, será acatado quando se respeitar o plano diretor aprovado por lei municipal, considerado o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana e para evitar os efeitos negativos sobre o meio ambiente.

A garantia do direito a cidades sustentáveis é fixada como o direito à terra urbana, moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura, mediante as regras fixadas no artigo 2º, incisos I a XXIII, do citado diploma legal.

2.2.2. Novo Código Civil

Previsto na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o novo Código Civil trouxe textualmente a previsão do direito real à propriedade (art. 1225, I)¹⁴ e

¹¹ BRASIL. Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000. Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, 15 fev. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc26.htm. Acesso em: 28 set. 2017.

¹² ONU-Habitat. *UN-HABITAT*. Disponível em: <https://ajonu.org/2012/10/17/onu-habitat/>, acesso em: 10 jun. 2016.

¹³ BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jul. 2001, retificado em 17 jul. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 29 set. 2017.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União Bra-

que este deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (art. 1228, § 1º).

Também foi um passo dominante para garantir o direito à moradia e reduzir as desigualdades socioeconômicas, a Lei Federal nº 11.124, de 16 de julho de 2005, consequência do primeiro projeto de lei de iniciativa popular, criando o “*Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS) e o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS)*.”¹⁵

2.3. Direitos Humanos: o direito do acesso à moradia adequada

O direito à moradia é reconhecido como um Direito Humano no âmbito internacional e o Brasil é signatário dos instrumentos legais da Organização das Nações Unidas que o asseguram.

O artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 já previa que: *toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, moradia, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis* (g.n.).¹⁶

Em 1966, foi aberto à assinatura, ratificação e adesão, pela resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que reconhece o direito de toda pessoa à moradia adequada:

Artigo 11. 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequando (sic) para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse di-

sília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 28 set. 2017.

¹⁵ BRASIL. Lei Federal nº 11.124/02, de 16 de junho de 2005. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jun. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ATO2004-2006/2005/lei/L11124.htm. Acesso em: 01 jun. 2016.

¹⁶ ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Resolução nº 217 A (III) assinada pelo Brasil em 10 de dezembro de 1948. Proclamação 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 28 set. 2017.

reito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.¹⁷

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) foi avaliado pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC), órgão das Nações Unidas criado em 1985 e vale destacar a Observação nº 4 – Direito a uma moradia adequada¹⁸, que estabelece parâmetros para defini-la, nos seguintes termos: segurança da posse; disponibilidade de serviços, instalações e infraestrutura; economicidade; habitabilidade; acessibilidade; localização; adequação cultural.¹⁹

A ONU reforça o conceito de que o direito à moradia não é somente o direito à habitação, visto de forma restrita, mas destaca que moradia adequada: (i) significa lugar em segurança, paz e dignidade; (ii) contempla: (a) liberdades (não interferência na sua casa, privacidade e família; escolher sua própria residência; determinar onde viver e ter liberdade de movimento); (b) garantias (segurança da posse, restituição da moradia, da terra e da propriedade, acesso igualitário e não discriminatório à moradia adequada, participação na comunidade e em âmbito internacional na tomada de decisões referentes à moradia); e proteções (contra remoção forçada, destruição arbitrária e demolição da própria casa).²⁰

O Programa de Assentamentos Humanos das Nações Unidas (ONU-HABITAT) considera que pelo menos dois milhões de pessoas no mundo são despejadas a cada ano, enquanto milhões estão ameaçadas de remoções forçadas.²¹

Destaque ao fato de que o documento brasileiro em comento destaca as situações especiais das mulheres, crianças, habitantes de favela, populações em

¹⁷ BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *Diário Oficial da União*, Brasília, 07 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 28 set. 2016.

¹⁸ NACIONES UNIDAS. *Instrumentos internacionales de derechos humanos*. p. 21-27. Disponível em: http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/Observacoes_Gerais_UNU.pdf. Acesso em: 25 maio 2016.

¹⁹ BRASIL: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Direito à moradia adequada* – Brasília. Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013. Disponível em: <http://unesdoc.org/0022/002254/225430POR.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2016.

²⁰ UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. General Comment Nº 07: The Right To Adequate Housing (Art. 11, Para. 1, Of The Covenant); Forced Evictions. Geneva, 1997. Disponível em : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nfs/\(symbol\)/CESCR+General+Comment+7.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nfs/(symbol)/CESCR+General+Comment+7.En?OpenDocument) > *apud* BRASIL: Secretaria de Direitos Humanos, *ibidem*, p. 13.

²¹ UN-HABITAT. *Global Report on Human Settlements 2007: enhancing urban safety and security*. Nairobi, 2007. Disponível em : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nfs/\(symbol\)/CESCR+General+Comment+7.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nfs/(symbol)/CESCR+General+Comment+7.En?OpenDocument) > *apud* BRASIL: Secretaria de Direitos Humanos, *ibidem*, p. 14..

situação de rua, pessoas com deficiência, deslocados e imigrantes e povos indígenas, mas não específica a situação do idoso.

2.4. DIREITO À MORADIA NO BRASIL – ESTATÍSTICA

Embora a legislação brasileira sobre moradia seja moderna, a implementação deste direito está longe de se tornar realidade, pois em 2009, estimava-se um déficit habitacional de 7,9 milhões de lares.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) disponibilizou sua “Pesquisa Nacional por amostra de Domicílios – 2014”, que abordou vários perfis das moradias brasileiras e que, para fins deste trabalho, são pontos que envolvem os idosos.

A pesquisa aponta que, em 2014, houve aumento de 0,7 ponto percentual da participação de pessoas na faixa dos 60 anos ou mais, em relação a 2013. Este crescimento da participação relativa, junto com o decréscimo do contingente populacional com idade igual ou menor de 24 anos, modifica a pirâmide etária, com alargamento do topo da pirâmide e estreitamento de sua base.²²

Essa pirâmide, que contempla a distribuição populacional no período entre 2004 e 2014, mostra a mudança na estrutura etária da população, corroborando o crescimento da população maior de 60 anos e o decréscimo da população menor de 24 anos.²³

Em estudo que contempla o período de 2001 a 2014, os dados da PNAD mostram que houve uma diminuição entre os menores de 17 anos e um aumento das pessoas com idade acima de 40 anos.²⁴

3. POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO DO IDOSO NO BRASIL

3.1. Quem é o idoso?

²² Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: síntese de indicadores 2014/IBGE – Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94935.pdf>. p. 38, acesso em: 10.6.2016. Conceituou-se como domicílio o local de moradia estruturalmente separado e independente, constituído por um ou mais cômodos. A separação fica caracterizada quando o local de moradia é limitado por paredes, muros, cercas, coberto por um teto, e permite que seus moradores se isolem, arcando com parte ou todas as suas despesas de alimentação ou moradia. A independência fica caracterizada quando o local de moradia tem acesso direto, permitindo que seus moradores possam entrar e sair sem passar por local de moradia de outras pessoas. Classificaram-se os domicílios como particulares quando destinados à habitação de uma pessoa ou de um grupo de pessoas cujo relacionamento fosse ditado por laços de parentesco, dependência doméstica ou, ainda, normas de convivência. Como coletivos foram classificados os domicílios à habitação de pessoas em cujo relacionamento prevalecesse o cumprimento de normas administrativas. São exemplos de domicílios coletivos os estabelecimentos destinados a prestar serviços de hospedagem (hotéis, pensões e similares), instituições que possuem locais de residência para pessoas institucionalizadas (orfanatos, asilos, casas de detenção, quartéis, hospitais, etc.) e, também, alojamento de trabalhadores em canteiros de obras.

²³ *Ibidem*, p. 39. Acesso em: 30 out. 2016.

²⁴ *Ibidem*, p. 71. Acesso em: 30 out. 2016.

A idade convencionada para se considerar uma pessoa idosa varia de país a país. No Brasil, a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, dispõe sobre o “Estatuto do Idoso”, que regula os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

3.2. Quem deve cuidar do idoso?

Cabe à família, à comunidade, à sociedade e ao Poder Público a obrigação de assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (art.3º).²⁵

3.3. O direito à moradia: proteção da habitação do idoso

O Capítulo IX trata especificamente de proteção da habitação do idoso, que inclui, além do conceito da moradia digna e da assistência integral, no seio da família natural ou substituta, incluindo aqui instituições dedicadas ao atendimento ao idoso.²⁶

3.4. Conceito de políticas públicas

²⁵ Art. 3º – Parágrafo único – A garantia de prioridade compreende: I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população; II – preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas; III – destinação privilegiada de públicos nas áreas relacionadas com a proteção do idoso; IV – viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações; V – priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência; VI – capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos; VII – estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento; VIII – garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais; IX – prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda.

²⁶ Art. 37. O idoso tem direito à moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhada de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada. § 1º A assistência integral na modalidade de entidade de longa permanência será prestada quando verificada a inexistência de grupo familiar, casa-lar, abandono ou carência de recursos próprios ou da família. § 2º Toda instituição dedicada ao atendimento ao idoso fica obrigada a manter identificação externa visível, sob pena de interdição, além de atender toda legislação pertinente. § 3º As instituições que abrigarem idosos são obrigadas a manter padrões de habitação compatíveis com as necessidades deles, bem como provê-los com alimentação regular e higiene indispensáveis às normas sanitárias e com estas condizentes, sob as penas da lei. Art. 38. Nos programas habitacionais, públicos ou subsidiados com recursos públicos, o idoso goza de prioridade na aquisição de imóvel para moradia própria, observado o seguinte: I – reserva de pelo menos 3% (três por cento) das unidades habitacionais residenciais para atendimento ao idosos; (Redação dada pela Lei nº 12.418, de 2011) II – implantação de equipamentos urbanos comunitários voltados ao idoso; III – eliminação de barreiras arquitetônicas e urbanísticas, para garantia de acessibilidade ao idos; IV – critérios de financiamento compatíveis com os rendimentos de aposentadoria e pensão. Parágrafo único. As unidades residências reservadas para atendimento a idosos devem situar-se, preferencialmente, no pavimento térreo. (Incluído pela Lei nº 12.419, de 2011)

Políticas Públicas são a positivação, pelo Estado, dos direitos sociais, pois estes precisam de legislação regulatória para sua consecução.

Segundo Dallari Bucci²⁷,

O fundamento mediato das políticas públicas, o que justifica o seu aparecimento, é a própria existência dos direitos sociais – aqueles, dentre o rol de direitos fundamentais do homem, que se concretizam por meio de prestações positivas do Estado. Enquanto os direitos individuais, ditos direitos fundamentais de primeira geração, consistem em liberdades, os direitos sociais, ditos de segunda geração, consistem em poderes, que “só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas”²⁸.

3.5. Políticas públicas para os idosos no Brasil

As políticas públicas para os idosos no Brasil devem abranger não só a questão da moradia, mas todos os direitos fundamentais e sociais a eles relacionados.

A questão da moradia deve abranger, não só a moradia em si, mas também toda sua dimensão digna, isto é, morar em condições sanitárias adequadas e seguras, seja no seio de sua família natural ou substituta ou em instituição especial.

Toda a problemática da desigualdade social, da falta de crédito imobiliário é refletida na efetivação desse direito e deve caminhar junto com as políticas educacionais, de emprego, renda, transporte e redução de violência. A questão da qualidade da moradia envolve não só a moradia física em si, como o acesso ao mercado de trabalho, escola, saúde, lazer, segurança.

A questão do idoso torna-se ainda mais relevante quando da análise de que o país já tem 33,66 milhões de idosos (13,7% da população total).²⁹ A expectativa do IBGE é de que, em 2060, o Brasil tenha 58,4 milhões de pessoas idosas (26,7% do total), sendo que a expectativa de vida dos brasileiros passará de 75 anos em 2013 para 81 anos em 2060 – mulheres vivendo, em média, 84,4 anos e homens 78,03 anos -, combinado com o fato de que a taxa de fecundidade dos últimos 50 anos teve um decréscimo, passando de 6,2 filhos nos anos 1960 para 1,77 (estimado) em 2013.

²⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. *Revista de informação legislativa*, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997 | *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 13, p. 134-144, 1996, 01/1997.

²⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro : Campus, 1992, p. 21: Sobre os fundamentos dos direitos do homem *apud* BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. *Revista de informação legislativa*, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997 | *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 13, p. 134-144, 1996, 01/1997.

²⁹ Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: síntese de indicadores 2014/IBGE – Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94935.pdf>. p. 39. Acesso em: 10 jun. 2016.

No âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, foi consolidado o “Pacto pela Saúde 2006”, instituído pela Portaria nº 399, de 22 de fevereiro de 2006, no qual se prevê a implantação da “Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa” e que busca a atenção integral, através da promoção do envelhecimento ativo e saudável; com atenção integral à saúde do idoso; ações intersetoriais; atenção domiciliar; acolhimento preferencial nas unidades de saúde, conforme o risco; garantia de recursos para os programas; participação social; educação permanente dos profissionais de saúde da área, com divulgação da Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa; cooperação nacional e internacional de experiências na área e apoio à pesquisa.

As ações estratégicas incluem: caderneta de Saúde da Pessoa Idosa; manual de Atenção Básica e Saúde para a Pessoa Idosa; Programa de Educação Permanente à Distância; Acolhimento; Assistência Farmacêutica; Atenção Diferenciada na Internação; Atenção Domiciliar.³⁰

3.6. Perfil dos idosos no Brasil: a construção de políticas públicas conscientes

No ano de 2015, o Brasil obteve a classificação nº 56 entre 96 países pesquisados pela Global AgeWatch Index ³¹, em 2015, segundo a expectativa de vida. (g.n.) Nessa pesquisa, os primeiros colocados foram Suíça, Noruega e Suécia, e os últimos colocados foram Moçambique, Malawi e Afeganistão. Chile foi o 21º colocado, Uruguai o 27º, Argentina o 31º, Colômbia o 36º, Peru o 48º, Bolívia o 55º, Paraguai o 69º, Venezuela o 76º.

A previsão da agência, segundo seus dados, é de que haja crescimento da população com mais de 60 anos, que passará de 11,7% em 2015 para 29,30% em 2050.

O Relatório concluiu que a desigualdade nas áreas de saúde, educação e renda das pessoas idosas está crescendo entre os países do topo do ranking e os demais, sendo o Brasil (56º colocado) utilizado como exemplo, em comparação com o Japão (8º colocado) e Afeganistão (96º colocado) quanto à expectativa de vida aos 60 anos.

Enquanto em 2010 o Japão apresentava uma expectativa de vida saudável de mais 23 anos, crescendo para mais 26 anos em 2012, o Brasil apresentava em 2010 uma expectativa de mais 16 anos e em 2012, de mais 21 anos, e o Afeganistão em 2010, de 9,2 anos e em 2012, de 16 mais anos.

No estudo sobre os países, avaliando os países do BRICS (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul) entre 2015 e 2030, a pesquisa conclui que o ponto positivo da classificação brasileira é justamente a renda gerada pela previdência social (income security), ao contrário da Rússia, por exemplo.

³⁰ MINISTÉRIO DA SAÚDE (BR). Portaria nº 399, de 22 de fevereiro de 2006. Divulga o Pacto pela Saúde de 2006 – Consolidação do SUS e aprova as Diretrizes Operacionais do Referido Pacto. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0399_22_02_2006.html. Acesso em: 01 jun. 2016.

³¹ GLOBAL NETWORK. Global AgeWatch Index 2015. Published by HelpAge International, London. Disponível em: <http://reports.helpage.org/global-agewatch-index-2015-insight-report.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2016.

Por fim, entre os países da América Latina e Caribe em relação à questão previdenciária, saúde, capacidade e ambiente favorável, na comparação Brasil (56º) e Bolívia (55º), o Brasil tem melhores índices nas questões previdenciária (*income security*) e saúde (*health status*), enquanto a Bolívia tem melhores índices nas questões capacidade (*capacity*) e ambiente favorável (*enabling environment*).

A divergência dos dados apresentados no Relatório com os do IBGE quanto à população idosa, deve-se, provavelmente à diferença de métodos utilizados em ambos os trabalhos.

A colocação do Brasil no ranking mostra a necessidade que o Brasil tem de melhorar seu empenho nas áreas estudadas, a saber, previdência social, saúde, capacidade e ambiente favorável.

Embora o Brasil talvez estivesse em primeiro lugar em questão de legislação, geralmente não há regulamentação adequada e, quando há, acontecem empecilhos para a aplicação das leis.

Também há que se colocar a questão do financiamento destinado aos diversos programas. Muitas vezes, o dinheiro não chega ao seu destino ou por contingenciamento ou pela incapacidade que os governos (federal, estaduais, municipais e do distrito federal) têm de demonstrar seus gastos e suas necessidades.

Com relação ao Sistema Único de Saúde – SUS, a par da falta de investimento, sobressai a questão do gerenciamento, assim como em todas as demais áreas.

O projeto da transparência possibilita aos governos, a previsão de seus gastos conforme suas necessidades reais e suas receitas, dificultando a malversação das verbas, pois aumenta o controle interno e externo.

Também é preciso que, em relação aos funcionários, haja adequação de seu número e programas de qualificação para os mesmos. Os programas devem ser adequados à nossa realidade, sem ultrapassar os limites da responsabilidade fiscal, sendo que, em caso de necessidade de cargos de confiança, estes deveriam ser limitados a cargos técnicos, para funcionários de carreira, com amplo conhecimento da área.

O Brasil é muito grande e muito desigual, tanto geográfica, quanto cultural, quanto socialmente e as mudanças de hábitos necessárias para uma diminuição dessas desigualdades incluem a capacidade que o brasileiro tem de aceitar a corrupção como normal, sua ideia de que a coisa pública não é dele e que, portanto, não precisa ser cuidada, de achar que o governo deve ser como uma grande mãe, sempre presente para tirá-lo das situações em que ele insiste em dizer que o outro foi responsável.

Acrescentando um item não relacionado na pesquisa apresentada: é preciso investir em educação. Um país em que estudantes fazem greves porque querem estudar, mas não vão às aulas – estou falando da classe privilegiada que consegue estar frequentando escolas no país-, não apresenta uma perspectiva de melhoria quanto a seu futuro.

Com educação, conquista-se cidadania. É necessário haver compreensão do que é direito e do que é dever para que as pessoas compreendam o que devem esperar do governo e o que devem apresentar ao governo.

Foi exemplar a conduta dos cidadãos japoneses que, por causa do tsunami enfrentaram filas impiedosas por 2 pães diários (conforme reportagem da TV Globo

à época), mas em que não houve tentativas de furar a fila ou conseguir mais pães. Quando a população não tenta ludibriar o sistema, o governo tem mais possibilidades de controlar as necessidades e dirigir seus gastos a situações de maior necessidade.

4. “FUTURIDADE – PLANO ESTADUAL PARA A PESSOA IDOSA” – “VILA DIGNIDADE EM AVARÉ – SÃO PAULO”, UMA EXPERIÊNCIA CONCRETA

4.1. Alicerces para os programas desenvolvidos pelo Governo do Estado de São Paulo

4.1.1. O Conselho Estadual do Idoso (CEI)

Conselho Estadual do Idoso (CEI) é um órgão deliberativo paritário vinculado à Secretaria de Desenvolvimento Social (Seds) com fundamento na Lei nº 12.548, de 27.02.2007, e tem como atribuições: “articular, mobilizar, estimular, apoiar, fiscalizar e deliberar projetos, questões relativas à Política Estadual do Idoso em todas as suas instâncias, em consonância com a Política Nacional do Idoso e do Estatuto do Idoso (artigos 52 e 53)”; buscar as parcerias legais para a execução dos objetivos; “opinar sobre os critérios de atendimento e a respeito dos recursos financeiros destinados pelo Estado às Instituições que prestam serviços às pessoas idosas; apoiar todas as iniciativas que visam promover a pessoa idosa em qualquer lugar do Estado.”³²

O CEI é um órgão deliberativo paritário vinculado à Secretaria de Desenvolvimento Social (Seds) com fundamento na Lei nº 12.548, de 27.02.2007, e tem como atribuições: “articular, mobilizar, estimular, apoiar, fiscalizar e deliberar projetos, questões relativas à Política Estadual do Idoso em todas as suas instâncias, em consonância com a Política Nacional do Idoso e do Estatuto do Idoso (artigos 52 e 53)”; buscar as parcerias legais para a execução dos objetivos; “opinar sobre os critérios de atendimento e a respeito dos recursos financeiros destinados pelo Estado às Instituições que prestam serviços às pessoas idosas; apoiar todas as iniciativas que visam promover a pessoa idosa em qualquer lugar do Estado.”

Fazem parte do CEI, 26 membros titulares e seus suplentes, nomeados e empossados pelo Governados do Estado. Os representantes são: 13 da Sociedade Civil; 10 de órgãos Públicos Estaduais (Secretarias de Estado); 1 do Fundo Social de Solidariedade do Estado de São Paulo; 1 do Ministério Público e 1 da Defensoria Pública.³³

³² SECRETARIA DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Conselho Estadual do Idoso*. Disponível em: http://www.desenvolvimentosocial.sp.gov.br/portal.php/institucional_conselho-estadualdoidoso. Acesso em: 01 jun. 2016.

³³ *Ibidem*.

4.1.2. Fundo Estadual do Idoso (Lei nº 14.874/12)

Destina-se a financiar programas e ações voltadas à pessoa idosa, com o objetivo de assegurar seus direitos sociais e criar condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade, de modo que a destinação de recursos para o fundo é feita por meio de incentivo fiscal. Destaque-se:

A pessoa física, que tem imposto a pagar ou direito à restituição, pode deduzir doações ao Fundo Estadual do Idoso até o limite de 6%, desde que utilizem o modelo completo de Declaração de Imposto de Renda. Este limite inclui também as demais doações incentivadas que juntas não deverão excedê-lo.

A pessoa jurídica pode destinar até 1% do Imposto de Renda devido ao Fundo Estadual do Idoso sem concorrer com outras doações incentivadas. Por exemplo, a empresa pode destinar 1% ao Fundo do Idoso e mais 1% ao Fundo da Criança e do Adolescente.

A doação é simples e todo procedimento está disponível no site.³⁴

A Secretaria de Desenvolvimento Social dá suporte à gestão do Fundo e também designa seu gestor financeiro.

Cabe ao Conselho Estadual do Idoso a definição dos critérios para a utilização dos recursos do Fundo Estadual do Idoso e a elaboração do plano anual com ações que contemplam a política de promoção, proteção, defesa e atendimento dos direitos do idoso.

4.2. Políticas públicas para atendimento ao idoso no estado de São Paulo

A seguir, são apresentadas as Políticas Públicas desenvolvidas pelo Estado de São Paulo dirigidas aos idosos, conforme dados obtidos no site da Secretaria de Desenvolvimento Social e do Conselho Estadual do Idoso.³⁵

4.2.1. Rede socioassistencial de atendimento à população idosa

O Estado de São Paulo possui 1.836 serviços socioassistenciais direcionados ao atendimento da população idosa. Esses serviços são ofertados nos Centros de Referência da Assistência Social (CRAS), Centros de Referência Especializados de Assistência Social (CREAS), Centros de Convivência do Idoso (CCI), Centros Dia do Idoso (CDI), Instituições de Longa Permanência para Idosos (ILPI) e Entidades Sociais.

³⁴ SECRETARIA DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Fundo social do idoso: seu imposto amigo do idoso*. Disponível em: <http://www.desenvolvimentosocial.sp.gov.br/a2sitebox/arquivos/documentos/832.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2016.

³⁵ Idem. *SP amigo do idoso*. Disponível em: http://www.desenvolvimentosocial.sp.gov.br/portal.php/programas_spamigodoidoso. Acesso em: 01 jun. 2016.

Tem como estimativa atender pela rede 559.627 idosos, a um custo com cofinanciamento estadual alocado nos serviços de R\$23.159.305,19.

Tem o objetivo de expandir a rede de proteção social à pessoa idosa, unindo iniciativas de entidades e órgãos públicos e privados na criação de uma comunidade verdadeiramente amiga do idoso.³⁶

4.2.2. SP Amigo do Idoso e Selo Amigo do Idoso

O programa “*SP Amigo do Idoso*” foi instituído pelo Decreto nº 58.047, de 15 de maio de 2012, e inclui o Programa Selo Amigo do Idoso, com a proposta do desenvolvimento de ações intersecretariais voltadas à proteção, educação, saúde e participação da população idosa do Estado.

Ao todo, são 11(onze) Secretarias de Estado envolvidas e o Fundo Social de Solidariedade (FUSSESP), sob a coordenação da Secretaria de Desenvolvimento Social. Ações em curso: Programa Vida Ativa e Jogos Regionais do Idoso (Esporte); Melhor Viagem (Turismo); Centros de Referência do Idoso, Cuidados Continuados e Ambulatórios Especializados no Idoso (Saúde); Projeto Viva Mais; Praça de Exercício (FUSSESP); Universidade Aberta à Terceira Idade, Inclusão Digital, cursos de graduação e pós-graduação em Gerontologia (Educação).

A Secretaria de Desenvolvimento Social atua em quatro frentes: Implantação de Centros Dia e Centros de Convivência; Vila Dignidade; Selo Amigo do Idoso (municípios e empresas); e Fundo Estadual do Idoso.

4.2.2.1. Centros Dia e Centros de Convivência do Idoso

A Secretaria é responsável pela implantação de novos equipamentos no âmbito da Proteção Social Básica e Proteção Social Especial, os Centros de Convivência e Centros Dia do Idoso, que compõem a rede socioassistencial dos municípios.

Centro Dia do Idoso (CDI) – Espaço de acolhimento para idosos semi-dependentes com idade igual ou superior a 60 anos. A prioridade do atendimento é para aqueles cujas famílias não têm condição de dar atenção e cuidado durante o dia, pois precisam trabalhar/ estudar. O local oferece alimentação, atividades de lazer, cultura, banheiros adaptados, área de descanso, sala de convivência com TV e enfermaria. Capacidade: até 50 idosos. Investimento do Estado: R\$ 500 mil/unidade. Previstos no total: 102 unidades. Inaugurados até maio de 2016 – 45 Centros Dia

³⁶ SECRETARIA DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. *SP Amigo do idoso*. Disponível em: http://www.desenvolvimentosocial.sp.gov.br/portal.php/programas_spamigodoidoso. Acesso em: 01 jun. 2016.

(Agudos, Americana, Apiaí, Araraquara, Araras, Avaré, Capela do Alto, Caieiras, Dois Córregos, Dracena, Espírito Santo do Pinhal, Franca, Ibitinga, Ilha Solteira, Ilabela, Itapetininga, Itapeva, Itatiba, Itatinga, Itu, Jaguariúna, Jaú, Leme, Marília, Miguelópolis, Mogi das Cruzes, Mogi Mirim, Monte Alto, Olímpia, Osvaldo Cruz, Piracicaba, Poá, Pompéia, Ribeirão Preto, Socorro, Vinhedo, Votorantim, Votuporanga e Santo Antônio da Alegria).

Centro de Convivência do Idoso (CCI) – Espaço de convivência, socialização, lazer e atividades, onde os idosos com mais de 60 anos podem frequentar. Ou seja, trata-se de equipamento de proteção básica de caráter preventivo, contribuindo para o envelhecimento ativo, saudável e autônomo. Capacidade: até 200 idosos. Investimento do Estado: R\$ 250 mil/unidade. Previstos no total: 151. Inaugurados até maio de 2016: 16 Centros de Convivência (Adolfo, Aparecida d'Oeste, Boraceia, Central, Cristais Paulista, Elias Fausto, Floreal, Gavião Peixoto, Ipiruá, Itapuí, Mombuca, Monções, Palmares Paulista, Populina, Potirendaba e Sales).

4.2.2.2. O Selo Amigo do Idoso

Criado com o objetivo de estimular os municípios e entidades públicas e da sociedade civil a implantarem ações referenciadas pelo *Programa São Paulo Amigo do Idoso*. O Selo certifica os municípios paulistas, órgãos da administração direta e indireta, entidades públicas e privadas, de acordo com boas práticas públicas voltadas às pessoas idosas, citadas pelo Programa.

Para conquistar o Selo Inicial, Intermediário e Pleno, é necessário cumprir metas (ações obrigatórias), tais como: implantar Conselho Municipal do Idoso, atualizar o cadastro de idosos no CadÚnico, realizar diagnósticos, dentre outros. O Selo é concedido por categorias: Selo Inicial, Selo intermediário, Selo Pleno.

Participam hoje da ação 637 municípios que efetivamente assinaram Termo de Adesão ao Programa, comprometendo-se a realizar as ações previstas.

4.3. Moradia: programa Vila Dignidade³⁷

4.3.1. Uma nova política pública: a compreensão do idoso em sua integralidade

O Programa Vila Dignidade foi instituído pelo Decreto nº 54.285, de 29 de abril de 2009, com nova redação dada pelo Decreto Estadual nº 56.448/2010, é voltado ao atendimento de idosos independentes de em situação de vulnerabilidade social.

³⁷ SECRETARIA DA HABITAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. CDHU. *Programa Vila Dignidade*. Disponível em: http://www.cdhu.sp.gov.br/programas_habitacionais/provisao_de_moradias/vila-dignidade.asp. Acesso em: 01 jun. 2016.

Visa a construção de equipamento público constituído de moradias assistidas em pequenas vilas, adequadas a essa população, incorporando os preceitos do desenho universal, e com áreas de convivência social, garantindo acompanhamento social permanente ao público beneficiado, integrado à rede de serviços do município.

Resulta de uma parceria entre a Secretaria Estadual de Desenvolvimento Social, a Secretaria da Habitação, a CDHU e as Prefeituras dos municípios paulistas.

Já foram inauguradas 17 (dezesete) Vilas Dignidade: nas cidades de Araraquara, Avaré, Botucatu, Caraguatatuba, Itapetininga, Itapeva, Ituverava, Jaú, Jundiá, Laranjal Paulista, Limeira, Mogi das Cruzes, Mogi Mirim, Presidente Prudente, Ribeirão Preto, São José do Rio Preto e Tupã.

4.3.2. O Decreto estadual nº 54.285, de 29 de abril de 2009: convênios

O Programa Vila Dignidade articula-se com o Plano Estadual para a Pessoa Idosa do Governo do Estado de São Paulo denominado FUTURIDADE. Regido pelo Decreto Estadual nº 54.285/09, alterado pelo Decreto Estadual nº 56.448/2010, regulamentando o programa de moradia e autoriza as Secretarias Estaduais da Habitação e de Assistência e Desenvolvimento Social, representando o Estado, a celebrar convênio com a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo (CDHU) e com os municípios do Estado de São Paulo, visando a implementação do Programa Vila Dignidade.

O Programa Vila Dignidade tem por objetivo promover equipamento público de moradia assistida e subsidiada, incluído o Centro de Convivência do Idoso, adequados às necessidades das pessoas idosas.³⁸

³⁸ SECRETARIA DA HABITAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. CDHU. *Programa Vila Dignidade*. Disponível em: http://www.cdhu.sp.gov.br/programas_habitacionais/provisao_de_moradias/vila-dignidade.asp. Acesso em: 01 jun. 2016.

I – ao atendimento às pessoas idosas com 60 (sessenta) anos ou mais, independentes para a realização das atividades de vida diária, com renda mensal de até 1 (um) salário mínimo, preferencialmente sós ou com vínculos familiares extremamente fragilizados, em decorrência de abandono, situação de vulnerabilidade e risco pessoal e social, e residentes no município há pelo menos dois anos;

II – à construção de equipamento público constituído de moradia assistida subsidiada com até 28 (vinte e oito) unidades, incluído o Centro de Convivência do Idoso, e dotação das moradias e do centro com o mobiliário básico indispensável às necessidades realizadas pelas pessoas idosas;

III – à prevenção do isolamento de pessoas idosas, promovendo sua independência e autonomia em moradias apropriadas ao ciclo de vida;

IV – ao fortalecimento da rede de proteção e defesa dos direitos das pessoas idosas, inserindo a moradia como um componente da atenção integral à população idosa.

É interessante notar que as condições de elegibilidade das prefeituras municipais, bem como as regras para a apresentação de propostas serão detalhadas em resolução conjunta das Secretarias envolvidas. (artigo 4º)

O Decreto estabelece um modelo padrão de convênio a ser firmado com as Prefeituras de modo que seu objeto é a construção de moradias e áreas de convivência social, projetadas para pessoas idosas, em núcleos habitacionais horizontais, fixadas em um Plano de Trabalho aprovado pela Secretaria da Habitação e aprovado pela Secretaria de Assistência e Desenvolvimento Social.

4.3.3. As regras do Plano de Trabalho

Cabe ao CDHU a construção do núcleo habitacional, seja em terreno próprio ou da prefeitura, devidamente matriculado no registro de imóveis e a gestão do empreendimento cabe à Prefeitura, conforme estabelecido pela SEADS.

O CDHU doará o empreendimento à Prefeitura, conforme o caso.

4.3.4. Repartição de responsabilidades

A responsabilidade de cada parte é assim definida:

(i) Cabe à Secretaria de Habitação: destinar recursos financeiros conforme definição do Plano de Trabalho; análise e aprovação da documentação técnica e administrativa; repasse dos recursos à CDHU (§ 3º do artigo 116 da Lei Federal nº 8.666/93, e alínea “e”, do item 3 do Decreto Estadual nº 40.722/96, e nos termos da Cláusula Quinta do presente), acompanhar e fiscalizar a aplicação dos recursos e a prestação de contas (§ 1º do artigo 9º); atestar a execução final do objeto ajustado, na conformidade do disposto no artigo 73 da Lei Federal nº 8.666/93; articular-se com outros órgão públicos e entidades da sociedade civil, através de instrumento adequado, para consecução dos propósitos da Política Estadual do Idoso.

(ii) Cabe à SEADS: aprovação do Projeto Social da Prefeitura, conforme Modelo Padrão, previsto no Plano Municipal de Assistência Social – PMSA; assessoria técnica à Prefeitura; articulação com outros órgãos públicos e entidades da sociedade civil para a promoção de ações integradas relacionadas à Política Estadual do Idoso; monitoração e avaliação do projeto implantado (alterações devem ser submetidas à SEADS).

(iii) Cabe à CDHU: elaboração de projetos, Termos de Referência e especificações técnicas, conforme previsão do Decreto nº 53.485, de 26 de setembro de 2008; contratação da execução das obras e serviços indicados na Cláusula Primeira, direta ou indiretamente, respeitando os prazos e condições do Plano de Trabalho sob sua inteira responsabilidade administrativa e legal; acompanhamento e fiscalização da execução das obras e dos serviços; submeter à SH qualquer proposta de alteração do Plano de Trabalho; disponibilizar para a SH toda a documentação que

envolva a aplicação dos recursos repassados, facilitando o acompanhamento do desenvolvimento do objeto do citado ajuste; prestação de contas à SH da correta aplicação dos recursos, na forma da Cláusula Sexta e instruções do Tribunal de Contas; doação à Prefeitura do “terreno com as obras de edificação,, urbanismo e paisagismo, incluindo os equipamentos do mobiliário, se for o caso.”

(iv) Cabe à Prefeitura: a) aprovar os projetos indispensáveis à construção o equipamento [...]; b) aprovar Lei Municipal específica que autoriza a Prefeitura a participar do Programa Vila Dignidade [...]; c) executar, por meio do órgão gestor da assistência social, a gestão do Projeto Social [...]; d) dar publicidade aos critérios de elegibilidade estabelecidos; e) identificar potenciais beneficiários e selecionar aqueles a serem beneficiados [...]; f) assegurar a gratuidade da moradia às pessoas idosas; g) criar ou reativar o Conselho Municipal do Idoso; h) articular, por meio de instrumento adequado, com outros órgãos públicos [...]; i) custear o Projeto Social [...]; j) gerenciar, monitorar e avaliar o projeto implementado [...] devendo qualquer alteração ser submetida à aprovação da SEADS; k) cadastrar no Sistema Pró-Social, o programa [...]; l) efetuar a manutenção predial e administração do equipamento; m) encaminhar as pessoas idosas que vierem a se tornar dependentes e fragilizadas, de forma temporária ou permanente, para instituições especializadas; n) prestar as informações requeridas periodicamente [...]; o) atender de forma regionalizada quando não houver demanda no Município; p) promover ações integradas junto à rede de serviços da Assistência Social e ao Programa de Saúde da Família [...]; q) efetuar a averbação das edificações que compõem o equipamento, arcando com os custos desta, quando o terreno for de propriedade da PREFEITURA e quando consistir em lote ou área institucional de conjunto da CDHU.³⁹

4.3.5. Estrutura do programa

Considerando o panorama apresentado nos capítulos anteriores sobre o direito à moradia e o direito do idoso, o presente estudo passa a analisar o programa “Vila Dignidade”, desenvolvido para pessoas de baixa renda, com mais de 60 (sessenta) anos da cidade de Avaré, interior de São Paulo.

³⁹ SÃO PAULO. Decreto nº 56.448, de 29 de novembro de 2010. Dá nova redação a dispositivos do Decreto nº 54.285, de 29 de abril de 2009, que autoriza as Secretarias Estaduais da Habitação e de Assistência e Desenvolvimento Social, representando o Estado, a celebrar convênios com a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU e com os Municípios do Estado de São Paulo, visando à implementação do Programa Vila Dignidade. *Diário Oficial do Estado de São Paulo - Executivo*, São Paulo, 30 nov. 2010. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2010/decreto-56448-29.11.2010.html>. Acesso em: 10 jan. 2017.

O programa é desenvolvido pela CDHU, em parceria com a SEADS e prefeituras e faz parte do “Futuridade – Plano Estadual para a Pessoa Idosa”⁴⁰

Segundo dados oficiais, o projeto teve como parâmetros de acessibilidade os do Desenho Universal: as casas do Programa Vila Dignidade possuem um dormitório, sala conjugada à cozinha, banheiro, área de serviço, aquecedor solar e uma pequena área externa nos fundos que pode ser utilizada como jardim ou horta. Todas as moradias possuem itens de segurança e acessibilidade, como barras de apoio, pias e louças sanitárias em altura adequada, portas e corredores mais largos, interruptores em quantidade e altura ideais, rampas e pisos antiderrapantes.

Os recursos de acessibilidade também foram instalados nas áreas comuns do condomínio para facilitar a locomoção e dar segurança e conforto aos novos moradores. Os conjuntos têm projeto paisagístico diferenciado para proporcionar um ambiente agradável e contam, ainda, com salão para atividades diversas, como festas, reuniões e cursos.

A vila também teve acesso a um posto do Acessa São Paulo, da Secretaria de Gestão Pública. O acesso à internet e monitores são destinados a contribuir não só com a inclusão digital, mas com o desenvolvimento social dos idosos.

Os beneficiados foram indicados pelo Conselho Municipal de Idosos. Para participar, é necessário ter 60 (sessenta) anos ou mais, ser só ou não possuir vínculos familiares sólidos, ser independente para a realização das tarefas diárias, ter renda mensal de até um salário mínimo e morar pelo menos há dois anos no município.

Além das moradias, os idosos contam com assistência social e atividades socioculturais e de lazer, numa ação conjunta das secretarias da Habitação, SEADS, de Economia e Planejamento, da Cultura, da CDHU, do Fundo de Solidariedade e Desenvolvimento Social e Cultura do Estado de São Paulo (FUSSESP), em parcerias com as prefeituras paulistas.

4.3.6. Execução do projeto

O projeto é executado pelo Governo Estadual e envolve os seguintes passos: **(i)** aprovação do Projeto Social das prefeituras envolvidas; **(ii)** prestação de assessoria técnica às prefeituras na execução do Projeto Social e seleção dos idosos; **(iii)** articulação com outros órgãos públicos e entidades da sociedade civil para promoção de ações integradas, contribuindo para o fortalecimento e a ampliação da rede de proteção e defesa dos direitos das pessoas idosas; **(iv)** monitoramento e avaliação do projeto.

⁴⁰ Disponível em: <http://www.desenvolvimentosocial.sp.gov.br/lenoticia.php?id=876>. Acesso em: 01 jun. 2016.

4.3.7. Análise crítica da experiência – Vila Dignidade de Avaré

A Vila Dignidade, unidade de Avaré, localizada na Rua Nelson Evangelista do Prado, 731, Bairro Camargo. Fica na periferia da cidade, num bairro novo, rodeado por um conjunto habitacional também de casas horizontais. É um condomínio murado, entrada trancada, com interfone. Do lado de fora, há um telefone público. O interior do condomínio apresenta as casas com distância de aproximadamente 1,5m em relação ao muro e, na área central, uma área de lazer, uma praça com aparelhos para ginástica e mesas para jogos ou refeições.

Fica distante um quarteirão da rua principal, perto de um mercadinho e da unidade básica de saúde, conforme explicação da gerente do Projeto.

As casas obedecem a descrição do Programa. São de encher os olhos quando se entra nelas: a sala comporta sofá, mesa, armário-aparador, a pia é de um bom tamanho, no quarto, pode ser colocada cama de casal mais armário, o banheiro é largo com todos os itens necessários à segurança de idosos. Ainda existe uma área de serviço coberta, com tanque e lugar para máquina de lavar e, na parte de trás, um corredor do comprimento da casa e com largura suficiente para um jardim, uma hortinha, ou mesmo uma churrasqueira. Na parte da frente do imóvel alguns moradores fizeram pequenos jardins.

Depois de entregues, o Projeto ficou a cargo da Prefeitura da cidade de Avaré, a quem cabe a manutenção das áreas comuns – a das casas cabe aos moradores -, e oferece o gestor, os seguros e o pessoal e material de limpeza.

As áreas comuns estão relativamente conservadas. No salão comunitário, algumas partes do piso estão soltando e aparecem alguns pontos de infiltração. A gerente disse que estão esperando o Estado comparecer para consertar o que acham que seja problema estrutural. A gerente também colocou a dificuldade de acesso a unidade de saúde mais especializadas, mas informou que o ponto de ônibus fica a menos de um quarteirão e que os idosos costumam ir muito ao mercadinho, uma forma de passear e comprar o necessário. Os moradores podem entrar e sair à vontade, mas visitas não podem ficar para pernoite. Ela disse que, no caso de parentes que moram distantes e que vêm para festas como o Natal, ela abre exceção.

A SEADS contribui com uma quantia fixa mensal, para fins de passeios e/ou festas programadas entre os moradores.

Os idosos foram selecionados entre os inscritos que apresentassem maior vulnerabilidade e, no caso de Avaré, foram considerados idosos com ganhos de até 2 salários mínimos, quando o programa prevê somente 1 salário mínimo.

O Projeto de Avaré foi entregue com geladeira e fogão. A gerente narrou o momento em que os moradores sentiram quando, com seu próprio dinheiro, conseguiram comprar seus objetos de desejo. De um modo geral, ela disse que, dentro do período de um ano, eles passaram a poder usar seus ganhos integralmente, livrando-se de dívidas contraídas por familiares.

É imperativo que os idosos sejam autossuficientes, pois o programa não contempla acompanhamento por profissional de saúde na unidade. A gerente disse que incentiva a participação de familiares, pois, no caso do idoso precisar ser removido por qualquer incapacitação, a família é a primeira opção.

O idoso não se torna dono do imóvel, ele é como um inquilino, que só vai sair por doença incapacitante, óbito ou se a família demonstrar que tem condições para abrigá-lo. Então, quando, por exemplo, os aquecedores solares estragam, preferem comprar chuveiros elétricos, quando da visita, havia menos de 10 (dez) funcionando. O idoso pode contratar alguém para fazer a limpeza da casa.

Com relação ao Projeto Acessa, a gerente relatou que foi instalado, mas, como o número de usuários era pequeno e a comunidade ao redor não podia participar porque a entrada à Vila Dignidade é restrita, o Projeto Acessa foi desativado. Alguns idosos mantêm seus computadores particulares.

Todos os cursos oferecidos às comunidades pela Prefeitura de Avaré guardam vagas aos idosos da Vila Dignidade de Avaré.

A gerente comentou que, por ser a primeira Vila, muitos municípios interessados no Projeto a visitam e comentam as modificações que acham adequadas às próprias necessidades.

Algumas prefeituras apresentaram terrenos mais centrais, outras já fizeram contratos com asilos capazes de receber os idosos em caso de necessidade, outras colocaram nos próprios asilos como gestores do Projeto.

Atualmente, é obrigatório que a Vila seja mais perto dos serviços de saúde para evitar grandes deslocamentos dos idosos, e também a aparelhos de lazer e alimentação.

A sensação ao visitar o Projeto é de que o Paraíso não é tão longe de nós.

Uma casa de 39 m², ampla, protegida, onde pessoas que talvez tenham sido relegadas à cidadania de 15^a classe possam, enfim, viver suas vidas com dignidade é uma benção indescritível.

Como o projeto vai evoluir, isso depende de como a comunidade percebe sua importância.

5. CONCLUSÃO

O direito à moradia digna vai além da ideia de ter direito a uma casa ou uma propriedade: abrange toda a dimensão social, cultural e política da cidade onde se habita, a qualidade da vida e acolhimento no Município. Inclui, assim, a ideia de cidadania, bem comum e solidariedade no convívio nas cidades.

O Projeto Vila Dignidade é uma política pública referencial que deve ser divulgado e aprimorado e ampliado de forma consciente. É preciso investir em educação para que a sociedade compreenda a dimensão do problema do idoso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES Jr., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Verbatim, 2014.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Resolução nº 217 A (III) assinada pelo Brasil em 10 de dezembro de 1948. Proclamação 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 28 set. 2016.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2014, 2ª tiragem.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro : Campus, 1992, p. 21: Sobre os fundamentos dos direitos do homem *apud* Bucci, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. *Revista de informação legislativa*, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997 | *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 13, p. 134-144, 1996, 01/1997.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *Diário Oficial da União*, Brasília, 07 de jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 28 set. 2016.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000. Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 fev. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc26.htm. Acesso em: 28 set. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jul. 2001, retificado em 17 jul. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 28 set. 2017.

BRASIL. Lei nº 11.124/02, de 16 de junho de 2005. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jun. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil.03/_ato2004-2006/2005/lei/111124.htm. Acesso em: 01 jun. 2016.

BRASIL: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Direito à moradia adequada* – Brasília. Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, p. 21-30, 2013. Disponível em: <http://unesdoc.org/images/0022/002254/225430POR.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas e direito administrativo*. Brasília, a. 34, nº 133, Jan./mar., 1997. Disponível em: http://unisc.br/portal/upload/com_arquivo/1349877514.pdf. Acesso em: 11 jun. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. 7. ed. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTILHO, Roberto. *Justiça Social e Distributiva: desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: EDUSP, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 12. ed. Paulo: Saraiva, p. 75-87, 2010.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GLOBAL NETWORK. *Global AgeWatch Index 2015*. Published by HelpAge International, London. Disponível em: <http://reports.helpage.org/global-agewatch-index-2015-insight-report.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2016.

HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

IBGE. *Pesquisa Nacional por amostra de domicílios: síntese de indicadores 2014*/IBGE – Rio de Janeiro: IBGE, p. 11-12, 2015. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94935.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2016.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Direito à moradia*. São Paulo: Atlas, 2011.

MINISTÉRIO DA SAÚDE (BR). Portaria nº 399, de 22 de fevereiro de 2006. Divulga o Pacto pela Saúde 2006 – Consolidação do SUS e aprova as Diretrizes Operacionais do Referido Pacto. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0399_22_02_2006.html. Acesso em: 01 jun. 2016.

NACIONES UNIDAS. *Instrumentos internacionais de derechos humanos*. Disponível em: http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/Observacoes_Gerais_UNU.pdf. pp. 21-27. Acesso em: 25 maio 2016.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2010.

ONU-Habitat. *UN-HABITAT*. Disponível em: <https://ajonu.org/2012/10/17/onu-habitat/>. Acesso em: 10 jun. 2016.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SÃO PAULO. Decreto nº 56.448, de 29 de novembro de 2010. Dá nova redação a dispositivos do Decreto nº 54.285, de 29 de abril de 2009, que autoriza as Secretarias Estaduais da Habitação e de Assistência e Desenvolvimento Social, representando o Estado, a celebrar convênios com a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo - CDHU e com os Municípios do Estado de São Paulo, visando à implementação do Programa Vila Dignidade. *Diário Oficial do Estado de São Paulo - Executivo*, São Paulo, 30 nov. 2010. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2010/decreto-56448-29.11.2010.html>. Acesso em: 10 jan. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet. Luiz Guilherme Marinoni. Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 269, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamento à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 1, nº 2, p.66-67, jul./set. 2003 *apud* MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Direito à moradia*. São Paulo: Atlas, p. 61, 2011.

SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, Teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris editora, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SECRETARIA DA HABITAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. CDHU. *Programa Vila Dignidade*. Disponível em: http://www.cdhu.sp.gov.br/programas_habitacionais/provisao_de_moradias/vila-dignidade.asp. Acesso em: 01 jun. 2016.

SECRETARIA DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Conselho Estadual do Idoso*. Disponível em: http://www.desenvolvimentosocial.sp.gov.br/portal.php/institucional_conselhoestadualdoidoso. Acesso em: 01 jun. 2016.

SECRETARIA DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Fundo Social do Idoso: seu imposto amigo do idoso*. Disponível em: <http://www.desenvolvimentosocial.sp.gov.br/a2sitebox/arquivos/documentos/832.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2016.

SECRETARIA DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Idosos de Avaré recebem primeira Vila Dignidade*. Disponível em: <http://www.desenvolvimentosocial.sp.gov.br/lenoticia.php?id=876>. Acesso em: 01 jun. 2016.

SECRETARIA DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. *SP amigo do Idoso*. Disponível em: http://www.desenvolvimentosocial.sp.gov.br/portal.php/programas_spamigodoidoso. Acesso em: 01 jun. 2016.

O DIREITO À EDUCAÇÃO PARA AS RELAÇÕES ÉTNICO-RACIAIS: CONSTITUIÇÃO FEDERAL, LEI N.10.639/03 E ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL

The right to the ethnical-racial education: Federal Constitution, Federal Law nº 10.369/03 and the Statue of Racial Equity.

Ligia Pereira Braga Vieira¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Termos e vocabulários que se referem ao direito à educação para as relações étnico-raciais e o seu sentido jurídico: algumas propostas. 2.1. Raça. 2.2. Etnia. 2.3. Identidade negra. 2.4. Racismo. 2.5. Preconceito e estereótipo. 2.6. Discriminação racial e "democracia racial". 2.7. Afrodescendentes, afro-brasileiros, ações afirmativas. 3. Direito à educação: natureza, conteúdo obrigatório e direito à educação para as relações étnico-raciais. 3.1. Conteúdo material mínimo e educação para as relações étnico-raciais. 3.2. Regime infraconstitucional em destaque. 3.3. Igualdade material, direito à diferença e direito à educação para as relações étnico-raciais. 4. Lei nº 10.639/03 e Estatuto da Igualdade Racial: medidas legais pela diversidade étnico-racial na educação escolar. 5. Algumas ações e políticas públicas de educação para as relações étnico-raciais desenvolvidas no âmbito do Estado de São Paulo. 6. Considerações finais. Referências bibliográficas.

RESUMO

Trata-se de análise sobre a contribuição que a Lei nº 10.639/03 e o Estatuto da Igualdade Racial trazem à concretização do direito à educação para as relações étnico-raciais, previsto na Constituição Federal de 1988 como conteúdo obrigatório do direito à educação. Além de propor um sentido jurídico para os vocábulos mais importantes à temática, a pesquisa convidará à investigação sobre o contexto que ensejou a constitucionalização da matéria no Brasil, e a apresentará como direito humano e fundamental que decorre diretamente do princípio da dignidade humana e da aplicação de postulados de igualdade material, como o direito à identidade e o direito à diferença. A pesquisa apontará ações que foram desenvolvidas no Estado de São Paulo para a implementação da temática nas escolas públicas estaduais. Concluirá que o direito à educação para as relações étnico-raciais traz avanços civilizatórios para toda a humanidade, e que pertence ao mínimo existencial protegido contra retrocessos.

Palavras-chaves: Direito. Educação. Étnico-raciais. Afro-brasileiros(as). Igualdade.

ABSTRACT

This article analyses the contribution that the Federal Law nº 10.639/03 and the Statue of Racial Equity bring to the concretization of the right to ethnical-racial relations education, established in brazilian 1988 Federal Constitution as an obligatory contempt of the right to education. Proposing juridical definitions

¹ Procuradora do Estado de São Paulo, lotada na Procuradoria Judicial desde 2007. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado. Especialista em Direitos Fundamentais e Políticas Públicas pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado.

to the most important terms and words related to the subject, the research invites to an investigation about the context that brought the matter to the text of the 1988 Brazilian Constitution, and presents it as an human and fundamental right which finds its origins at the human dignity principle and at material equality values as the right to identity and the right to difference. The article indicates actions developed in São Paulo Province to realize the subject in the public schools attached to its administration. And concludes that the right to ethnical-racial relations education brings civilizatory advances to all humankind, composing the field of the minimum for the existence protected against retrocesses.

Keywords: Rights. Education. Ethnical-racial. African-brazilians. Equity.

1. INTRODUÇÃO

As presentes elaborações debruçam-se sobre a contribuição que a Lei Federal nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003, e o Estatuto da Igualdade Racial (Lei Federal nº 12.288, de 20 de julho de 2010), trazem à concretização de normas constitucionais que garantem uma educação voltada para as relações étnico-raciais, e mais claramente à disposição do § 1º do art. 242, da Constituição Federal, que estabelece:

“Art. 242.[...]

§ 1º O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro.”

[...]”

A Lei Federal nº 10.639/03 alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – a Lei Federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 –, para regulamentar a inclusão, no currículo oficial dos estabelecimentos de ensino fundamental e médio, oficiais e particulares, da obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira”, em poucos, mas significativos artigos, que podem ser a seguir transcritos:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 26-A, 79-A e 79-B:

“Art. 26-A. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e médio, oficiais e particulares, torna-se obrigatório o ensino sobre História e Cultura Afro-Brasileira.

§ 1º O conteúdo programático a que se refere o **caput** deste artigo incluirá o estudo da História da África e dos Africanos, a luta dos negros no Brasil, a cultura negra brasileira e o negro na formação da sociedade nacional, resgatando a contribuição do povo negro nas áreas social, econômica e política pertinentes à História do Brasil.

§ 2º Os conteúdos referentes à História e Cultura Afro-Brasileira serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de Educação Artística e de Literatura e História Brasileiras.

§ 3º (VETADO)”

“Art. 79-A. (VETADO)”

“Art. 79-B. O calendário escolar incluirá o dia 20 de novembro como ‘Dia Nacional da Consciência Negra’.”

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 9 de janeiro de 2003; 182º da Independência e 115º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Cristovam Ricardo Cavalcanti Buarque

Cerca de 7 (sete) anos depois da edição da Lei nº 10.639/03, o advento do Estatuto da Igualdade Racial, Lei Federal nº 12.288, de 20 de julho de 2010, também estabeleceu parâmetros para a formulação de políticas de educação para as relações étnico-raciais ao longo de 7 (sete) artigos dispostos nas Seções I e II de seu Capítulo II.²

² CAPÍTULO II

DO DIREITO À EDUCAÇÃO, À CULTURA, AO ESPORTE E AO LAZER

Seção I

Disposições Gerais

Art. 9º A população negra tem direito a participar de atividades educacionais, culturais, esportivas e de lazer adequadas a seus interesses e condições, de modo a contribuir para o patrimônio cultural de sua comunidade e da sociedade brasileira.

Art. 10. Para o cumprimento do disposto no art. 9º, os governos federal, estaduais, distrital e municipais adotarão as seguintes providências:

I – promoção de ações para viabilizar e ampliar o acesso da população negra ao ensino gratuito e às atividades esportivas e de lazer;

II – apoio à iniciativa de entidades que mantenham espaço para promoção social e cultural da população negra;

III – desenvolvimento de campanhas educativas, inclusive nas escolas, para que a solidariedade aos membros da população negra faça parte da cultura de toda a sociedade;

IV – implementação de políticas públicas para o fortalecimento da juventude negra brasileira.

Seção II

Da Educação

Art. 11. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, é obrigatório o estudo da história geral da África e da história da população negra no Brasil, observado o disposto na Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

§ 1º Os conteúdos referentes à história da população negra no Brasil serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, resgatando sua contribuição decisiva para o desenvolvimento social, econômico, político e cultural do País.

§ 2º O órgão competente do Poder Executivo fomentará a formação inicial e continuada de professores e a elaboração de material didático específico para o cumprimento do disposto no caput deste artigo.

§ 3º Nas datas comemorativas de caráter cívico, os órgãos responsáveis pela educação incentivarão a participação de intelectuais e representantes do movimento negro para debater com os estudantes suas vivências relativas ao tema em comemoração.

É cediço que a Constituição Federal de 1988 positiva o direito fundamental à educação e o reconhece amplamente, dedicando-lhe toda uma seção do Capítulo III do título VIII, que trata da Ordem Social. A série de nove (9) artigos inicia-se com o célebre artigo 205 e encerra-se com o 214, reconhecendo e garantindo o direito fundamental à educação, nos seguintes termos³:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Todo o cuidado do Poder Constituinte vai ao encontro da importância da educação considerada como um recurso de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, elemento componente do mínimo existencial.

Diz, com efeito, o dicionário Michaelis de português on-line⁴, que a educação é (nosso grifo)

1 Ato ou efeito de educar. 2 Aperfeiçoamento das faculdades físicas intelectuais e morais do ser humano; disciplinamento, instrução, ensino. 3 Processo pelo qual uma função se desenvolve e se aperfeiçoa pelo próprio exercício: Educação musical, profissional etc. 4 Formação consciente das novas gerações segun-

Art. 12. Os órgãos federais, distritais e estaduais de fomento à pesquisa e à pós-graduação poderão criar incentivos a pesquisas e a programas de estudo voltados para temas referentes às relações étnicas, aos quilombos e às questões pertinentes à população negra.

Art. 13. O Poder Executivo federal, por meio dos órgãos competentes, incentivará as instituições de ensino superior públicas e privadas, sem prejuízo da legislação em vigor, a:

I – resguardar os princípios da ética em pesquisa e apoiar grupos, núcleos e centros de pesquisa, nos diversos programas de pós-graduação que desenvolvam temáticas de interesse da população negra;

II – incorporar nas matrizes curriculares dos cursos de formação de professores temas que incluam valores concernentes à pluralidade étnica e cultural da sociedade brasileira;

III – desenvolver programas de extensão universitária destinados a aproximar jovens negros de tecnologias avançadas, assegurando o princípio da proporcionalidade de gênero entre os beneficiários;

IV – estabelecer programas de cooperação técnica, nos estabelecimentos de ensino públicos, privados e comunitários, com as escolas de educação infantil, ensino fundamental, ensino médio e ensino técnico, para a formação docente baseada em princípios de equidade, de tolerância e de respeito às diferenças étnicas.

Art. 14. O poder público estimulará e apoiará ações socioeducacionais realizadas por entidades do movimento negro que desenvolvam atividades voltadas para a inclusão social, mediante cooperação técnica, intercâmbios, convênios e incentivos, entre outros mecanismos.

Art. 15. O poder público adotará programas de ação afirmativa.

Art. 16. O Poder Executivo federal, por meio dos órgãos responsáveis pelas políticas de promoção da igualdade e de educação, acompanhará e avaliará os programas de que trata esta Seção. (sem negritos nos originais)

³ Art. 205, Constituição Federal.

⁴ GREGORIM, Clovis Osvaldo (coord.). *Michaelis dicionário de português on line*. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: <http://www.michaelis.uol.com.br/>. Acesso em: 16 maio 2016.

do os ideais de cultura de cada povo. 5 Civilidade. 6 Delicadeza. 7 Cortesia. 8 Arte de ensinar e adestrar os animais domésticos para os serviços que deles se exigem. 9 Arte de cultivar as plantas para se auferirem delas bons resultados. E. física: a que consiste em formar hábitos e atitudes que promovam o desenvolvimento harmonioso do corpo humano, mediante instrução sobre higiene corporal e mental e mediante vários e sistemáticos exercícios, esportes e jogos.

A definição vai ao encontro da lição de Paulo Freire ⁵, segundo a qual não há seres educados e seres não educados. A educação é processo relacional, é fenômeno, é observação. Ocorre por si, ainda que não se dê conta o sujeito.

Percebe-se, então, a importância de atrelar a educação escolar, que é objeto do dever do Estado, aos princípios republicanos e democráticos, como fez a Constituição Federal de 1988. A educação deve voltar-se aos objetivos constitucionais de alcançar o pleno desenvolvimento humano e uma sociedade livre, justa e solidária.

E desde o advento da Constituição de 1988 não foram poucos os avanços do desenvolvimento humano no Brasil no que diz respeito à educação. Em relação a indicadores passados, houve sensível melhora no acesso ao ensino fundamental, na disponibilização de vagas em creches, nos índices de alfabetização na idade certa e nos índices de alfabetização de adultos.⁶

Contudo, o aumento do número de vagas em creches e a universalização do acesso às séries iniciais parece não refletir, na mesma proporção, em uma demanda por qualidade. As desigualdades que marcam tão veementemente a sociedade brasileira se refletem no serviço de educação, que, ao longo do vasto território nacional, apresenta-se com mais ou menos qualidade, na medida da riqueza econômica da região, segundo apontam os dados de apuração de aprendizados específicos, como os de analfabetismo funcional, por exemplo.⁷

Considerado, porém, um recorte racial, a constatação por demais significativa é a de que os indicadores de analfabetismo, de subalfabetização e de evasão escolar são exponencialmente maiores na população negra – aqui considerada a população de pretos e pardos que assim se declara nos censos do IBGE – em todo o território nacional, independentemente do desenvolvimento econômico da região em que estiver situada. Segundo notícia publicada no sítio eletrônico UOL⁸, dados divulgados

⁵ FREIRE, Paulo. *Educação e Mudança*. 12. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1979, p. 14.

⁶ Situação social da população negra por estado / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Brasília: IPEA, 2014, p. 12.

⁷ Plano Nacional de Implementação das Diretrizes Curriculares Nacionais para Educação das Relações Étnico-raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-brasileira e Africana, p. 5. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=1852-diretrizes-curriculares-pdf&category_slug=novembro-2009-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 16 jun. 2016.

⁸ REDAÇÃO. Negros representam 54% da população do país, mas são somente 17% dos mais ricos. Uol Economia, 04 dez. 2015. Disponível em: <http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2015/12/04/negros-representam-54-da-populacao-do-pais-mas-sao-so-17-dos-mais-ricos.htm>. Acesso em: 16 jun. 2016.

pelo IBGE apontam que, em 2014, 53,6% (cinquenta e três ponto seis por cento) da população brasileira declarou-se negra. Os brasileiros que se declararam brancos eram 45,5% (quarenta e cinco e meio por cento). Contudo, dos mais de 60 (sessenta) milhões de estudantes do país, tem-se que as taxas de analfabetismo entre os negros (11,5%) é duas vezes maior que entre os brancos (5,2%).

Dados do IPEA⁹ revelam que, no ano de 2012, considerada a população com mais de 15 (quinze) anos, 23% da população branca tinha menos de quatro anos de estudo; entre os negros, o percentual atingiu 32,3%. Na população branca, o percentual de pessoas com nove ou mais anos de estudo era de 39,8% em 2001, e subiu para 55,5% em 2012; na população negra, o percentual de pessoas igual escolaridade passou de 22,5%, em 2001, para 41,2%, em 2012. Comparados os dados do IPEA de escolarização adequada para a faixa etária (ou escolarização líquida) para negros e brancos por níveis de ensino, para 2001 e 2012), constata-se que as taxas de escolarização líquida de negros são significativamente inferiores às de brancos nos ensino médio e superior, o mesmo acontecendo para a cobertura escolar na faixa de até cinco anos de idade.

Por certo que, no que diz respeito à escolarização, as desigualdades entre brancos(as) e negros(as) estão relacionadas a fatores múltiplos, séries históricas que hoje resultam em renda familiar reduzida em comparação à da população branca e em maior dificuldade de acesso a bens públicos, com consequências que se traduzem, dentre outros fatores, em menor frequência escolar¹⁰.

Contudo, os estudos de vários campos do conhecimento, que estas linhas convidam a desbravar e que pautaram o ciclo que culminou com a previsão constitucional de uma educação para as relações étnico-raciais, revelam que processos discriminatórios operam no cerne do próprio sistema de ensino do Brasil, de forma que o acesso universal às séries iniciais do Ensino Fundamental não se concretiza nas séries finais da Educação Básica para as pessoas negras. A diversidade racial da população brasileira não se reflete nos bancos da escola.¹¹

Processos discriminatórios decorrentes, por exemplo, da representação estereotipada de pessoas negras e de indígenas no material escolar e nas práticas pedagógicas, ou mesmo da ausência de representação em posições de relevância histórica, cultural ou econômica. De uma abordagem eurocêntrica não apenas da geografia e da história, como também das ciências naturais e exatas, incompatível com o conhecimento

⁹ REDAÇÃO. Negros representam 54% da população do país, mas são somente 17% dos mais ricos. Uol Economia, 04 dez. 2015. Disponível em: <http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2015/12/04/negros-representam-54-da-populacao-do-pais-mas-sao-so-17-dos-mais-ricos.htm>. Acesso em: 16 jun. 2016. p. 19.

¹⁰ *Ibidem*, p. 21.

¹¹ Plano Nacional de Implementação das Diretrizes Curriculares Nacionais para Educação das Relações Étnico-raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-brasileira e Africana, p. 7. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=1852-diretrizes-curriculares-pdf&category_slug=novembro-2009-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 15 jun. 16.

não-folclórico da história e da cultura dos povos nativos e dos povos africanos escravizados, de maneira não apenas a promover uma ruptura entre a população afrodescendente brasileira e suas origens em África, como, também, a impedir que estudantes de todas as raças e etnias valorizem as contribuições que indígenas e afrodescendentes trouxeram à história, à cultura, às ciências, e, principalmente, à economia do Brasil. A enumeração pode seguir para lembrar as faltas de capacitação dos profissionais da educação para lidarem com a diversidade étnico-racial no ambiente escolar, grande parte por conta até do lapso que a respeito existe nas grades curriculares dos cursos de bacharelado da área da educação, além de outras tantas problemáticas, que culminam, invariavelmente, na necessidade de tratar da descolonização do sistema de ensino no país, que, longe de pretender reduzir a importância do legado europeu, se propõe a indagar¹²

[...] sobre os limites e as possibilidades de construção de um currículo intercultural, o lugar da diversidade nos discursos e práticas curriculares, o peso das diferenças na relação entre currículo e o poder, entre outros.

Assim, o presente artigo busca apresentar o direito à educação para as relações étnico-raciais como direito humano, como direito fundamental e como garantia constitucional de acesso e de aquisição de educação escolar, de igualdade material e de respeito à diversidade, cuidando de indicar o sentido jurídico dos vocábulos pertinentes à temática racial que com maior frequência serão empregados, de indicar, brevemente, os antecedentes históricos-constitucionais que culminaram na positivação da temática pela Constituição Federal de 1988 e de apontar algumas das políticas públicas que foram desenvolvidas no Estado de São Paulo em cumprimento ao disposto na Lei nº 10.639/03 e no Estatuto da Igualdade Racial.

2. TERMOS E VOCÁBULOS QUE SE REFEREM AO DIREITO À EDUCAÇÃO PARA AS RELAÇÕES ÉTNICO-RACIAIS E O SEU SENTIDO JURÍDICO: ALGUMAS PROPOSTAS.

2.1. Raça

A Constituição Federal de 1988 menciona o termo “raça” no art. 3º, inciso IV, ao estabelecer como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, *raça*, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

O termo “raça” foi rejeitado pelas ciências da antropologia e da biologia como adequado para os seres humanos, principalmente como contraponto ao conceito biológico de raças humanas usado em contextos de dominação, como se deu com o

¹² GOMES, Nilma Lino. Relações étnico-raciais, educação e descolonização dos currículos. In: Currículo sem Fronteiras, v. 12, nº 1, p. 98-109, Jan/Abr. 2012, p. 106. Disponível em: <http://www.curriculosemfronteiras.org/vol12iss1articles/gomes.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2017.

nazismo de Hitler, na Alemanha¹³. Concluiu-se que não há diferentes raças humanas, em termos biológicos, genéticos ou antropológicos, mas uma única raça humana, composta por indivíduos que apresentam distinções fenotípicas adaptativas.

É certo, contudo, que o emprego do termo “raça” pelo Poder Constituinte Originário se deu em virtude de uma realidade social. Autores como Edward Telles¹⁴ informam que raça é importante porque os seres humanos do mundo todo se classificam racialmente e dão tratamento uns aos outros de acordo com conceitos distorcidos e hierarquizados de raça.

Foi extremamente elucidativo, portanto, o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 82.424 (Diário da Justiça de 19/03/2004), impetrado em favor de Siegfried Ellwanger, escritor e editor que fora condenado em instância recursal pelo crime de antissemitismo e por publicar, vender e distribuir material antisemita. O Plenário do Tribunal, (grifo nosso)

“[...] partindo da premissa de que não há subdivisões biológicas na espécie humana, entendeu que a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse processo, originou-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. Para a construção da definição jurídico-constitucional do termo ‘racismo, o Tribunal concluiu que é necessário, por meio da interpretação teleológica e sistêmica da Constituição, conjugar fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram a sua formação e aplicação. Apenas desta maneira é possível obter o real sentido e alcance da norma, que deve compatibilizar os conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos e biológicos.”

Tem-se, então, que o termo “raça”, neste trabalho, é empregado no sentido social-político, vinculado à ostentação de determinados sinais físicos característicos observáveis e designa o grupo de pessoas que apresentam sinais físicos característicos comuns.

2.2. Etnia

Já a etnia designa o agrupamento de pessoas que estão conscientemente reunidas por um repertório de experiências compartilhadas. Trata-se de categoria estreitamente relacionada à ideia de uma *identidade* comum, que estaria definida “pela comunidade de língua, cultura, tradições, monumentos históricos e territórios.”¹⁵

¹³ *Ibidem*, p. 45.

¹⁴ TELLES, Edward. Racismo à brasileira. *Uma nova perspectiva sociológica*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, Fundação Ford, 2003, p. 49.

¹⁵ BOBBIO, Norberto *et al.* *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1992, p. 449).

O art. 242, § 1º, da Constituição Federal de 1988 faz expressa menção ao termo etnia.¹⁶

Há, dentre os estudiosos das questões raciais das várias áreas de conhecimento, quem prefira empregar o termo etnia ao termo raça, como sinal claro de negação das teorias de dominação que pregam a superioridade genética de alguns grupos humanos em relação a outros.¹⁷ A escolha, feita neste trabalho, de empregar a expressão “relações étnico-raciais”, replica a opção de vários dos estudos sobre a problemática racial no Brasil, de remeter a todos estes aspectos, o que a Constituição Federal de 1988 também faz ao empregar os termos raça e etnia ao longo de suas disposições, segundo já decidiu o Supremo Tribunal Federal no caso Ellwanger.

2.3. Identidade negra

A discussão sobre a identidade é complexa. Nilma Lino Gomes cita o antropólogo Kabengele Munanga¹⁸ para destacar que:

A identidade é uma realidade sempre presente em todas as sociedades humanas. Qualquer grupo humano, através do seu sistema axiológico, sempre selecionou alguns aspectos pertinentes de sua cultura para definir-se em contraposição ao alheio. A definição de si (autodefinição) e a definição dos outros (identidade atribuída) tem funções conhecidas; a defesa da unidade do grupo, a proteção do território contra inimigos externos, as manipulações ideológicas por interesses econômicos, políticos, psicológicos, etc.

A noção de identidade não se prende, apenas, à cultura, mas, sobretudo, ao posicionamento político, de escolha e de reivindicação.

A Constituição Federal cuida da identidade, considerado este aspecto de construção político-social relativo aos diferentes grupos sociais que compõem a sociedade em que vivemos, ao tratar da proteção ao pluralismo cultural no art. 216, inciso II.¹⁹

¹⁶ Ver p. 3 das presentes elaborações.

¹⁷ GOMES, Nilma Lino. Alguns termos e conceitos presentes no debate sobre relações raciais no Brasil: uma breve discussão. In: *Educação antirracista: caminhos abertos pela Lei federal nº 10.639/03*. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005, p. 50.

¹⁸ MUNANGA, Kabengele. Identidade, cidadania e democracia: algumas reflexões sobre os discursos antirracistas no Brasil. In: SPINK, Mary Jane Paris (org). *A cidadania em construção: uma reflexão transdisciplinar*. São Paulo: Cortez, 1994, p. 177/178. Apud GOMES, *ibidem*, p. 40.

¹⁹ “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

[...].”

A identidade negra, neste contexto político, social e jurídico-constitucional, é uma construção social e política, histórica, cultural, jurídica e plural, que depende de um processo em que se adquire uma postura de pertencimento étnico-racial a partir da relação com o outro. Neste cenário, destacam-se as contribuições que as políticas decorrentes da aplicação da Lei nº 10.639/03 trazem à construção de uma identidade negra positiva.

2.4. Racismo

Segundo Gomes²⁰ o racismo é, de um lado, o comportamento resultante da aversão a pessoas que apresentam um pertencimento racial observável fisicamente através dos sinais físicos característicos, como cor da pele, tipo de cabelo etc. Mas é também um conjunto de idéias próprias de grupos humanos que acreditam na existência de raças humanas superiores e inferiores, assim como na premissa de que certos grupos sociais possuem defeitos de ordem moral, física e intelectual que lhes são inatos. Por fim, é também resultante da vontade de impor uma ideologia ou crença particular como única e verdadeira.

Mencionando as idéias dos sociólogos, Edson Borges, Carlos Alberto Medeiros e Jacques d'Adesky, Gomes²¹ explica que o racismo pode ser individual, ao manifestar-se por meio de atos discriminatórios cometidos por indivíduos contra outros indivíduos, podendo atingir níveis extremos de violência, como aconteceu, por exemplo, nos conflitos raciais que se verificaram nos Estados Unidos sobretudo nas décadas de 60, 70 e 80. Já o racismo institucional, prossegue a já referida autora, se verifica nas práticas discriminatórias sistemáticas fomentadas pelo Estado ou praticadas com o seu apoio indireto.²²

²⁰ GOMES, Nilma Lino. Alguns termos e conceitos presentes no debate sobre relações raciais no Brasil: uma breve discussão. In: *Educação antirracista: caminhos abertos pela Lei Federal nº 10.639/03*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, p. 39-62, 2005, p. 52.

²¹ *Ibidem*.

²² Também chamado de racismo sistêmico (GELEDES, Coord; CFEMEA, Coord. In: *Racismo institucional, uma abordagem conceitual*. Disponível em: [HTTP://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/FINAL-WEB-Racismo-Institucional-uma-abordagem-conceitual.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/FINAL-WEB-Racismo-Institucional-uma-abordagem-conceitual.pdf). Acesso em: 16 jun. 2016, p. 17),

“[...] opera de forma a induzir, manter e condicionar a organização e a ação do Estado, suas instituições e políticas públicas – atuando também nas instituições privadas, produzindo e reproduzindo a hierarquia racial. Ele foi definido pelos ativistas integrantes do grupo Panteras Negras Stokely Carmichael e Charles Hamilton em 1967, como capaz de produzir:

A falha coletiva de uma organização em prover um serviço apropriado e profissional às pessoas por causa de sua cor, cultura ou origem étnica (Carmichael, S. e Hamilton C. *Black Power: the politics of liberations in America*. New York, Vintage, 1967, p. 4).”

Sob a ótica dos direitos humanos, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, define o racismo em seu art. 4º, destacando a causalidade que [o racismo] sustenta haver entre características fenotípicas ou genotípicas, e traços intelectuais, culturais e de personalidade²³.

O legislador constituinte, a seu turno, no artigo 5º, incisos XLI e XLII, vinculou o legislador infraconstitucional a promover a criminalização da prática do racismo e a punir qualquer discriminação atentatória dos direitos fundamentais.

No julgamento do Caso Ellwanger (Habeas Corpus nº 82.424), o Supremo Tribunal Federal, a exemplo do que considerou a respeito do termo “raça”, entendeu que

“para a construção da definição jurídico-constitucional do termo ‘racismo’ [...] é necessário, por meio da interpretação teleológica e sistêmica da Constituição, conjugar fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram a sua formação e aplicação. Apenas desta maneira é possível obter o real sentido e alcance da norma, que deve compatibilizar os conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos e biológicos.”

O resultado do julgamento foi no sentido de negar a ordem por maioria de votos, saindo vencedor o entendimento de que

“o crime de racismo é evidenciado pela simples utilização desses estigmas [pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas] [...]. Reconheceu-se, portanto, que a edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antissemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, substanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrimen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam”.

Do exposto, é possível cogitar de um sentido jurídico para o termo racismo, como sendo toda a ideologia, situação, fato, ato (comissivo ou omissivo) ou conduta (comissiva ou omissiva) que propaga a aversão ao outro ou a inferiorização do outro, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica.

²³ 4º Racismo consiste em qualquer teoria, doutrina, ideologia ou conjunto de ideias que enunciam um vínculo causal entre as características fenotípicas ou genotípicas de indivíduos ou grupos e seus traços intelectuais, culturais e de personalidade, inclusive o falso conceito de superioridade racial.

O racismo ocasiona desigualdades raciais e a noção de que as relações discriminatórias entre grupos são moral e cientificamente justificadas.

Toda teoria, doutrina, ideologia e conjunto de ideias racistas descritas neste artigo são cientificamente falsas, moralmente censuráveis, socialmente injustas e contrárias aos princípios fundamentais do Direito Internacional e, portanto, perturbam gravemente a paz e a segurança internacional, sendo, dessa maneira, condenadas pelos Estados Partes.”

2.5. Preconceito e estereótipo

Segundo Nilma Lino Gomes²⁴,

“O preconceito é um julgamento negativo e prévio dos membros de um grupo racial de pertença, de uma etnia ou de uma religião ou de pessoas que ocupam outro papel social significativo. Esse julgamento prévio apresenta como característica principal a inflexibilidade, pois tende a ser mantido sem levar em conta os fatos que o contestem. Trata-se do conceito ou opinião formados antecipadamente, sem maior ponderação ou conhecimento dos fatos. O preconceito inclui a relação entre pessoas e grupos humanos. Ele inclui a concepção que o indivíduo tem de si mesmo e também do outro.”

Trata-se também de construção decorrente de um aprendizado que acontece nas relações sociais e que acaba consagrado através da representação estereotipada dos grupos sociais tradicionalmente subvalorizados, inclusive no ambiente escolar.

O dicionário Michaelis de português on-line faz a seguinte descrição do termo estereótipo²⁵:

estereótipo

es.te.re.ó.ti.po

sm (estéreo³+tipo²) 1 *Tip* Duplicata sólida metálica de uma superfície de impressão em relevo, que é produzida comprimindo-se um material de moldagem, como polpa úmida de papel ou gesso de presa, contra essa superfície, para formar uma matriz na qual depois se deita metal tipo fundido, produzindo-se assim uma peça fundida, que, às vezes, é revestida com um metal mais duro, como níquel ou cobre, para aumentar a durabilidade; chapa estereotipada; clichê estereotipado; estéreo. 2 *Social* Imagem mental padronizada, tida coletivamente por um grupo, refletindo uma opinião demasiadamente simplificada, atitude afetiva ou juízo incriterioso a respeito de uma situação, acontecimento, pessoa, raça, classe ou grupo social.

Vê-se que, no estereótipo social, a formulação traz um juízo simplificado e “incriterioso”, cuja própria existência depende, obviamente, da permanente atuação de mecanismos sociais de perpetuação da replicação.

Antonio Olimpio Sant’Ana cita Shestakov²⁶ para explicar o estereótipo como “uma tendência à padronização, com a eliminação das qualidades individuais e das diferenças, com a ausência total do espírito crítico nas opiniões sustentadas.”

²⁴ GOMES, Nilma Lino. Alguns termos e conceitos presentes no debate sobre relações raciais no Brasil: uma breve discussão. In: *Educação antirracista: caminhos abertos pela Lei Federal nº 10.639/03*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, p. 39-62, 2005, p. 54.

²⁵ GREGORIM, Clovis Osvaldo (coord.). *Michaelis dicionário de português on line*. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: <http://www.michaelis.uol.com.br/>. Acesso em: 16 maio 2016..

²⁶ SANT’ANA, Antonio Olimpio de. História e conceitos básicos sobre o racismo e seus derivados. In:

Pode-se afirmar, então, que o estereótipo é a propagação irrefletida de um preconceito socialmente consolidado. É a replicação não ponderada e automática de uma representação que generaliza uma característica negativa.

A importância do compromisso constitucional com uma educação voltada para as relações étnico-raciais muito fortemente reside em *fazer do ambiente escolar um instrumento de desconstrução dos estereótipos raciais*, o que pressupõe um esforço de neutralizar o apego às estereotípias que se fazem presentes nas práticas pedagógicas, nos conteúdos curriculares e no material didático.

De fato, os exemplos de sub-representação ou de representações estereotipadas da população negra no material didático e nas linguagens escolares persistem, ainda hoje, mesmo depois de mais de 10 (dez) anos da promoção de políticas educacionais que trabalham contra essa elaboração, inclusive de forma a indicar uma estreita correlação entre os estereótipos e a quebra de direitos previstos na Constituição Federal, como a inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X), e a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença com a garantia de livre exercício dos cultos religiosos e de proteção aos locais de culto e de suas liturgias (art. 5º, VI).²⁷

A leitura das definições dos termos “branco” e “negro” nos dicionários tão comumente empregados no ambiente escolar surpreende por refletir muito claramente os estereótipos aceitos em relação a negros e negras no contexto social, segundo também conta Francisca Maria do Nascimento²⁸:

Tomaremos inicialmente a definição que se pode encontrar em um dos mais famosos e populares dicionários brasileiros, o ‘Aurélio’ quanto aos termos negro e branco. Branco: ‘Diz-se do indivíduo da raça branca. Sem mácula, inocente, puro, cândido, ingênuo: alma branca’ (FERREIRA, 1986, P. 232, grifos nossos). Negro: ‘Diz-se do indivíduo da raça negra; Sujo, encardido. Maldito, perverso. Escravo’ (op. Cit.: 1887). Assim, também refere-se aos

MUNANGA, Kabengele (org.) *Superando o racismo na escola*. Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. Brasília: 2005, p. 65.

²⁷ Francisca Maria do Nascimento Sousa bem ilustra a questão:

Apesar da considerável melhoria na qualidade dos livros didáticos obtida nos últimos anos, especialmente aqueles indicados pelo PNLD, ainda nos deparamos com ‘erros’ grosseiros, tanto no que tange às expressões discriminatórias quanto no que se refere às ilustrações, principalmente, nos chamados livros paradidáticos, ou de literatura infantil e juvenil. Estes não têm demonstrado o mesmo avanço. Assim, quase não se encontram paradidáticos com famílias negras ou personagens negros como protagonistas.

Tomemos ainda, como exemplo, a famosa coleção de Monteiro Lobato, tão valorizada pelos educadores e, sem dúvida, por mérito. Mas não podemos deixar de observar nesses textos, uma intensa carga racista e discriminatória explícita e direta. É certo que foram escritos há mais de meio século, época em que o debate e a consciência antirracista não haviam conquistado a amplitude que vemos hoje. E, exatamente por isso, devem ser trabalhados de forma crítica e não apenas reproduzidos.

SOUSA, Francisca Maria do Nascimento. *Linguagens escolares e reprodução do preconceito*. In: *Educação antirracista: caminhos abertos pela Lei federal nº 10.639/03*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, p. 105-120, 2005, p. 109-110.

²⁸ *Ibidem*, p. 106.

derivados da palavra como, por exemplo, negra, definido como ‘grupos de indivíduos dados a pândegas ou desordens.

Os estereótipos desassociam-se das intenções de quem os propaga para replicar um fundamento negativo a respeito do grupo que refere e violar direitos, inclusive os de crianças, adolescentes e jovens no ambiente escolar, que, por exemplo, em um contexto de leitura e de análise dos termos “branco” e “negro” no dicionário em sala de aula, veem-se reduzidos a uma condição extremamente negativa.

Neste aspecto, permitir a livre reprodução de estereótipos raciais no ambiente escolar representa uma flagrante falência quanto ao cumprimento dos deveres estabelecidos no art. 227, *caput*, da Constituição Federal.²⁹

O estereótipo, para os fins do presente trabalho considerado como associação dos negros e negras com imagens, condutas, éticas e estéticas padronizadas e desqualificadoras, funciona como poderoso veículo de dissimulação do preconceito, e, portanto, viola a regra constitucional de absoluta vedação ao preconceito exteriorizado, insculpida no art. 3º, IV, da Constituição Federal.

2.6. Discriminação racial e “democracia racial”

“A palavra discriminar significa ‘distinguir’, ‘diferençar’, ‘discernir’.”³⁰

Em seu artigo 1º, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1968, assim define a discriminação racial:

Artigo 1º – Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação racial” significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

O art. 1º, parágrafo único, inciso I, do Estatuto da Igualdade Racial, considera discriminação racial ou étnico-racial:

“[...] toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de

²⁹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

³⁰ GOMES, Nilma Lino. Alguns termos e conceitos presentes no debate sobre relações raciais no Brasil: uma breve discussão. In: *Educação antirracista: caminhos abertos pela Lei Federal nº 10.639/03*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, p. 39-62, 2005, p. 55.

direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada.”

Gomes³¹ também lembra que o preconceito nem sempre é a causa da discriminação e que o modelo preconceito-causa-discriminação, largamente aceito no Brasil, é fruto do mito da democracia racial. Citando Luciana Jaccoud e Nathalie Beghin³², explica que a discriminação pode ter origem em vários processos sociais, políticos e psicológicos que vão além do preconceito, e que, neste sentido, a discriminação pode receber diferentes classificações, dentre elas (i) a discriminação provocada por interesse, cujo escopo é manter e conquistar privilégios, apoiada ou não em preconceito, (ii) discriminação direta, em que a pessoa discriminada é excluída expressamente em razão da raça, (iii) discriminação indireta, resultante não de atos diretos de discriminação, mas de práticas administrativas, empresariais ou de políticas públicas aparentemente neutras, mas, em verdade, carregadas de potencial discriminatório.

O mito da democracia racial presente no país é fruto de processo histórico, social e político bastante complexo, que fixou uma narrativa segundo a qual haveria no Brasil uma harmonia racial que se expressa com eloquência na miscigenação. Fala-se aqui de mito tomando-se por referência a análise sociológica que identifica no mito um conteúdo ideológico, condizente com a capacidade de negar os fatos, produzir ilusões e transformá-los em coisas “naturais”³³.

O mito brasileiro de democracia racial, popularizado, repita-se, com a publicação do livro *Casa-Grande e Senzala*, do sociólogo Gilberto Freyre, em 1933, tem suas bases nas características do próprio movimento abolicionista brasileiro, que defendia a vinda de mão de obra de imigrantes europeus como remédio para as atrocidades da escravidão, assim dando margem a um ideal de progressivo “embranquecimento” como sinônimo de avanço civilizatório³⁴.

A democracia racial sustenta que há entre negros(as) e brancos(as) no Brasil uma situação de igualdade de oportunidades e de tratamento, negando o racismo, o preconceito e a discriminação, e pregando a cordialidade nas relações raciais, ao

³¹ GOMES, Nilma Lino. Alguns termos e conceitos presentes no debate sobre relações raciais no Brasil: uma breve discussão. In: *Educação antirracista: caminhos abertos pela Lei Federal nº 10.639/03*. p. 39-62, Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005, p. 52.

³² JACCOUD, Luciana; BEGHIN, Nathalie. *Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental*. Brasília, Ipea, 2002. Apud GOMES, Nilma Lino. Alguns termos e conceitos presentes no debate sobre relações raciais no Brasil: uma breve discussão. In: *Educação antirracista: caminhos abertos pela Lei Federal nº 10.639/03*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, p. 39-62, 2005, p. 55.

³³ SOUZA, Neusa Santos. *Tornar-se negro*. Rio de Janeiro: Graal, 1983. Apud GOMES, Nilma Lino. Alguns termos e conceitos presentes no debate sobre relações raciais no Brasil: uma breve discussão. In: *Educação antirracista: caminhos abertos pela Lei federal nº 10.639/03*. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005, p. 57.

³⁴ DAVIS, Darien J. *Afro-brasileiros hoje*. São Paulo: Summus, 2000, p. 32-34.

mesmo tempo em que salvaguarda os estereótipos e as discriminações não declaradamente preconceituosas, de forma a incentivar que Estado e sociedade permaneçam inertes diante das evidências de desigualdade racial.

Vê-se, então, o avanço representado pelo advento da Constituição Federal, que, dentre outras medidas, ao criminalizar o racismo, proteger e garantir o direito à não discriminação racial, e estabelecer o dever de se desenvolverem políticas voltadas à educação para as relações étnico-raciais, tomou posição no sentido de combater a discriminação racial, e de reconhecer que, no país, opera uma lógica social que leva à discriminação racial ainda que não haja intenção ou preconceito consciente, e que a educação é um dos caminhos necessários à interrupção deste ciclo de discriminações.

2.7. Afrodescendentes, afro-brasileiros, ações afirmativas

O consenso acerca de um termo que atribui a designação “afrodescendente” a um grupo social tem importância e motivação muito semelhantes às que levaram à proposição da Lei nº 10.639/03: afirmar a autoestima do grupo e contribuir para uma transformação social.³⁵

Nesta mesma linha de construção social e política, os termos afro-brasileira e afro-brasileiro surgiram para designar a população brasileira que é descendente de africanas(os). Trata-se, portanto, de termo que designa uma condição político-social associada à ascendência da pessoa, assim como à sua identidade e ao seu pertencimento étnico-racial.

Sob o aspecto jurídico, a definição dos termos afrodescendente e afro-brasileira(o) ganha importância para delimitar o universo dos beneficiários das chamadas políticas públicas de ações afirmativas que expressamente estabelecem situações de distinções positivas de inclusão da população negra.

No item presente, importa observar que, em abril de 2012, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186/DF, promovida pelo Partido Democratas – DEM em face do Reitor da Universidade de Brasília e outros, o plenário do Supremo Tribunal Federal, acompanhando o voto do Ministro Ricardo

³⁵ Explica Mario André Santos (SANTOS, Mario Andre. *Preto, pardo, negro, afrodescendente: as muitas faces da negritude brasileira*. In: BRANDÃO, Ana Paula (org) et al. *Modos de fazer: caderno de atividades, saberes e fazeres*. A cor da cultura, Rio de Janeiro: Fundação Roberto Marinho, v. 4, 2010, p. 46) que o termo afrodescendente surgiu no cenário latino-americano durante a preparação para a 3ª Conferência Mundial Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância ocorrida em 2001, na África do Sul, quando “os representantes dos movimentos negros e dos governos dos países da América Latina perceberam que o termo negro não era consensual frente à diversidade das populações negras locais.” Designou, então, os descendentes latino-americanos da população africana que se espalhou ao redor do mundo, em grande parte por força do escravagismo que atingiu as populações negras do continente africano durante os séculos XVIII e XIX.

Lewandowski por unanimidade, ao considerar constitucionais atos administrativos da Universidade de Brasília que instituíram o programa de cotas raciais para ingresso naquela universidade, ressaltou que a autoidentificação e a heteroidentificação (identificação por terceiros), aplicados concomitantemente, são mecanismos *constitucionais*³⁶ de identificação do componente étnico-racial necessários à caracterização do pertencimento étnico-racial que autoriza a invocação da discriminação positiva estabelecida pela ação afirmativa, desde que seja observada a dignidade pessoal do postulante.

Do exposto, é possível afirmar que um sentido jurídico para os termos afrodescendentes e afro-brasileiros(as) envolve ambos os elementos étnico e racial: o sentido de pertencimento étnico-racial exigido pela autoidentificação, e as características físicas típicas do fenótipo da raça negra, também declaradas pelo próprio sujeito, documentados e passíveis de posterior verificação por terceiros, cuja escolha e atuação devem estar previa e objetivamente regulamentados, dando-se a escolha por critérios que respeitem a diversidade, e pautando-se a atuação por um julgamento de fenótipo, e não de ascendência, sempre de maneira a respeitar a dignidade pessoal da(o) interessada(o).

3. DIREITO À EDUCAÇÃO: NATUREZA, CONTEÚDO OBRIGATÓRIO E DIREITO À EDUCAÇÃO PARA AS RELAÇÕES ÉTNICO-RACIAIS

É justo afirmar que o direito à educação é direito humano e é também direito fundamental, já que encontra ampla normatização internacional e doméstica, esta última tanto no corpo da Constituição Federal, como na legislação infraconstitucional que regula a sua concretização. Como direito humano, pode ser invocado e debatido perante as instâncias internacionais de jurisdição, inclusive individualmente;

³⁶ O voto do Min. Lewandowsky cita elucidativa lição de Daniela Ikawa (IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 129/130) que importa transcrever: “A identificação deve ocorrer primeiramente pelo próprio indivíduo, no intuito de evitar identificações externas voltadas à discriminação negativa e de fortalecer o reconhecimento da diferença. Contudo, tendo em vista o grau mediano de mestiçagem (por fenótipo) e as incertezas por ela geradas – há [...] um grau de consistência entre autoidentificação e identificação por terceiros no atamar de 79% – essa identificação não precisa ser feita exclusivamente pelo próprio indivíduo. Para se coibir possíveis fraudes na identificação no que se refere à obtenção de benefícios e no intuito de delinear o direito à redistribuição da forma mais estreita possível [...], alguns mecanismos adicionais podem ser utilizados como (1) a elaboração de formulários com múltiplas questões sobre a raça (para se averiguar a coerência da autoclassificação); (2) o requerimento de declarações assinadas; (3) o uso de entrevistas [...]; (4) a exigência de fotos; e (5) a formação de comitês posteriores à autoidentificação pelo candidato. A possibilidade de seleção por comitês é a alternativa mais controversa das apresentas (...) Essa classificação pode ser aceita respeitadas as seguintes condições (a) a classificação pelo comitê deve ser feita posteriormente à autoidentificação do candidato como negro (preto ou pardo), para se coibir a predominância de uma classificação por terceiros; (b) o julgamento deve ser realizado por fenótipo e não por ascendência; (c) o grupo de candidatos a concorrer por vagas separadas deve ser composto por todos os que se tiverem classificado por uma banca também (por foto ou entrevista) como pardos ou pretos, nas combinações: pardo-pardo, pardo-preto ou preto-preto; (d) o comitê deve ser composto tomando-se em consideração a diversidade de raça, de classe econômica, de orientação sexual e de gênero e deve ter mandatos curtos.”

como direito fundamental, encontra-se protegido pelos princípios de imutabilidade das cláusulas pétreas (art. 6º, caput, e art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal) e de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º)³⁷

3.1. Conteúdo material mínimo e educação para as relações étnico-raciais

É, no mais, direito comprometido com os princípios republicano e democrático (a implicar supremacia do bem comum e, ao mesmo tempo, supremacia da vontade popular, igualdade e liberdade), *com conteúdo material mínimo também previsto constitucionalmente* não só nos 9 (nove) artigos da Seção I, do Capítulo III, da Constituição Federal, como, também, em artigos esparsamente previstos, a exemplo do que se dá com o art. 227 (dever da família com a educação da criança, do jovem e do adolescente), com o art. 229 (dever dos pais de criar e educar os filhos menores) e com o art. 242, § 1º, *que estabelece a obrigatoriedade de levar em conta, no ensino da História do Brasil, as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro.*

Inevitável é concordar com Ranieri³⁸, no que diz respeito à afirmação de que “O regime jurídico do direito à educação é extraído principal e diretamente da Constituição Federal”.

A exposição também permite afirmar que o direito à educação para as relações étnico-raciais se insere no conteúdo material obrigatório do direito fundamental à educação, e, portanto, toma-lhe as características para revelar-se igualmente um direito fundamental, protegido pelo princípio da imutabilidade das cláusulas pétreas e pelo princípio da imediata aplicabilidade.

3.2. Regime infraconstitucional em destaque

O texto da Lei de Diretrizes e Bases para a educação sofreu mais de 30 (trinta) modificações desde a sua entrada em vigor, a mais recente através da edição da Medida Provisória nº 746, de 22 de setembro de 2016, popularmente conhecida como “MP do Ensino Médio”. Dentre elas, a Lei nº 10.639/03, objeto do presente estudo, que acrescentou ao texto os artigos 26-A e 79-B, já transcritos nas páginas inaugurais do presente trabalho³⁹, cumprindo lembrar que também o Estatuto da Igualdade Racial, Lei Federal nº 12.288, de 20 de julho de 2010, estabeleceu parâmetros para

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 592.

³⁸ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O direito educacional no sistema jurídico brasileiro. In: ABMP, Todos pela educação (org.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 86.

³⁹ P. 3 do tópico “Introdução”, cumprindo observar que não foram alterados pela MP 746/16.

a concretização do direito à educação para as relações étnico-raciais ao longo de 7 (sete) artigos dispostos nas Seções I e II de seu Capítulo II⁴⁰.

Trata-se de legislação infraconstitucional que veio a contribuir para com a concretização das disposições constitucionais e de direitos humanos internacionais que comandam o direito à educação como decorrência da dignidade humana absolutamente incompatível com a existência de hierarquizações e discriminações raciais em geral e, em especial, contra a população afrodescendente.

3.3. Igualdade material, direito à diferença e direito à educação para as relações étnico-raciais

São inúmeros os postulados de igualdade estabelecidos pela Constituição da Educação, dentre eles, por exemplo, o do ensino ministrado segundo os princípios (art. 206, *caput*) da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (art. 206, I) e do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III); o do dever do Estado com a educação a ser efetivado mediante a garantia de (art. 208, *caput*) atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, III); o de assegurar às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem (art. 210, § 2º); o de assegurar que o ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro (art. 242, § 1º).

São exemplos de medidas de igualdade formal e material, que tratam tanto da exigência de não se promoverem distinções que estabeleçam privilégios⁴¹, como da necessidade de se promoverem distinções que viabilizem aos grupos historicamente marginalizados o acesso a um esquema de igualdade de oportunidades (justiça distributiva)⁴². O conteúdo mais atualizado da igualdade material abrange a igualdade formal, mas vai além para prescrever um direito à diferença em identidade, decorrente do respeito à igualdade em dignidade a que se referiu o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU⁴³.

Em seu voto na ADPF 186/DF, o Relator Min. Ricardo Lewandowski bem explicita a adoção do postulado de igualdade material ou substancial pela Constituição

⁴⁰ Nota 7.

⁴¹ Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.”

⁴² RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

⁴³ IKAWA, Daniela. *Ações afirmativas em universidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 150-152.

Federal de 1988 através de medidas de discriminação que tem por escopo valorizar as diferenças através da inclusão (sem destaques no original):

É escusado dizer que o constituinte de 1988 – dada toda a evolução política, doutrinária e jurisprudencial pela qual passou esse conceito – não se restringiu apenas a proclamar solenemente, em palavras grandiloquentes, a igualdade de todos diante da lei.

À toda evidência, não se ateu ele, simplesmente, a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, levando em consideração – é claro – a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais, além de atentar, de modo especial, para a desequiparação ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais.

Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão, seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

O direito a educação para as relações étnico-raciais é, neste contexto, concretização da igualdade nos seus dois sentidos, o negativo (não discriminar) e o positivo (promover a igualdade). Em outras palavras, educar para as relações étnico-raciais é mais do que não permitir discriminações étnico-raciais (sentido negativo da igualdade) é, somado a isso, promover a igualdade étnico-racial educando para a diversidade étnico-racial⁴⁴, por meio da explicitação e da dissiminação dos saberes e das culturas das populações subvalorizadas.

4. LEI Nº 10.639/03 E ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL: MEDIDAS LEGAIS PELA DIVERSIDADE ÉTNICO-RACIAL NA EDUCAÇÃO ESCOLAR

As disposições da Lei nº 10.639/03 são regulamentadas pela Resolução do Conselho Nacional de Educação CP nº 1, de 17 de junho de 2004, que estabelece direitos e obrigações de entes federados frente à implementação da Lei nº 10.639/03, e pelo Parecer CNE (Conselho Nacional de Educação) nº 03/04, que estabelece as Diretrizes Curriculares Nacionais de Educação para as Relações Inter-raciais e para o Ensino da História e Cultura Afro-brasileira e Africana.

⁴⁴ SILVA JR., Hedio. Anotações conceituais e jurídicas sobre educação infantil, diversidade e igualdade racial. In: BENTO, Maria Aparecida Silva (org.) et al. *Educação infantil, igualdade racial e diversidade: aspectos políticos, jurídicos, conceituais*. São Paulo: Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades – CEERT, 2012, p. 66/79.

Resumidamente, considerando-se a Resolução e o Parecer mencionados, as disposições da Lei nº 10.639/09 aplicam-se pautadas pelos seguintes termos:

1. Obrigatoriedade de ensino sobre História e Cultura Afro-Brasileira nos estabelecimentos de ensino fundamental e médio, oficiais e particulares;
2. Conteúdo obrigatório mínimo para a temática em questão, a incluir o estudo da História da África e dos Africanos, a luta dos negros no Brasil, a cultura negra brasileira, o negro na formação da sociedade nacional;
3. Conteúdo comprometido com o resgate à contribuição do povo negro nas áreas social, econômica e políticas pertinentes à História do Brasil;
4. Obrigatoriedade de que os conteúdos referentes à História e à Cultura Afro-brasileira sejam ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, e, em especial, nas áreas de Educação Artística, de Literatura e de História Brasileiras;
5. Obrigatoriedade de incluir no calendário escolar o dia 20 de novembro como “Dia Nacional da Consciência Negra”⁴⁵.

O Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010) também estabeleceu medidas legais concretizadoras do direito à educação para as relações étnico-raciais voltadas para a população negra, de que são exemplos:

- a. Dever de União, Estados, Municípios e Distrito Federal, de promover ações para viabilizar e ampliar o acesso da população negra ao ensino gratuito e às atividades esportivas e de lazer; de desenvolver campanhas educativas, inclusive nas escolas, voltadas a que a solidariedade aos membros da população negra faça parte da cultura de toda a sociedade; de implementar políticas públicas para o fortalecimento da juventude negra;
- b. Para o órgão competente do Poder Executivo, dever de fomentar a formação inicial e continuada de professores e a elaboração de material didático específico para o cumprimento do disposto na Lei nº 10.639/03;
- c. Para os órgãos responsáveis pela educação, o dever de incentivar, nas datas comemorativas de caráter cívico, a participação de intelectuais e de representantes do movimento negro para debater com os estudantes suas vivências relativas ao tema em comemoração;
- d. Para o Poder Executivo federal, por meio dos órgãos competentes, o dever de incentivar as instituições de ensino superior públicas e privadas, sem prejuízo da legislação em vigor; de resguardar os princípios da ética em pesquisa e apoiar grupos, núcleos e centros de pesquisa, nos diversos programas de pós-graduação que desenvolvam temáticas de interesse da população negra; de incorporar, nas matrizes curriculares dos cursos de formação de professores, temas que incluam valores

⁴⁵ A Lei nº 12.519/2011 instituiu a data de 20 de novembro como o “Dia Nacional de Zumbi e da Consciência Negra”, homenagem feita a Zumbi dos Palmares, herói da resistência negra quilombola, líder do Quilombo dos Palmares, morto em 20 de novembro de 1695. In: <http://www.brasil.gov.br/cultura/2013/11/brasil-comemora-hoje-o-dia-nacional-da-consciencia-negra>

concernentes à pluralidade étnica e cultural da sociedade brasileira; de desenvolver programas de extensão universitária destinados a aproximar jovens negros de tecnologias avançadas, assegurado o princípio da proporcionalidade de gênero entre os beneficiários; de estabelecer programas de cooperação técnica, nos estabelecimentos de ensino públicos, privados e comunitários, com as escolas de educação infantil, ensino fundamental, ensino médio e ensino técnico, para a formação docente baseada em princípios de equidade, de tolerância e de respeito às diferenças étnicas;

e. Para o poder público, os deveres de estimular e apoiar ações socioeducacionais realizadas por entidades do movimento negro que desenvolvam atividades voltadas para a inclusão social, mediante cooperação técnica, intercâmbios, convênios e incentivos, entre outros mecanismos; de adotar programas de ação afirmativa.

A análise do conteúdo das disposições da Resolução e das Diretrizes que regulamentam as disposições da Lei nº 10.639/03 aponta que as disposições do Estatuto da Igualdade Racial que tratam dos direitos e dos deveres acima elencados na verdade dão natureza legal a várias das medidas de efetivação já traçadas naquelas normas regulamentadoras, principalmente no que toca às políticas de formação inicial e continuada de professores para a capacitação em educação sobre as relações étnico-raciais, e de incentivo para que as instituições de ensino superior públicas e privadas ofereçam estes cursos, de reformulação do material didático já existente e de elaboração de material didático específico para a temática, e da adoção de práticas pedagógicas antirracistas que ultrapassem os limites da sala de aula, como, por exemplo, campanhas educativas escolares e não escolares para que a solidariedade aos membros da população negra faça parte da cultura social.

Por outro lado, verifica-se que a disposição do art. 11, § 1º, do EIR, é mais ampla do que aquela estabelecida no § 2º do art. 26-A da Lei nº 9.394/96, alterado pela Lei nº 10.639/03, já que suprimiu a expressão “em especial nas áreas de Educação Artística e de Literatura e História Brasileiras”, assim ensejando interpretação no sentido de que o direito à educação para as relações étnico-raciais ganhará em efetividade ao estabelecer que os conteúdos referentes à História, Saberes e Cultura da África e do povo negro do Brasil devem ser ministrados e ampliados para todo o currículo escolar, não se restringindo, especialmente, a certas áreas do conhecimento.⁴⁶

⁴⁶ Como exemplo, possível é apontar o programa “etnomatemática”, que leva os alunos a perceberem as dimensões culturais, sociais e políticas da Matemática através da interdisciplinariedade de associação aos valores civilizatórios afro-brasileiros ludicidade, memória, ancestralidade e oralidade. (OLIVEIRA, Cristiane Coppe de. O Programa Etnomatemática e as possibilidades de implementação da Lei nº 10.639/03. In: BRANDÃO, Ana Paula [org.]. *Modos de fazer: caderno de atividades, saberes e fazeres. A cor da cultura*: v. 4. Rio de Janeiro: Fundação Roberto Marinho, 2010, p. 55). Também o estudo da ciência e da tecnologia é possível segundo a perspectiva étnico-racial (FUSCONI, Roberta; RODRIGUES FILHO, Guimes. Ciência e tecnologia e a lei federal nº 10.639/03. In: BRANDÃO, Ana Paula [org.]. *Op. Cit.*, p. 37.)

Marcante, por fim, é a preocupação de estabelecer um constante diálogo com os movimentos sociais negros, do que decorre que as políticas de direito à educação para as relações étnico-raciais são norteadas por um processo de efetiva participação da sociedade civil organizada.

Constata-se que a legislação infraconstitucional promove a concretização do direito à educação para as relações étnico-raciais aumentando o rol de direitos subjetivos da população negra relacionados ao acesso à educação, e traçando competências federativas materiais obrigatórias de desenvolver, implantar e promover políticas públicas, tanto para a criação de estruturas materiais e de tecnologias pedagógicas quanto para ações de fomento à iniciativa privada.

5. ALGUMAS AÇÕES E POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO PARA AS RELAÇÕES ÉTNICO-RACIAIS DESENVOLVIDAS NO ÂMBITO DO ESTADO DE SÃO PAULO

No Estado de São Paulo, as Orientações para o Planejamento Escolar 2013, elaboradas pela Coordenadoria de Gestão da Educação Básica da Secretaria de Educação do Estado de São Paulo⁴⁷, apontam o histórico de ações tomadas para a implementação da Lei nº 10.639/03:

– em 2003, criação do Programa São Paulo: Educando pela Diferença para Igualdade (2003-2006), em parceria com a Universidade Federal de São Carlos, objetivando desenvolver ações de formação continuada por meio de curso para professores;

– em 2004, a realização do Fórum Estadual de Educação e Diversidade Étnico-racial, contando com a participação de educadores das redes públicas estadual e municipal;

– em novembro de 2005, o Seminário Diversidade Étnico-racial na Escola: Propostas e Desafios;

– em 2007, implantação do Programa São Paulo Faz Escola, que elaborou novas propostas curriculares para toda a rede para os níveis de Ensino Fundamental Anos Finais e Ensino Médio, cuidando para que os conteúdos de História, Geografia, Filosofia, Sociologia, Língua Portuguesa e Arte cumprissem os objetivos legais e constitucionais de reconhecimento da diversidade étnico-racial em correlação com a faixa etária e com situações específicas de cada nível de ensino;

– em 2007, videoconferências intituladas “O mês da Consciência Negra e o Museu Afro Brasil e História e Cultura Africana e Afro-brasileira e a Lei nº 10.639/03 e seu impacto na rede de ensino;

⁴⁷ ORIENTAÇÕES Normativas para o Planejamento Escolar 2013, elaboradas pela Coordenadoria de Gestão de Educação Básica da Secretaria de Educação do Estado de São Paulo. p. 111. Disponível em: http://www.educacao.sp.gov.br/docs/CGEB_OrientacoesParaOPNejEscolar_2013_24012013.pdf. Acesso em: 15 jun.16.

– em 2008, implementação do Currículo do Estado de São Paulo e a realização da campanha “120 anos de abolição – Racismo: Se você não fala, quem vai falar?”, em parceria com a Secretaria de Estado da Cultura, acompanhada de videoconferências com especialistas, além da reestruturação do Fórum Permanente de Educação e Diversidade Etnicorracial do Estado de São Paulo;

– em 2009, em parceria com a Secretaria de Estado da Cultura, realizou-se o Projeto “África em Nós e na Sala de Aula”, e o I Seminário do Fórum Permanente de Educação e Diversidade Étnico-racial do Estado de São Paulo, em que foi lançado o Plano Nacional;

– em 2010, realização de cursos de formação para Professores Coordenadores da Oficina Pedagógica das 91 Diretorias de Ensino, em história e cultura africana e afro-brasileira nos componentes curriculares de história, além do concurso cultural “Escola faz Samba” e do seminário “Superação da discriminação racial no ambiente educacional”;

– em 2011, a Secretaria da Educação continua como membro do Fórum Permanente da Educação da Diversidade Étnico-racial de São Paulo (FEDER/SP) e incentiva os projetos descentralizados (PRODESC) pelos quais as escolas formulam projetos sobre a temática afro-brasileira e indígena, dentro da perspectiva do currículo ou como temas transversais.

Ainda segundo as Orientações CGEB para o Planejamento Escolar 2013⁴⁸, a Secretaria da Educação do Estado de São Paulo, conta com o CAESP – Centro de Atendimento Especializado subordinado à CGEB –, que possui um Núcleo de Inclusão – NINC, que atua em cumprimento à EREER (educação para as relações étnico-raciais) a partir do atendimento às demandas dos grupos que se definem étnica e/ou racialmente como historicamente excluídos (negros, indígenas, asiáticos, estrangeiros, etc.), cabendo-lhe elaborar e revisar materiais didáticos informadores, em parceria com a equipe curricular do CEFAF, e proporcionar formações, orientações e atualizações aos profissionais da educação de todas as áreas do conhecimento que integram o Currículo do Estado de São Paulo.

Por fim, as Orientações também apontam que o modo como a EREER vem sendo desenvolvida nos estabelecimentos de ensino “ainda está em aperfeiçoamento.” E, citando Nilma Lino Gomes⁴⁹, explicitam que:

⁴⁸ ORIENTAÇÕES Normativas para o Planejamento Escolar 2013, elaboradas pela Coordenadoria de Gestão de Educação Básica da Secretaria de Educação do Estado de São Paulo. p. 111. Disponível em: http://www.educacao.sp.gov.br/docs/CGEB_OrientacoesParaOPInejEscolar_2013_24012013.pdf. Acesso em: 15 jun.16.

⁴⁹ GOMES, Nilma Lino (org.) et al. *Práticas pedagógicas de trabalho com relações étnico-raciais na escola na perspectiva da Lei nº 10.639/03*. Brasília: MEC; Unesco, 2012, *apud* Orientações Normativas para o Planejamento Escolar 2013 elaboradas pela Coordenadoria de Gestão da Educação Básica da Secretaria de Educação do Estado de São Paulo, p. 107.

[...] pesquisas indicam, contudo, haver ainda grande resistência para tratar dessa temática, seguramente por desconhecimento de sua necessidade, o que ocasiona preconceito e negação às ações, projetos e conteúdos na perspectiva da educação étnico-racial.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à educação para as relações étnico-raciais tem natureza de direito humano e de direito fundamental próprias do direito fundamental à educação de que compõe o conteúdo material obrigatório.

Resultou de movimentação histórica que pouco é dada a conhecer no sistema de ensino escolar do país muito em razão do eurocentrismo herdado do passado colonial que predomina nas abordagens pedagógicas em geral.

É concretização da igualdade. Educar para as relações étnico-raciais é mais do que não permitir discriminações étnico-raciais no ambiente escolar: é, somado a isso, promover a igualdade étnico-racial educando para a diversidade étnico-racial (eliminação de toda forma de racismo, discriminação e preconceito étnico-racial).

Ao positivar o direito à educação para as relações étnico-raciais, o legislador constituinte cuidou para que as violações históricas nunca mais se repitassem em desfavor das populações subvalorizadas por sua condição étnico-racial, e cuidou, também, de beneficiar toda a raça humana, estabelecendo medidas que tornam mais civilizadas as suas relações.

A Lei nº 10.639/03, assim como parte das disposições do Estatuto da Igualdade Racial, promovem a concretização do direito à educação para as relações étnico-raciais não apenas aumentando o rol de direitos subjetivos da população negra relacionados ao acesso à educação, mas, também, traçando competências federativas materiais obrigatórias de desenvolver, implantar e promover políticas públicas, tanto para a criação de estruturas materiais e de tecnologias pedagógicas, como para ações de fomento à iniciativa privada, imputando deveres ao poder público e às instituições privadas.

As ações de educação para as relações étnico-raciais que vem sendo desenvolvidas nos estabelecimentos de ensino por todo o país estão ainda em construção. E a resistência à temática, decorrente, em grande parte, do desconhecimento sobre a sua necessidade, revela a exigência de que mais políticas para a sua concretização sejam desenvolvidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 16 jun. 16.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186/DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 16 jun.16.

_____. Habeas Corpus nº 82.424/RS. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms. Acesso em: 15 jun. 2016.

BENTO, Maria Aparecida Silva (org.) *et al. Educação infantil, igualdade racial e diversidade: aspectos políticos, jurídicos, conceituais*. São Paulo: Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades – CEERT, 2012.

BOBBIO, Norberto *et al.* Dicionário de política. 11. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1992.

CONSELHO Nacional de Educação. *Diretrizes curriculares nacionais para a educação das relações étnico-raciais e para o ensino da história e cultura afro-brasileira e africana*. Disponível em: <http://www.acaoeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2012/10/DCN-s-Educacao-das-Relacoes-Etnico-Raciais.pdf>. Acesso em: 15 jun. 16.

DAVIS, Darien J. *Afro-brasileiros hoje*. São Paulo: Summus, 2000.

FREIRE, Paulo. *Educação e mudança*. 12. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1979.

_____. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GELEDES, Coord; CFEMEA, coord. *In: Racismo institucional, uma abordagem conceitual*. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/FINAL-WEB-Racismo-Institucional-uma-abordagem-conceitual.pdf>. Acesso em: 16 jun.16.

GOMES, Nilma Lino. “Alguns termos e conceitos presentes no debate sobre relações raciais no Brasil: uma breve discussão.” *In: Educação anti-racista: caminhos abertos pela Lei federal nº 10.639/03/*

secretaria de educação continuada, alfabetização e diversidade. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, p. 39-62, 2005.

_____ (org.) et al. *Práticas pedagógicas de trabalho com relações étnico-raciais na escola na perspectiva da lei nº 10.639/03*. Brasília: MEC; Unesco, 2012.

GREGORIM, Clovis Osvaldo (coord). *Michaelis dicionário de português on-line*. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/>. Acesso em: 16 maio 2016.

IKAWA, Daniela. *Ações afirmativas em universidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JACCOUD, Luciana e BEGHIN, Nathalie. *Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental*. Brasília: Ipea, 2002.

MINISTÉRIO da Educação. Plano Nacional de Implementação das Diretrizes Curriculares Nacionais para Educação das Relações Étnico-raciais e para o Ensino de História e Cultura Afrobrasileira e Africana, p. 5. Disponível em http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=1852-diretrizes-curriculares-pdf&category_slug=novembro-2009-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 16 jun.16.

MUNANGA, Kabengele. Identidade, cidadania e democracia: algumas reflexões sobre os discursos antirracistas no Brasil. In: SPINK, Mary Jane Paris (org.). *A cidadania em construção: uma reflexão transdisciplinar*. São Paulo: Cortez, p. 177/187, 1994.

PIOVESAN, Flavia Cristina. *Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. In: Cadernos de Pesquisa, v. 35, n. 124, jan/abr 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>. Acesso em: 16 jun. 16.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *O direito educacional no sistema jurídico brasileiro*. In: ABMP, Todos pela educação (org.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REDAÇÃO, Uol Economia. *Negros representam 54% da população do país, mas só 17% dos mais ricos*. Disponível em: <http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2015/12/04/negros-representam-54-da-populacao-do-pais-mas-sao-so-17-dos-mais-ricos.htm>. Acesso em: 16 jun.16.

SANTANA, Antonio Olimpio de. *História e conceitos básicos sobre o racismo e seus derivados.* In: MUNANGA, Kabengele (org.). *Superando o racismo na escola.* Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. Brasília: 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Mario André. *Preto, pardo, negro, afrodescendente: as muitas faces da negritude brasileira.* In: BRANDÃO, Ana Paula (org.) et al. *Modos de fazer: caderno de atividades, saberes e fazeres. A cor da cultura.* Rio de Janeiro: Fundação Roberto Marinho, v. 4, 2010.

SÃO PAULO, Orientações Normativas para o Planejamento Escolar 2013, elaboradas pela Coordenadoria de Gestão da Educação Básica da Secretaria de Educação do Estado de. Disponível em http://www.educacao.sp.gov.br/docs/CGEB_OrientacoesParaOPlanejEscolar_2013_24012013.pdf. Acesso em: 15 jun.16.

SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA JUNIOR, Hedio. Anotações Conceituais e jurídicas sobre educação infantil, diversidade e igualdade racial. In: BENTO, Maria Aparecida Silva (org.) et al. *Educação infantil, igualdade racial e diversidade: aspectos políticos, jurídicos, conceituais.* São Paulo: Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades – CEERT, 2012.

SITUAÇÃO social da população negra por estado / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. – Brasília: IPEA, 2014.

SOUSA, Francisca Maria do Nascimento. *Linguagens escolares e reprodução do preconceito.* In: *Educação antirracista: caminhos abertos pela Lei federal nº 10.639/03.* Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, p. 105-120, 2005.

SOUZA, Neusa Santos. *Tornar-se negro.* Rio de Janeiro: Graal, 1983.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional.* 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TELLES, Edward. *Racismo à brasileira. Uma nova perspectiva sociológica.* Rio de Janeiro: Relume-Dumará, Fundação Ford, 2003.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE SANEAMENTO BÁSICO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Public policies on basic sanitation in Brazil and the principle of equality

Marialice Dias Gonçalves¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O princípio da igualdade. 2.1. Igualdade formal e material. 2.2. Da igualdade dos pontos de partida: do tratamento desigual aos desiguais. 3. Do princípio da dignidade da pessoa humana como norteador do almejado alcance da igualdade. O mínimo existencial. 4. A concretização do direito ao saneamento básico. 5. Da identificação do problema e sua inserção na agenda das políticas públicas. 5.1. Dos dados do saneamento básico. 5.2. Da epidemia da zika e sua relação com o saneamento. 6. Aspectos históricos e legislativos do saneamento básico no Brasil. As raízes da desigualdade. 6.1. Do Brasil colônia à criação do PLANASA (Plano Nacional do Saneamento Básico). 6.2. Dos dois lados do PLANASA e da acentuação da desigualdade. 7. Legislação atual sobre o saneamento básico. 7.1. Tratamento constitucional. 7.2. A Lei nº 11.445/2007, o Decreto que a regulamenta (Decreto nº 7.217/2010) e o Plano Nacional de Saneamento Básico. Boas leis, mas de difícil execução. 8. Desafios para a universalização das políticas públicas de saneamento básico no Brasil. 8.1. O desafio da mudança da lógica da desigualdade. Referências bibliográficas.

RESUMO

A política pública de saneamento básico no Brasil, historicamente, sempre reproduziu a lógica da desigualdade. Nosso país é tradicionalmente conhecido por ser tolerante com as liberdades individuais, porém não se pode dizer o mesmo com relação ao princípio da igualdade. Desde a chegada da família real, em 1808, a política de saneamento básico foi instituída apenas nas áreas em que se encontravam os nobres. Mais tarde, e sobretudo durante o regime militar, as políticas de saneamento básico, apesar de se expandirem, nunca foram aplicadas a contento nos municípios mais pobres do Norte e do Nordeste. Isso se deve principalmente porque se trata de uma política custosa – e que tem exigido contrapartida financeira dos entes públicos – e de longa implementação. Durante quase trinta anos, entre 1986 a 2007, o Brasil não contou com um arcabouço legislativo adequado no setor. Todavia, desde 5 de janeiro 2007, com a edição da Lei nº 11.445, o Brasil possui um dos diplomas mais completos nesse assunto, com vistas à lógica da universalização e superação das desigualdades. Como se demonstrará, a universalização do saneamento básico deve constar da agenda do governo quanto antes, principalmente porque ainda se combatem as epidemias de dengue, do vírus da zika e da chikungunya com métodos ultrapassados do século XIX, doenças essas que se alastram nas regiões mais pobres do país pela falta de um direito indispensável para a garantia da dignidade do cidadão: o do acesso ao saneamento básico.

Palavras-chaves: Igualdade. Saneamento básico. Política pública. Universalização. Saúde pública

¹ Procuradora do Estado de São Paulo desde agosto de 1998. Formada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 1994, graduou-se também em Jornalismo pela Universidade de São Paulo em 1995. Possui o título de pós-graduação lato-sensu na Escola Paulista da Magistratura em Direito Administrativo, de agosto de 2004 a novembro de 2005, bem como o de graduação lato-sensu na Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, em Direito Processual Civil, em dezembro de 2010, e em Direitos Fundamentais e Políticas Públicas, em junho de 2016.

ABSTRACT: Brazilian public policies on basic sanitation have historically been defined by a strong sense of inequality. Our country is traditionally known for its tolerance with civil liberties, but the same behavior does not apply to the principle of equality. Ever since the arrival of the Portuguese Royal Family, in 1808, public sanitation was a reality only for the noblesse. Later on, and especially during the military regime (1964-1988), such policies, despite a timid expansion, have never been duly executed in the poorest cities of the North and the Northeast. The reason for this relates to the cost and time needed for their implementation, which usually requires long-term public financing. During almost thirty years, from 1986 to 2007, the legal framework for the sector was absolutely inadequate. However, with the enactment of Law 11.445, on January 5th 2007, this situation changed and Brazilian law moved to the forefront in terms of universalization of public sanitation, an important step to leave behind such hallmark of inequality. As will be shown and discussed, this topic must be in the priority list of any government's agenda, especially because the country still tackles epidemics of dengue, zika and chikungunya with outdated methods of the 19th century, while such diseases still spread in the poorest regions of the country as a result of the absence of an indispensable right for any citizen's dignity: the access to basic sanitation.

Keywords: Equality. Public sanitation. Public policy. Universalization. Public health

1. INTRODUÇÃO

O Brasil é um país conhecido por ser tolerante com as liberdades individuais, porém está muito aquém do esperado com relação ao respeito ao princípio da igualdade.

Especialmente com relação ao saneamento básico, podemos enxergar essa disparidade nos dados coletados acerca do fornecimento de água potável e esgotamento sanitário no Brasil.

Ao mesmo tempo em que temos regiões brasileiras com níveis de abastecimento de primeiro mundo, como nas cidades de Sorocaba (São Paulo) e Niterói (Rio de Janeiro), com taxas de tratamento de esgotos de 93,6% e 92,6%, respectivamente, deparamo-nos com vários municípios brasileiros que não dispõem de fornecimento de água potável, por exemplo, na região Nordeste, em que 21,5% da população supre suas necessidades hídricas de maneira inadequada². Segundo nos explica Michely Vargas Delpupo³, “é também no Norte e Nordeste onde se registram as maiores taxas de intermitência no abastecimento de água, sendo que 100% das famílias da região Norte sofrem com pelo menos uma intermitência por mês”.

² DELPUPO, Michely Vargas. *Saneamento básico como direito fundamental. Por que o seu acesso é tão difícil no Brasil?* Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 24.

³ *Ibidem*.

No campo do esgotamento sanitário, a situação não é diferente: 52% da população brasileira não possui coleta de esgoto, e somente 38% do esgoto gerado é tratado. Segundo a Autora mencionada ⁴

O Brasil se encontra entre os 10 piores países do mundo com falta de banheiro, com 7 milhões de brasileiros defecando diariamente ao ar livre. A situação de falta de acesso a esgoto é particularmente grave na região Norte do país, onde menos de 10% da população tem coleta de esgoto, isto é, quase 14 milhões de pessoas não desfrutam destes serviços.

Estima-se que 35% da população mundial sofra com a falta de saneamento básico no país, segundo dados divulgados pela OMS (Organização Mundial da Saúde)⁵, em 19 de novembro de 2014. Ao mesmo tempo, a OMS calcula que para cada dólar investido em saneamento, são economizados US\$ 4,30 em gastos com remédios e hospitais. No entanto, há mais pessoas com aparelho celular do que banheiro no mundo, concluiu a OMS.

O Brasil evoluiu muito na área, e conta, desde 2007, com a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro, que prevê boas práticas de gestão pública na questão do saneamento básico, depois de quase trinta anos sem legislação adequada sobre o assunto.

Durante muitos anos, o país conviveu com diplomas legislativos como o PLANASA (Plano de Saneamento Básico) de 1967 a 1986. É certo que houve expansão dos serviços de saneamento básico no país, que deram um salto de 50% em 1970 para 87% em 1985.

Todavia, os avanços se concentraram especialmente na região Sudeste, gerando desigualdades sociais profundas com relação principalmente às regiões Norte e Nordeste.

A titularidade das empresas de abastecimento de água no Brasil é predominantemente das companhias de águas estaduais, compostas por empresas públicas e sociedades de economia mista. Porém, elas são muito dependentes dos recursos do FGTS, e com a crise econômica atual, o endividamento dos Estados afeta seriamente o acesso a essas verbas.

Também a concessão de empréstimos – recursos onerosos para a prática da política pública de saneamento básico – torna-se mais dificultosa para os municípios mais pobres, que não têm estrutura econômico-financeira para devolver esses recursos.

Esse artigo, sem a pretensão de esgotar o assunto, pretende trazer uma análise dos aspectos históricos e legislativos no setor de saneamento básico, propondo romper com a lógica de desigualdade herdada da estrutura do PLANASA, ainda bastante presente nos dias atuais.

É mais do que chegada a hora de se aplicar a legislação existente, cujos princípios norteadores preveem suprir esses *déficits* históricos entre as macrorregiões do

⁴ DELPUPO, Michely Vargas. *Saneamento básico como direito fundamental. Por que o seu acesso é tão difícil no Brasil?* Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 24.

⁵ FOLHA DE S.PAULO. *Síntese perturbante*, Opinião Editorial, 12 jan. 2016, p. A2.

país, assim como repensar a forma de acesso aos recursos pelos municípios mais pobres.

Ao mesmo tempo, é preciso preservar o que de bom foi feito até agora com a política pública existente, que conta com arcabouço legal adequado, mas deve contar também com espírito público, planejamento e orçamento, aliados à fiscalização dos tribunais de contas e do Ministério Público.

Com efeito, a política pública de saneamento básico não dá visibilidade imediata nos palanques eleitorais – demora ao menos 20 anos – e tampouco é barata e simples, mas é o único caminho para que o Brasil possa se igualar, ao menos no que se refere aos pontos de partida, com as nações mais desenvolvidas.

2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

2.1. Igualdade formal e material

Nas duas concepções aristotélicas de justiça, uma é que a identifica associada à “legalidade”, ao passo que a outra a associa à “igualdade”. Norberto Bobbio⁶ bem explica:

Nos dois significados clássicos de justiça que remontam a Aristóteles, um é o que identifica a *justiça* com *legalidade*, pelo que se diz justa a ação realizada em conformidade com a lei (não importa se leis positivas ou naturais) (...); o outro significado é, precisamente, o que identifica justiça com *igualdade*, pelo que se diz justa uma ação, justo um homem, justa uma lei que institui ou respeita, uma vez instituída, uma relação de igualdade.

Em ambos os significados de justiça, porém, pode-se delimitar um ponto de referência comum, que é o de “ordem, equilíbrio, ou harmonia, ou concórdia das partes de um todo”. Diz o filósofo italiano:

Para que se reine a harmonia no universo ou na *civitas*, é necessário: a) que cada uma das partes tenha seu lugar atribuído segundo o que lhe cabe, o que é a aplicação do princípio *suum cuique tribuere*, máxima expressão da justiça como igualdade; b) que, uma vez que a cada parte foi atribuído seu lugar próprio, o equilíbrio alcançado seja mantido por normas universalmente respeitadas. Assim, a instauração de uma certa igualdade entre as partes e o respeito à legalidade são as duas condições para a instituição e conservação da ordem ou da harmonia do todo, que é – para quem se coloca do ponto de vista da totalidade e não das partes – o sumo bem. Essas duas condições são necessárias para realizar a justiça, mas somente em conjunto é que são também suficientes.

⁶ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 4. ed. São Paulo: Editora Edipro, 1995, p. 14-15.

Assim, a associação de igualdade-justiça-legalidade foi extremamente importante por se ter em vista um parâmetro – a lei, ou conjunto de leis que devam ser respeitadas. Não se pode de modo algum dissociar igualdade de respeito às leis, entendidas essas como um conjunto *harmonioso*, “daquele equilíbrio interno de um sistema que mereça o nome de justo”. A essa igualdade perante a lei podemos chamar de *igualdade formal*.

Porém, essa concepção liberalista de igualdade não favorece, na prática, a igualdade efetiva, mais tarde identificada como *igualdade material*. Como diz Norberto Bobbio⁷

O liberalismo é uma doutrina só parcialmente igualitária: entre as liberdades protegidas inclui-se também, em geral, a liberdade de possuir e de acumular, sem limites e a título privado, bens econômicos, assim como a liberdade de empreender operações econômicas (a chamada liberdade de iniciativa econômica), liberdades das quais se originaram e continuam a se originar as grandes desigualdades sociais nas sociedades capitalistas mais avançadas e entre as sociedades economicamente mais desenvolvidas e as do Terceiro Mundo.

Percuciente também é a afirmação de Fábio Konder Comparato⁸, que conclui que o princípio da “igualdade perante a lei” serve para justificar o extremo oposto – a desigualdade material profunda:

Em nome da isonomia ou igualdade meramente formal dos concorrentes perante a lei, faz-se de conta que todos – ricos e pobres, fortes e fracos, sujeitos ou não ao preconceito de inferioridade – possam participar, numa postulada igualdade absoluta de condição social, da grande competição da vida, na qual deve ser premiado o concorrente mais capaz. Trata-se de uma realidade não prevista pelos pensadores antigos, e que contraria mesmo, frontalmente, a visão que Platão e Aristóteles tinham dos diferentes regimes políticos. Para eles, a oligarquia era, em sua essência, o regime da soberania dos ricos, os quais, verificando a existência de uma desigualdade constante de fortunas na sociedade, tiravam daí a conclusão de que os homens são naturalmente desiguais em tudo, e estabeleciam as leis de acordo com esse princípio. Hoje, porém, a oligarquia disfarçada, mas encoberta pela democracia oficial, assenta-se não no princípio legal da desigualdade entre os homens, mas no seu exato oposto: a igualdade perante a lei.

Daí segue a importância da *igualdade material*, que vai além da simples previsão positivada da necessidade de igualdade entre todos. O ideal de igualdade real ou

⁷ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 4. ed. São Paulo: Editora Ediuoro, 1995, p. 41.

⁸ COMPARATO, Fábio Konder, *Ética. Direito, moral e religião no mundo moderno*. 2. ed. São Paulo: Editora Companhia das Letras, p. 571.

substancial, ou, como se vê da Constituição italiana, a noção de igualdade “de fato” é bastante clara, enfatiza Bobbio: “o que se entende, genericamente, como *igualdade de fato* é a igualdade com relação aos bens materiais, ou igualdade econômica, que é assim diferenciada da igualdade formal ou jurídica e da igualdade de oportunidades ou social”.⁹

Malgrado, porém, seja extremamente difícil definir os critérios, pode-se ao menos partir de um mínimo, no que tange ao aspecto ético, reconhecendo o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento, além de mecanismos de atuação solidária, como defende Fábio Konder Comparato¹⁰.

2.2. Da igualdade dos pontos de partida: do tratamento desigual aos desiguais

No programa televisivo *Roda Viva*, exibido pela TV Cultura no dia 7 de maio de 2014¹¹, o filósofo Eduardo Gianetti da Fonseca concordou com a afirmação do historiador Roberto da Matta de que “o Brasil tem uma boa tradição pela busca de liberdade, mas historicamente nunca lutou pela igualdade nem racial, nem econômica, nem social. Somos um país de desiguais”, secundou Gianetti, na medida em que afirma que, no Brasil, as condições de que grande parcela da população é parte, nos dizeres dele, *absurdamente desigual*.

Segundo Gianetti, há estudos que comprovam que, de zero a dois anos, as crianças dedicam 87% (oitenta e sete por cento) de sua energia metabólica para a constituição do seu cérebro, de tal sorte que se nesse período forem atingidas por uma doença crônica forte, por um parasita, diarreias constantes, isso as marcará pelo resto da vida, comprometendo sua formação neural e afetando sua capacidade cognitiva e intelectual.

Nesse sentido, segundo o filósofo, causa horror a constatação de que, no Brasil, apenas metade dos municípios possui saneamento básico, propiciando o aparecimento dessas doenças.

Assim, concluiu Gianetti, não é possível ter opções modernas do século XXI, como construção de estádios luxuosos ou trem-bala, por exemplo, sem que seja resolvida uma agenda social que ainda está no século XIX... Em outras palavras, não obstante o Poder Público possua, em parte, discricionariedade para gastos com outras finalidades, a citar trens de alta velocidade a fim de viabilizar a mobilidade e estádios como despesa de capital com intenção de receitas futuras, a gestão responsável exige

⁹ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 4. ed. São Paulo: Editora Ediuoro, 1995, p. 33.

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder, *Ética. Direito, moral e religião no mundo moderno*. 2. ed. São Paulo: Editora Companhia das Letras, p. 572 e 576.

¹¹ Trecho disponível em: <https://www.youtube.be/F9ktGOMXaBk>, acesso: em 8 de junho de 2016, às 21h18min.

prioridades como a manutenção da saúde pública, em grande parte tributária das ações de saneamento urbano.

Portanto, a igualdade deve ser um valor buscado como um projeto de futuro do Brasil, a se começar da igualdade de oportunidades, de chances, de pontos de partida. Bem explica Norberto Bobbio sobre esse princípio¹²:

Em outras palavras, o princípio da igualdade das oportunidades, quando elevado a princípio geral, tem como objetivo colocar todos os membros daquela determinada sociedade na condição de participar da competição pela vida, ou pela conquista do que é vitalmente mais significativo, a partir de posições iguais. É supérfluo aduzir que varia de sociedade para sociedade a definição de quais devam ser as posições de partida a serem consideradas como iguais, de quais devam ser as condições sociais e materiais que permitam considerar os concorrentes iguais. Basta formular a pergunta do seguinte tipo: é suficiente o livre acesso a escolas iguais? Mas a que escolas, de que nível, até que ano de idade? Já que se chega à escola a partir da vida familiar, não será preciso equalizar também as condições da família em que quase cada um vive desde o nascimento? Onde paramos? Mas não é supérfluo, ao contrário, chamar a atenção para o fato de que, precisamente a fim de colocar os indivíduos desiguais por nascimento nas mesmas condições de partida, pode ser necessário favorecer os mais pobres e desfavorecer os mais ricos, isto é, introduzir artificialmente, ou imperativamente, discriminações que de outro modo não existiriam, como ocorre, de resto, em certas competições esportivas, nas quais se assegura aos concorrentes menos experientes uma certa vantagem em relação aos mais experientes. Desse modo, uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade anterior: a nova igualdade é resultado da equiparação de duas igualdades.

Exemplos de tratamentos desiguais a pessoas que se encontram em situação de desigualdade justificaram, por exemplo, a adoção da Lei de Cotas (Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012); o fato de a mulher se aposentar com menos idade do que o homem (artigos 40, § 1º, e 201, § 7º, I-II); o fomento, pelo Estado, de políticas públicas afirmativas que promovam a igualdade de oportunidades para certos setores da sociedade, entre outras iniciativas.

Porém, um passo importante é o do estabelecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento para a vida ética, eis que, nos dizeres de Fábio Konder Comparato, o sistema capitalista oferece várias formas de violação à dignidade da pessoa humana, “com a ignóbil exploração dos trabalhadores, o desrespeito aos consumidores e a destruição do meio ambiente, nos mais diversos países”.¹³

¹² BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 4. ed. São Paulo: Editora Ediuoro, 1995, p. 31/32.

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética. Direito, moral e religião no mundo moderno*. 2. ed. São Paulo: Editora Companhia das Letras, p. 573.

3. DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NORTEADOR DO ALMEJADO ALCANCE DA IGUALDADE. O MÍNIMO EXISTENCIAL

Como bem nos explica André de Carvalho Ramos¹⁴, a “raiz da palavra “dignidade” vem de *dignus*, que ressalta aquilo que tem honra ou importância”. Cada pessoa, na concepção de São Tomás de Aquino, é uma “substância individual de natureza racional, centro da criação pelo fato de ser imagem e semelhança de Deus”. Como bem define Ramos,

A dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. Consiste em atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo, etc.

Tanto nos diplomas internacionais quanto nacionais, a dignidade humana é inscrita como princípio geral ou fundamental, mas não como um direito autônomo. De fato, a dignidade humana é uma categoria jurídica que, por estar na origem de todos os direitos humanos, confere-lhes *conteúdo ético*. Ainda, a dignidade humana dá unidade axiológica a um sistema jurídico, fornecendo um substrato material para que os direitos possam florescer.¹⁵

Embora não seja o objetivo desse breve trabalho traçar todos os exemplos que poderiam ilustrar quanto que o vetor de dignidade faz evoluir paralelamente as “oportunidades de partida” da população para que se possa enxergar a evolução da igualdade, o fato é que se fará referência, aqui, às condições mínimas, essenciais, de atendimento urgente pelas políticas públicas. Ana Paula de Barcellos identificou, na carta de 1988, um mínimo essencial que deve ser concretizado:

Na linha do que se identificou no exame sistemático da própria Carta de 1988, o *mínimo existencial* que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o status de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário.¹⁶

¹⁴ RAMOS, André de Carvalho, *Curso de direitos humanos*. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 74.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011, p. 258.

Um dos pontos mais críticos da sociedade brasileira, identificado inclusive por 45 % dos brasileiros como o principal problema a ser resolvido, segundo constatado na pesquisa Datafolha contratada pela Interfarma (Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa), em matéria jornalística veiculada em 29 de março de 2014¹⁷, é a saúde.

E uma questão intrinsecamente ligada à saúde é a da universalização de serviços de saneamento básico no Brasil, coleta de esgoto e rede de água, que, segundo aponta estudo da CNI (Confederação Nacional da Indústria), com base em dados oficiais sobre o andamento de obras do setor, só será concretizado no atual ritmo após 2050, mais de 20 anos depois do prazo previsto no plano oficial do governo federal.¹⁸

Ainda segundo a CNI, os gastos para cumprir a meta estabelecida pelo próprio governo no Plansab (Plano Nacional de Saneamento Básico) são insuficientes – teriam de ser dobrados para alcançá-la!

Nota-se, também, que as diferenças regionais são grandes, com o Norte e o Nordeste com índices bem inferiores aos das outras três regiões brasileiras.

E, assim, na medida em que se dá concretidade ao direito constitucional à saúde, principalmente à questão do saneamento básico, ultrapassa-se a igualdade formal constitucionalmente garantida para se atingir a almejada igualdade material.

4. A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO SANEAMENTO BÁSICO

Ana Paula de Barcellos¹⁹ aponta dois parâmetros que podem nortear as prestações de saúde. O primeiro diz respeito à relação entre o custo da prestação da saúde e o benefício que ela poderá proporcionar a um maior número de pessoas, tendo em vista a quantidade daqueles que dela necessitam.

Em outras palavras, está a significar que a saúde deve privilegiar o atendimento ao maior número de pessoas possível (ex: campanhas de prevenção de epidemias através de administração em massa de vacinas). A crítica que se faz a esse parâmetro é o critério simplista adotado, o do princípio *majoritário*.

Um segundo parâmetro, que talvez seja capaz de sanar os vícios do primeiro, busca a inclusão prioritária do mínimo existencial das prestações de que todos necessitam:

¹⁷ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2014/03/1432478-datafolha-aponta-saude-como-principal-problema-dos-brasileiros.shtml>. Acesso em: 13 dez. 2014, às 19h31min.

¹⁸ FOLHA DE S.PAULO, “Saneamento deve atrasar 20 anos no país, diz CNI”, *Caderno Folhainvest*, Dimmi Amora, São Paulo, 11 de janeiro de 2016.

¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011, p. 280/281.

Exemplificativamente o saneamento básico e o atendimento preventivo em clínicas gerais e especializadas, como cardiológica, ginecológica, etc. – ou provavelmente não de necessitar – e.g: o acompanhamento e controle de doenças típicas de terceira idade como a hipertensão, diabetes etc.

A lógica desse critério é assegurar que todos tenham direito subjetivo a esse conjunto comum e básico de prestações de saúde como corolário imediato do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, podendo exigí-lo caso ele não seja prestado voluntariamente pelo Poder Público. Isso, lembre-se, afora tudo o que venha a ser decidido politicamente e juridicizado pelos grupos eleitos a cada momento.

É interessante observar que as conclusões acima se harmonizam em boa parte com as quatro prioridades estabelecidas pela própria Constituição para a área da saúde, como visto no Capítulo VI, a saber: (i) a prestação do serviço de saneamento (art. 23, IX, 198, II e 200, IV); (ii) o atendimento materno-infantil (art. 227, I); (iii) as ações de medicina preventiva (art. 198, II); e (iv) as ações de prevenção epidemiológica (art. 200, II).

Segundo nos lembram Clenio Jair Schulze e João Pedro Gebran Neto²⁰, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais fixou uma definição de mínimo existencial, estabelecendo, no artigo 11, que os “Estados-membros do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a melhoria contínua de suas condições de vida.”

É certo que a Constituição Brasileira enumera uma série de direitos fundamentais, o que deixa o aplicador, por vezes, confuso com tantas escolhas. No campo do direito à saúde, por exemplo, os direitos são confundidos com desejos, de tal sorte que a Administração sempre deve estar muito atenta às prioridades. Assim bem nos explicam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, refletindo sobre o tema “reserva do possível”, quando da escolha das prioridades²¹:

“Assim sendo, o intérprete e o aplicador do direito não devem se preocupar com a figura da reserva do possível, e sim com a determinação rigorosa da área de proteção de cada direito. A pergunta crucial é saber o que *exatamente* garante a Constituição ao titular de certo direito fundamental prescricional ou social. Isso se relaciona com a baixa densidade normativa dos direitos sociais que atribuem ao legislador amplo poder de concretização. Assim, por exemplo, a garantia genérica do direito à saúde não significa a obrigação estatal de oferecer tudo aquilo que deseja o interessado ou recomendam seus médicos. Tendo estabelecido a área de prestação do direito

²⁰ SCHULZE, Clenio Jair e GEBRAN NETO, João Pedro – *Direito à saúde. Análise à luz da judicialização*. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2015, p. 34.

²¹ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo – *Teoria geral dos direitos fundamentais*, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 101.

de maneira rigorosa, cabe ao Estado realizar a prestação, sendo as alegações de “impossibilidade” irrelevantes, tal como é irrelevante a alegação do contribuinte de que se encontra na impossibilidade de pagar seus impostos”.

No que concerne à política pública do saneamento básico, porém, trata-se de uma política pública diretamente ligada ao direito à vida, e que pode atender a um maior número de pessoas, devendo gozar de prioridade na escala de direitos.

Infelizmente, porém, como expôs Ana Paula Barcellos²², “as obras de saneamento básico são renegadas a segundo plano por parte dos políticos que são responsáveis pela implantação das políticas públicas, visto que são obras demoradas, complexas e não raro, duram pelo menos vinte anos, não produzindo, portanto, resultados eleitorais a curto prazo”.

Ademais, afirmou a professora, “as pessoas não têm percepção clara de que o esgoto vai causar doenças; portanto, não existem estímulos democráticos ordinários para se realizar esse serviço, que deve ser prestado”. Uma das soluções seria a questão da eficácia positiva, ligada àquilo que se deve exigir do Estado, seja com base na legislação interna ou até mesmo da internacional.

Por conta disso, é preciso repensar acerca da elaboração das políticas públicas de saúde, o investimento prioritário em saneamento e saúde básica, com vistas a devolver condições dignas de sobrevivência, para, quem sabe um dia, enxergarmos uma sociedade mais igualitária.

5. DA IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA E SUA INSERÇÃO NA AGENDA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

5.1. Dos dados do saneamento básico

Em editorial datado de 12 de janeiro de 2016²³, a *Folha de S.Paulo* relatou que dada a pouca importância que o assunto “saneamento básico” vem recebendo, a Assembleia Geral da ONU houve por bem aprovar, em dezembro de 2015, uma resolução em que reconhece o saneamento básico como um direito humano específico, distinto do da água potável:

Calcula-se que mais de 2,5 bilhões de pessoas vivam sem acesso adequado a sistemas de esgoto em todo o mundo, em uma situação que não somente afeta a dignidade, mas também favorece a transmissão de doenças infecciosas, como cólera, hepatite e febre tifoide.

²² Em sua aula no Curso de pós-graduação *lato sensu* em *Direitos humanos: direitos fundamentais e políticas públicas*, promovido pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, em 3 nov. 2014.

²³ FOLHA DE S.PAULO. Síntese perturbante, Opinião Editorial, São Paulo, 12 jan. 2016, página A2.

Pelo impacto negativo que a falta de saneamento provoca em outras esferas, como saúde, bem-estar e educação, não há exagero em afirmar que um país jamais poderá ser considerado de fato desenvolvido enquanto permitir que parcelas expressivas de sua população morem em domicílios sem ligação com a rede coletora de esgoto.

Por esse critério, infelizmente, o Brasil parece condenado ao subdesenvolvimento por muitos anos. De acordo com dados mais recentes (2013), 85% dos domicílios contam com fornecimento de água, mas a fatia que dispõe de coleta de esgoto é vergonhosamente menor: 58%.

Ainda que se tenha aplicado cerca de R\$ 10 bilhões por ano entre 2009 e 2013, estudo da Confederação Nacional da Indústria mostra que, nesse ritmo, apenas em 2050 ocorreria a universalização do serviço de saneamento básico, pelo menos duas décadas mais tarde do que o plano oficial previsto pelo Governo Federal.

Com efeito, o Poder Público vem se revelando incapaz de contornar essas mazelas, mais evidentes ainda quando surgem doenças gravíssimas, como a transmitida pelo vírus da zika, que pode provocar danos nos cérebros de fetos, por intermédio do mosquito *aedes aegypti*.

5.2. Da epidemia da zika e sua relação com o saneamento

No início do século XX, o médico sanitarista Oswaldo Cruz era motivo de chacota quando propôs, para combater a febre amarela no Rio de Janeiro, montar uma equipe para percorrer casas, jardins, praças e terrenos baldios para eliminar os focos do mosquito: a água parada.

Em 1906, quando a febre amarela começou a ser controlada, Oswaldo Cruz passou de chacota a herói nacional. O método desenvolvido por ele só tem um problema: continua a ser aplicado em pleno século XXI para combater a dengue e a zika. O cenário mudou, mas nossa mentalidade continua no século passado.²⁴

Sem se descuidar de seu papel no combate à água parada, apenas, porém, a boa-vontade da população não parece continuar sendo a melhor estratégia para combater o mosquito *aedes aegypti*.

As cidades brasileiras são mais complexas, cresceram muito e de forma desordenada. A infraestrutura urbana não acompanhou o desenvolvimento populacional, o que levou à profunda precarização da vida cidadina. Nesse contexto, focar no varejo do combate individual de focos do mosquito é uma estratégia esgotada. É óbvio que a população precisa fazer a sua parte.

²⁴ FREIXO, Marcelo. *Zika e o saneamento*, in: *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 23 fev. 2016, página A2.

Mas precisamos lembrar que a precariedade da vida em nossas cidades provoca enormes dificuldades no cotidiano dos trabalhadores. Muitos levam três horas para chegar em casa do trabalho e ainda precisam cuidar de seus quintais e vasos de plantas. Não é justo e eficaz que a cobrança recaia sobre eles.

Cerca de 35 milhões de pessoas não possuem acesso à água tratada, o que faz com que o descaso do Poder Público nesse campo induza a população a garantir seu próprio abastecimento por meio de reservatórios improvisados, que são focos potenciais do mosquito.

As grávidas atingidas pelo mosquito da zika cujos bebês apresentaram sinais de microcefalia são, em sua maioria, do Nordeste, particularmente Pernambuco. Segundo o Ministério da Saúde, só no Nordeste 82% dos depósitos de larvas foram encontrados nesses reservatórios. E o pior: sabendo-se da informação de que o vírus da zika pode sobreviver em água suja, aliada à informação de que só 48,6% da população tem acesso à rede de esgoto, a combinação desses fatores é trágica. “Trocando em miúdos, quem está precisando se conscientizar são os responsáveis pelas políticas públicas em todas as esferas de governo”²⁵. O fato de a epidemia da zika estar na pauta do dia mostra que

A sétima economia do planeta ainda é incapaz de prover o saneamento básico a quase metade de sua população e, assim, continua à mercê de um mosquito que há décadas faz milhares de vítimas por doenças as mais variadas (...) Quais soluções? Aquelas capazes de pôr o saneamento no centro da agenda das obras de infraestrutura do governo. Ou aquelas capazes de oferecer a mulheres grávidas sem plano privado de saúde a garantia de diagnósticos rápidos²⁶.

Segundo reportagem de Cláudia Collucci²⁷, o Brasil, desde o verão de 2016, completou 30 anos de sucessivas epidemias da dengue. Desde 1986, o número de municípios com casos de doença saltou de 258 para 4.265 – 70% do total – segundo dados divulgados em 2015. No ano passado, o país viveu a maior das epidemias, com 1,6 milhão de casos e 863 mortes. Além da dengue, o mosquito *Aedes aegypti* vem causando surtos de zika e chikungunya.

Quais os fatores que levaram a essa emergência em saúde pública? Para 15 especialistas ouvidos pela Folha, a questão central é a falta de saneamento básico, traduzida em esgoto a céu aberto, lixo nas ruas e armazenamento incorreto da água.

²⁵ FREIXO, Marcelo. *Zika e o saneamento*, in: *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 23 fev. 2016, página A2.

²⁶ “Imagem externa”, Editorial, in: *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 11 fev. 2016, página A2.

²⁷ COLUCCI, Cláudia. “Foco no mosquito é questionado após 30 anos de epidemias de dengue”, in: *Folha de S.Paulo*, São Paulo, Cotidiano, 31 jan. 2016, p. 1.

No último LIRAa (Levantamento de Índice Rápido para o *Aedes aegypti*) nacional, divulgado em novembro de 2015, o resultado é claro: no Nordeste, 82,5% dos focos do mosquito estão em depósitos de água para consumo. Só no Sudeste é que a maior parte (52%) está dentro de casa²⁸.

Assim, para o nosso país, a universalização dos serviços de saneamento básico se mostra o único caminho capaz de diminuir as desigualdades entre as regiões Norte e Nordeste se comparadas com as demais, e a dívida do país com essas regiões é histórica: como será abordado no próximo capítulo, em matéria de saneamento, a região Sudeste foi – e continua sendo – a mais beneficiada com a implantação de infraestrutura nessa seara.

E o ritmo precisa acelerar-se mais do que nunca, pois do contrário, até lá “o *Aedes* pode confiar na ineficiência do poder público e, como ela, proliferar”²⁹.

6. ASPECTOS HISTÓRICOS E LEGISLATIVOS DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL. AS RAÍZES DA DESIGUALDADE

6.1. Do Brasil Colônia à criação do PLANASA (Plano Nacional do Saneamento Básico)

O Brasil Colônia caracterizou-se pela chegada dos colonizadores europeus e mão de obra escrava, com foco principal no mercado exterior, podendo-se dizer que inexistia uma preocupação com as políticas que visassem à melhoria das condições do povo brasileiro. Como nos explica Michely Vargas Delpupo³⁰, “naquela época, a questão da saúde ainda se encontrava sob a visão de um domínio familiar, local e privado”.

O avanço dos serviços de saneamento básico foi constatado apenas a partir da chegada da corte portuguesa ao Brasil, em 1808, com a instalação de redes para escoamento das águas pluviais, mesmo assim eram restritos apenas às áreas da cidade onde morava a família real, no Rio de Janeiro, segundo Delpupo, que analisa os dois períodos posteriores³¹

No período imperial, o serviço de abastecimento de água era feito por transporte individual pela população, que coletava nos chafarizes públicos.

²⁸ COLUCCI, Cláudia. “Foco no mosquito é questionado após 30 anos de epidemias de dengue”, in: *Folha de S.Paulo*, São Paulo, Cotidiano, 31 jan. 2016, p. 1.

²⁹ FOLHA DE S.PAULO, *É o saneamento*, São Paulo: Editorial, 19 fev. 2016, p. A2.

³⁰ DELPUPO, Michely Vargas. *Saneamento básico como direito fundamental. Por que o seu acesso é tão difícil no Brasil?* Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 31.

³¹ *Ibidem*.

Todavia, com o rápido crescimento da população, viu-se a necessidade de melhorar os sistemas de abastecimento de água. Então, foi fundada uma empresa para explorar os serviços de água, que eram transportadas por uma frota de carroças de duas rodas, puxadas por burros. Assim, o produto deixaria de ser um bem natural e se tornaria uma mercadoria.

Com a República, o Estado começa a assumir os serviços de saneamento básico como atribuição do poder público. No entanto, a maioria dos investimentos ainda se limitava nos locais onde residiam as elites sociais, ou seja, no Rio de Janeiro.

A política de saneamento básico presente na conjuntura do final do século XIX era caracterizada pelo protagonismo exercido pelos municípios, que ofereciam serviços de implementação de ruas, calçadas, iluminação pública e transporte coletivo; porém, como nos explica Silvano Silvério da Cosa e Wladimir Antonio Ribeiro³², “tal serviço era prestado de forma bem precária”. Somente mais tarde, em meados do século XX, o governo federal passou a atuar de forma mais incisiva nessa seara.³³

Foi somente em meados do século XX que essa situação veio a se alterar, principalmente com a entrada do governo federal, de forma mais incisiva. Isso se deu, primeiramente, em 1942, com a criação do Serviço Especial de Saúde Pública (SESP), originado de um convênio com o governo norte-americano, no âmbito dos preparativos e esforços de guerra. Em 1960, o SESP foi transformado em fundação, a Fundação SESP, que em 1991 foi fundida com a Superintendência de Campanhas de Saúde Pública (SUCAM), dando origem à atual Fundação Nacional de Saúde (FUNASA).

Na década de 50/60, foi criado o Serviço Autônomo de Água e Esgoto, que previa um sistema de reembolso dos investimentos financeiros por intermédio de tarifas, exigindo autonomia. Segundo nos relata Michely Delpupo

Neste período há registros de grandes pressões por parte da população e de representantes da indústria e do comércio, reivindicando maiores investimentos no setor de saneamento básico, tais como a extensão das redes de abastecimentos, redes de coleta e esgotos³⁴.

³² COSTA, Silvano Silvério da; RIBEIRO, Wladimir Antonio. Dos porões à luz do dia: um itinerário dos aspectos jurídico-institucionais do saneamento básico no Brasil. In: HELLER, Léo; CASTRO, José Esteban. *Política pública e gestão de serviços de saneamento*. Ed. ampliada. Belo Horizonte: Editora UFMG e Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013, capítulo 22, p. 467.

³³ *Ibidem*, p. 468.

³⁴ DELPUPO, Michely Vargas. *Saneamento básico como direito fundamental. Por que o seu acesso é tão difícil no Brasil?*, Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 32.

Os Estados passaram também a ser chamados a atuar, com a supervisão do Governo Federal, mas a desigualdade da região Nordeste sempre foi uma tônica, tanto que foi objeto de estudos por parte do economista paraibano Celso Furtado, que inclusive elaborou um estudo sobre a economia brasileira que serviria de base para o “Plano de Metas” do Governo Juscelino Kubitschek. Sob sua inspiração, em 1959 foi criada a Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE), que possuía por objetivo promover o desenvolvimento e combater as desigualdades regionais e sociais. Segundo Silvano Silvério da Cosa e Wladimir Antonio Ribeiro³⁵:

(...) por estímulo da SUDENE, alguns estados criaram organismos com o objetivo de apoiar os municípios na promoção e viabilização do saneamento básico. Citem-se os casos da Bahia, que em 1961, mediante a Lei nº 5.499, de 11 de janeiro, criou as autarquias Superintendência de Águas e Esgotos do Recôncavo (SAER) e a Superintendência de Engenharia Sanitária da Bahia (SESEB), ou os de Alagoas, do Piauí, do Paraná, do Rio Grande do Sul, do Maranhão e da Paraíba, que, respectivamente, criaram a Companhia de Saneamento de Alagoas (CASAL) (1962), a Águas e Esgotos do Piauí S.A. (AGESPISA) (1962), a Companhia de Saneamento do Paraná (SANEPAR) (1963), a Companhia Rio-Grandense de Saneamento (CORSAN) (1965), a Companhia de Água e Esgoto do Maranhão (CAEMA) (1966) e a Companhia de Água e Esgoto da Paraíba (CAGEPA) (1966).

A par da criação de diversos órgãos regionalizados, é importante fazer uma digressão acerca da evolução do órgão técnico denominado DNOS (Departamento Nacional de Obras e Saneamento), vinculado ao Ministério de Obras e Viação.

Em 1962, pela Lei nº 4.089, de 13 de julho, durante o governo João Goulart, o DNOS foi transformado em autarquia, com a instituição de um Fundo Vinculado (Fundo Nacional de Obras de Saneamento – FNOS), que contaria com 2% no mínimo da Renda Tributária da União (art. 15, caput, a, da Lei nº 4.089/62). Assim, as entidades estaduais, ao lado da União, prestariam cooperação mais abrangente em matéria de saneamento básico.

Porém, a instituição do FNOS (Fundo Nacional de Obras e Saneamento) levou o Governo a cada vez mais interferir no DNOS, em especial durante o regime militar, em 1964. O Decreto-lei nº 52, de 18 de novembro de 1966, veio a disciplinar a aplicação dos recursos do FNOS, criando o Fundo Rotativo de Águas e Esgotos (FRAE). Para Silvano Costa e Wladimir Ribeiro, “essa mudança alterou a forma de

³⁵ COSTA, Silvano Silvério da; RIBEIRO, Wladimir Antonio. Dos porões à luz do dia: um itinerário dos aspectos jurídico-institucionais do saneamento básico no Brasil. In: HELLER, Léo; CASTRO, José Esteban. *Política pública e gestão de serviços de saneamento*. Ed. ampliada. Belo Horizonte: Editora UFMG e Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013, capítulo 22, p. 469.

atuação do governo federal, que até então subvencionava as obras, instituindo a política de *financiamento*.³⁶

Em 1967, a edição do Decreto-lei nº 248, de 28 de fevereiro, instituiu a Política Nacional de Saneamento Básico (PNSB), que era entendida como o “conjunto de diretrizes destinadas à fixação do programa governamental a aplicar-se nos setores de abastecimento de água e esgotos sanitários” (artigo 1º).

Esse Decreto-lei previu que o DNOS seria o órgão executor da política de saneamento básico, porém “salvo nos casos de calamidade pública e reconhecida situação de emergência, nos municípios de mais de 40 mil habitantes o DNOS deveria atuar em regime de empréstimo (...)” (§§ 1º e 2º do artigo 7º do Decreto-lei nº 248/67) .

Essa política de financiamento, tônica do regime militar, foi bem delineada pela leitura do artigo 10 do Decreto nº 60.504, de 14 de março de 1967, que previa que

Para a concessão de empréstimo o interessado deverá estabelecer um sistema de tarifas reais, elaborado de acordo com as regras em vigor, baixadas pelo DNOS, de forma que assegure arrecadação suficiente para amortização do financiamento referido, incluindo-se o principal, juros, correção monetária, bem como despesas com a operação, manutenção e administração, peculiares ao sistema a implantar.

Silvano da Costa e Wladimir Ribeiro³⁷ lembram que 1967 foi um ano marcado por muitas turbulências, com a promulgação de uma nova Constituição, que previa eleições indiretas para Presidente da República, via Colégio Eleitoral.

O Marechal Castelo Branco foi sucedido pelo Marechal Costa e Silva, e com a promulgação da nova Constituição deixaram de vigorar os quatro Atos Institucionais promulgados por Castelo Branco, que haviam anulado, na prática, a Constituição de 1946.

Porém, em 13 de dezembro de 1968 foi editado o Ato Institucional nº 5, retornando o país ao dualismo institucional, em que havia Atos Institucionais 9 e Atos Complementares, que suspendiam e rivalizavam com a Constituição e com a legislação. E o governo federal, como se vê novamente, pretendeu cada vez mais financiar – e não subvencionar – as políticas de saneamento, como concluem Silvano da Costa e Wladimir Ribeiro³⁸:

³⁶ COSTA, Silvano Silvério da; RIBEIRO, Wladimir Antonio. Dos porões à luz do dia: um itinerário dos aspectos jurídico-institucionais do saneamento básico no Brasil. In: HELLER, Léo; CASTRO, José Esteban. *Política pública e gestão de serviços de saneamento*. Ed. ampliada. Belo Horizonte: Editora UFMG e Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013, capítulo 22, p. 469.

³⁷ *Ibidem*, p. 467.

³⁸ *Ibidem*, p. 471.

No governo Costa e Silva foi promulgado o Decreto nº 61.160, de 16 de agosto de 1967, que criou o Fundo de Financiamento do Saneamento (FISANE), vinculado ao Ministério do Interior, que absorveu o FNOS e o FRAE. Observe que o movimento sempre foi no sentido de modificar a política de subvenção orçamentária por outra, fundamentada no financiamento. Outro aspecto importante é que o caráter de fundos de financiamento tornava irresistível que sua gestão fosse transferida ao Banco Nacional de Habitação (BNH), criado no início do regime militar pela Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964.

Ainda em 1967, foi promulgada a Lei nº 5.318, de 26 de setembro, que instituiu a Política Nacional de Saneamento (PNS), criando um Conselho Nacional de Saneamento (CONSANE). Uma de suas atribuições era a de elaborar e expandir o Plano Nacional de Saneamento (PLANASA), além das demais atribuições previstas pelo artigo 7º da Lei nº 5.318/67.

6.2. Dos dois lados do PLANASA e da acentuação da desigualdade

Da execução de uma política de saneamento supervisionada pela União, a Lei nº 5.318/67 instituiu uma “política nacional de saneamento”, a qual estavam diretamente vinculados o DNOS, a Fundação SESP e o Departamento Nacional de Endemias Rurais (DNERu) (art. 10) e, por meio de convênios para acesso aos recursos, os Estados e Municípios. Silvano da Costa e Wladimir Antonio Ribeiro nos dão com clareza a noção dessa centralização³⁹

A centralização dos recursos, bem como a imposição da adoção da política federal de saneamento para acesso a eles, foi recrudescida com a autorização dada ao BNH, que já centralizava os recursos anteriores, para utilizar de recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) para financiar o saneamento básico (Decreto-lei nº 949, de 13 de outubro de 1969). É importante observar que o FGTS havia sido criado há apenas 3 anos antes, por meio da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, e, com forte adesão, possuía muitos recursos.

No Decreto-lei nº 949/69, para fins de acesso aos recursos do FGTS, o saneamento básico foi conceituado como a implantação ou melhoria de (1) sistemas de abastecimento de água ou (2) de sistemas de esgotos que visem ao controle da poluição das águas. Afora isso, a criação de um fundo estadual de financiamento, geralmente denominado Fundo de Água e

³⁹ COSTA, Silvano Silvério da; RIBEIRO, Wladimir Antonio. Dos porões à luz do dia: um itinerário dos aspectos jurídico-institucionais do saneamento básico no Brasil. In: HELLER, Léo; CASTRO, José Esteban. *Política pública e gestão de serviços de saneamento*. Ed. ampliada. Belo Horizonte: Editora UFMG e Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013, capítulo 22, p. 472.

Esgoto (FAE), era condição para o acesso aos recursos do FGTS (art. 2º do Decreto-lei).

Com isso, criou-se um sistema de total submissão dos estados e municípios à política do saneamento federal, baseada no financiamento e na organização empresarial dos serviços, mediante empresas estaduais de saneamento. Nem poderia ser diferente, porque, no regime autoritário militar, os estados e municípios haviam perdido sua autonomia, sendo os governadores nomeados pelo presidente da República ou “eleitos” por colégios eleitorais sob o controle do regime, e os prefeitos de muitas cidades (capitais e “áreas consideradas de segurança nacional”), pelo governador do estado.

O resultado disso é que os órgãos federais que atuavam diretamente no saneamento tiveram sua participação e poder de decisão enfraquecidos, para não dizer excluídos. Os profissionais do DNERu, FSESP e DNOS foram substituídos pelo flagrante crescimento nos monopólios dos serviços de saneamento pelas companhias estaduais. Explicam-nos Rezende e Heller⁴⁰

A conversão do BNH na agência central da política de saneamento do país representou um marco, que conduziu a um flagrante crescimento no monopólio dos serviços de saneamento pelas companhias estaduais, adquirindo contornos empresariais e atraindo para si investimentos, concentrando a quase totalidade dos recursos federais para o setor, embaraçando a evolução do PLANASA.

Do ponto de vista jurídico-formal, o PLANASA não passava de uma decisão do CONSANE, a quem competia elaborá-lo. Ao BNH competia concentrar os principais recursos para os investimentos, ao passo que o DNOS foi absorvido por esse processo, tendo a Fundação SESP continuado, mesmo que precariamente.

Foi somente em 1978 que a Lei nº 6.528, de 11 de maio, veio a dispor expressamente sobre o PLANASA, dispondo sobre as tarifas dos serviços públicos de saneamento básico, e prevendo que “o Poder Executivo, através do Ministério do Interior, estabelecerá as condições de operação dos serviços públicos de saneamento básico integrados ao PLANASA” (artigo 1º), bem como que “ao Ministério do Interior competia estabelecer normas gerais de tarifação, bem como fiscalizar sua aplicação”, além de “coordenar, orientar e fiscalizar a execução dos serviços de saneamento básico, assegurando a assistência financeira, quando necessária” (artigo 1º, parágrafo único, I a III).

⁴⁰ REZENDE, S.C.; HELLER, L. *O saneamento no Brasil: políticas e interfaces*. Belo Horizonte, Editora UFMG, 2008, p. 222, *apud* COSTA, Silvano Silvério da; RIBEIRO, Wladimir Antonio. Dos porões à luz do dia: um itinerário dos aspectos jurídico-institucionais do saneamento básico no Brasil. *In*: HELLER, Léo; CASTRO, José Esteban. *Política pública e gestão de serviços de saneamento*. Ed. ampliada. Belo Horizonte: Editora UFMG e Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013, capítulo 22, p. 473.

O PLANASA se constituiu em um conjunto de critérios, normas internas, manuais, decisões e orientações que vieram a formar a política de saneamento do regime militar, a qual, apesar de nunca haver se reunido em um *corpus*, possuía uma unidade. O PLANASA era estabelecido em cinco pontos fundamentais:

1) Criação de uma companhia de saneamento básico estadual em cada um dos estados da Federação, processo que obrigou a fusão de empresas, no caso de estados que contavam com mais de uma empresa – caso de São Paulo e da Paraíba; 2) Delegação dos serviços, mediante contrato ou convênios, dos municípios para as companhias estaduais; 3) Centralização das decisões de investimentos no Ministério do Interior, posteriormente no Ministério do Desenvolvimento Urbano, que, para a execução do PLANASA, se apoiava no corpo técnico do BNH; 4) Extraordinário volume de investimentos, mediante a aplicação dos recursos do FGTS; 5) Criação, em cada Estado, do FAE, de natureza financeira, que reunia recursos orçamentários e, ainda, recursos de operações de crédito contratadas com a União e organismos internacionais ⁴¹

O PLANASA, sem dúvida, gerou uma ampliação significativa da cobertura dos serviços de água e esgotos no país: dados comparativos entre o censo de 1970, em que 50,4% da população urbana era abastecida de água potável, e a Pesquisa Nacional de Domicílios do IBGE de 1985, demonstraram que esse número saltou para 87% da população urbana, ou o equivalente a 56 milhões de pessoas⁴². Michely Delpupo nos explica:

Pode-se considerar que as principais características do saneamento no Brasil foram estabelecidas durante a década de 70, por meio do Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANASA), quando um novo regime foi estabelecido no setor. Na verdade, a principal motivação deste novo marco foi a necessidade de atendimento da demanda urbana por abastecimento de água, em função do crescimento populacional nas cidades a partir da década de 60⁴³.

Por outro lado, porém, o PLANASA privilegiou as regiões mais ricas do Sul e Sudeste, tendo-se concentrado nas áreas mais populosas, e também nos segmentos

⁴¹ COSTA, Silvano Silvério da; RIBEIRO, Wladimir Antonio. Dos porões à luz do dia: um itinerário dos aspectos jurídico-institucionais do saneamento básico no Brasil. In: HELLER, Léo; CASTRO, José Esteban. *Política pública e gestão de serviços de saneamento*. Ed. ampliada. Belo Horizonte: Editora UFMG e Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013, capítulo 22, p. 474.

⁴² MONTEIRO, J.R.R. Plano Nacional de Saneamento: Planasa. Análise de desempenho, 1993, *apud* COSTA, Silvano Silvério da, RIBEIRO, Wladimir Antonio, *op cit.*, p. 474.

⁴³ DELPUPO, Michely Vargas. Saneamento básico como direito fundamental. Por que o seu acesso é tão difícil no Brasil? Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 32.

de maior renda. Segundo ARRETCHE, M.T.S.⁴⁴, “essa última conclusão é evidente quando se verifica que o PLANASA privilegiou onde haveria maior possibilidade de o investimento gerar tarifas para amortizar investimentos”.

Os pontos negativos do PLANASA foram: o seu centralismo, a falta de integração entre os Municípios, o exagero nos gastos e a concepção das obras, assim como o afastamento da sociedade e a introdução de um “pensamento único” na concepção da gestão e das soluções de saneamento⁴⁵. DELPUPO conclui:

O PLANASA fundamentou-se na lógica da autossustentação tarifária, segundo a qual as tarifas deveriam ser capazes de cobrir os custos de operação, manutenção e amortização dos empréstimos. Embora se reconheçam os benefícios propiciados por essa política – com melhorias no atendimento por abastecimento de água para grande parcela da população urbana –, ressalta-se que boa parte da população mais carente foi excluída no que se refere às ações implementadas.

Uma análise sobre o modelo do PLANASA revela que os serviços de abastecimento de água foram privilegiados em detrimento dos serviços de esgotamento sanitário e que não se obteve sucesso na expansão pretendida para a cobertura de ambos.

O PLANASA manteve-se íntegro até 1986, mas, com a crise dos anos 80 – a década perdida – o BNH, que dependia do FGTS – e de um pressuposto de alto nível de emprego – foi à bancarrota, tendo sido extinto por meio do Decreto-lei nº 2.291, de 21 de novembro de 1986, com suas operações transferidas para a Caixa Econômica Federal. Com o pilar financeiro a ruir, o PLANASA extinguiu-se, assim como o poder federal na área de saneamento.

As três décadas seguintes foram marcadas por um vazio legislativo, e como nos explica DELPUPO⁴⁶, “este período foi marcado pela ausência de instrumentos legais que estabelecessem regras claras para a prestação de serviços relacionados ao saneamento”.

O PLANASA foi simbolicamente extinto pela Lei nº 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, em que a partir de então se iniciou uma nova fase na política de saneamento no Brasil.

⁴⁴ ARRETCHE, M.T.S., Políticas sociais no Brasil: descentralização em um estado federativo, *apud* COSTA, Silvano Silvério da; RIBEIRO, Wladimir Antonio, *op. cit.*, p. 474.

⁴⁵ MONTEIRO, J.R.R., Plano Nacional de Saneamento: PLANASA. Análise de desempenho, 1993, *apud* COSTA, Silvano Silvério da; RIBEIRO, Wladimir Antonio. Dos porões à luz do dia: um itinerário dos aspectos jurídico-institucionais do saneamento básico no Brasil. In: HELLER, Léo; CASTRO, José Esteban. *Política pública e gestão de serviços de saneamento*. Edição ampliada. Belo Horizonte: Editora UFMG e Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013, capítulo 22, p. 475.

⁴⁶ DELPUPO, Michely Vargas. *Saneamento Básico como Direito Fundamental. Por que o seu acesso é tão difícil no Brasil?*, Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 33.

7. LEGISLAÇÃO ATUAL SOBRE O SANEAMENTO BÁSICO

7.1. Tratamento constitucional

A Constituição Federal não reconheceu de forma explícita a universalização do saneamento básico como um direito social, embora se considere que esse direito relaciona-se diretamente com o direito à saúde (artigo 6º, caput), ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225 da Constituição Federal) e, por que não, ao direito à dignidade e à vida (artigo 5º, caput).

Seria importante, em nosso sentir, a inclusão desse direito como categoria à parte, uma vez que os direitos sociais, como de segunda dimensão⁴⁷, estão intrinsecamente ligados a viabilizar a igualdade. E os direitos sociais, como direitos prestacionais que são, também umbilicalmente ligados ao conteúdo material das políticas públicas, na opinião de Fábio Konder Comparato⁴⁸:

Uma das grandes insuficiências da teoria dos Direitos Humanos é o fato de não se haver ainda percebido que o objeto dos direitos econômicos, sociais e culturais é sempre uma política pública.

Mas independentemente de não estar positivado como um direito social, é inegável que o saneamento básico exsurge do conceito de saúde, previsto no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde, de 1948, que dispõe que “saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doenças ou enfermidades”.

A Constituição previu, em seu artigo 21, inciso XX, a competência da União para “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transporte urbanos”.

E essa lei foi editada: é a Lei nº 11.445/2007⁴⁹, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, bem como reforça a correlação entre saneamento básico e saúde, obrigando à articulação entre os dois serviços.

Do ponto de vista da titularidade dos serviços de saneamento básico, o objetivo da universalização do saneamento pode ser alcançado pelos dispositivos

⁴⁷ O termo “gerações” vem sofrendo diversas críticas na doutrina dos Direitos Humanos, pois ensejam a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra.

⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁴⁹ BRASIL. Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979; 8.036, de 11 de maio de 1990; 8.666, de 21 de junho de 1993; e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 08 jan. 2007, retificado em 11 jan. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm, acesso em: 26 maio 2016, às 18h20min

constitucionais que restauraram a autonomia dos Estados e Municípios, ainda que preveja, em seu artigo 21, inciso XX, que “é tarefa comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “promover programas de melhoria das condições de saneamento básico”, a ser realizada mediante mecanismos de cooperação (artigo 23, IX, e parágrafo único).

Não há norma específica que atribua à União a competência para a prestação do serviço de saneamento básico, afora a competência concorrente já vista no inciso IX, do artigo 23⁵⁰. A única menção especial que pode ser aplicada à União é o disposto no artigo 200, IV, da Constituição da República. Esse dispositivo constitucional mais uma vez reforça a ligação indissociável entre saúde e saneamento, não é por demais repetir.

Do ponto de vista dos Municípios, apesar de não estar expresso na Constituição, o inciso V do artigo 30 previu que compete aos Municípios “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”. Para Luis Roberto Barroso⁵¹,

A norma procura realizar o denominado princípio da subsidiariedade, pelo qual todos os serviços de interesse tipicamente local, isto é, que possam ser prestados adequadamente pelo Município e se relacionem com sua realidade de forma específica, estejam no âmbito de competência desse nível federativo. Resta, todavia, definir o que é *interesse local*.

A rigor, praticamente todo e qualquer serviço apresentará, em última instância, uma dose de interesse local, ao passo que dificilmente algum serviço local será indiferente aos interesses regionais e mesmo nacionais. Basta imaginar, e.g., o serviço de telefonia, de produção de energia elétrica e de distribuição de gás canalizado, os dois primeiros conferidos à União (art. 21, XI e XII, b) e o último aos Estados (art. 25, § 2º). Todos esses serviços repercutem sobre os Municípios e seus habitantes que, por óbvio, desenvolvem os mais diversos interesses (utilizando-se a expressão aqui em sentido não técnico) acerca deles. Nada obstante, a própria Carta expressamente declinou que tais serviços nunca poderão ser prestados pelos Municípios, já que atribuídos a outros entes federativos de forma expressa.

⁵⁰ BARROSO, Luis Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios, *Revista eletrônica de Direito Administrativo*, Salvador, nº 11, agosto/setembro/outubro, 2007, p. 15, disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-11-AGOSTO-2007-LUIS%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em: 26 maio 2016, às 18h40min.

⁵¹ *Ibidem*, p. 10.

No caso do saneamento básico, porém, nada obsta que também o Município possa ser competente para prestar esses serviços, já que não está expressamente afetado a outro ente público.

Pela mesma razão, nada impede que os Estados também prestem serviços afetos a uma região metropolitana, aglomerações urbanas e microrregiões, como se pode depreender da leitura do artigo 25, § 3º da Constituição Federal.

7.2. A Lei nº 11.445/2007⁵², o Decreto que a regulamenta (Decreto nº 7.217/2010⁵³) e o Plano Nacional de Saneamento Básico⁵⁴. Boas leis, mas de difícil execução

Como vimos no tópico anterior, desde o final da década de 70, até 2007, a legislação sobre saneamento básico constituiu-se em um “vazio normativo”, sem instrumentos legais claros dignos de nota⁵⁵.

Até que em 5 de janeiro de 2007 foi editada a Lei nº 11.445, que estabeleceu as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal. A Lei nº 11.445 preocupa-se em definir melhor a questão da titularidade (tópico VII. 1), assim como as condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços de saneamento básico, dispostas nos quatro incisos do artigo 11: a existência de plano de saneamento básico; a existência de estudo comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral do serviços, nos termos do respectivo plano de saneamento básico; a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes da lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização; bem como a realização prévia de audiência e consultas públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato.

A Lei nº 11.455/2007 também traz em seu artigo 29 a questão da sustentabilidade econômico-financeira do contrato, mas *sempre que possível*, mediante remuneração pela cobrança de serviços. A locução *sempre que possível* remete-nos à noção de que a cobrança de tarifas não é o único mecanismo de sustentabilidade econômico-financeira, podendo também ser concedidas desonerações tributárias e incentivos

⁵² BRASIL. Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm, acesso em 26 maio 2016, às 20h58min.

⁵³ BRASIL, Decreto nº 7.217/10, regulamenta a Lei nº 11.445/2007, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7217.htm, acesso em: 26 maio 2016, às 20h56min.

⁵⁴ BRASIL. Plano Nacional de Saneamento Básico- PLANSAB, disponível em: http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/PlanSaB/plansab_texto_editado_para_download.pdf, acesso em: 26 maio 2016, às 21h19min.

⁵⁵ DELPUPO, Michely Vargas. *Saneamento básico como direito fundamental. Por que o seu acesso é tão difícil no Brasil?*, Curitiba: Editora Juruá, p. 33, 2015.

orçamentários para fomento à melhoria de operadores públicos de serviços de saneamento básico, conforme previsto no parágrafo quinto, do artigo 50.

Também o artigo 37 prevê reajuste de tarifas observando-se o intervalo mínimo de 12 meses, e apenas em situação crítica de escassez ou de contaminação de recursos hídricos que obrigue à adoção de racionamento é que o ente regulador poderá estabelecer mecanismos tarifários de contingência, com o objetivo de cobrir custos adicionais decorrentes, garantindo o equilíbrio financeiro da prestação do serviço e gestão da demanda (art. 46).

A Lei nº 11.445 também foi tímida ao estabelecer, em seu artigo 47, que o controle social dos serviços públicos de saneamento básico *poderá* incluir a participação de órgãos colegiados de caráter consultivo.

Por fim, é de ser elogiada a preocupação em se dar prioridade, na política federal de saneamento básico, à “equidade social e territorial” no acesso ao saneamento (artigo 48, inciso I), assim como a menção à redução das desigualdades regionais, geração de emprego e renda e a inclusão social (artigo 49, inciso I).

Em 21 de junho de 2010, foi editado o Decreto nº 7.217, que esmiuçou conceitos importantes, dispondo-os em vinte e nove incisos, em seu artigo 2º, definindo: planejamento, regulação, fiscalização, entidade de regulação, prestação de serviço público de saneamento básico, controle social, titular, prestador de serviço público, gestão associada, prestação regionalizada, serviços públicos de saneamento básico, universalização, subsídios, subsídios diretos, subsídios indiretos, subsídios internos, subsídios entre localidades, subsídios tarifários, subsídios fiscais, localidade de pequeno porte, aviso, comunicação, água potável, sistema de abastecimento de água, soluções individuais, edificação permanente urbana, ligação predial, etapas de eficiência e metas progressivas de corpos hídricos.

Composto de 68 artigos, contra 60 da Lei nº 11.445, o Decreto nº 7.217 se propôs a definir os serviços públicos de saneamento básico, subdividindo-o em serviços de abastecimento de água, de esgotamento sanitário e de manejo de águas pluviais urbanas, além de cuidar de sua relação com os recursos hídricos e licenciamento ambiental. A definição das etapas de planejamento, regulação, controle social e forma de prestação de serviços mediante contratos, além da melhor definição dos aspectos econômicos e financeiros, culminaram na definição dos planos de saneamento básico da União, seja por meio do Plano Nacional de Saneamento Básico, seja através dos planos regionais.

Já em 6 de dezembro de 2013, foi publicado no Diário Oficial da União o Plano Nacional de Saneamento Básico, denominado PLANSAB, pela Portaria Interministerial nº 571, que englobou o Ministério das Cidades, Fazenda, Casa Civil, Saúde, Planejamento, Meio Ambiente e Integração Nacional.

A Portaria abrangiu diretrizes, metas e ações na área de saneamento básico para os anos de 2014 a 2033, e previa alcançar 99% de cobertura no abastecimento de água potável, bem como 92% no esgotamento sanitário segundo dados de notícia do Governo, à época.

Anunciava-se, também, que os investimentos estimados no período seriam da ordem de R\$ 508,4 bilhões, tendo como fontes o governo federal (59%) e os governos estaduais e municipais, os prestadores de serviços de saneamento, a iniciativa privada e os organismos internacionais responderiam pelos outros 41%⁵⁶.

Infelizmente, porém, não foi o que se viu na prática. De acordo com a Pesquisa Nacional de Saneamento Básico (PNSB), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ano-base 2008, as companhias estaduais respondem por 37% da prestação de serviços de abastecimento de água no Brasil, secundados por 31% de Fundações/ Associações/ Consórcios, 24% da Administração Direta, 5% de autarquias e 3% de empresas privadas. E isso representa uma ameaça à desigualdade, como veremos no próximo tópico.

8. DESAFIOS PARA A UNIVERSALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

8.1. O desafio da mudança da lógica da desigualdade

Um dos pontos principias que precisa ficar claro no que tange à titularidade de prestação de serviços públicos no Brasil é o de que se trata de uma política pública extremamente custosa e demorada, e malgrado não apareça em pouco tempo, o que dificulta a visualização das realizações dos políticos, é um serviço que deve ser prestado primordialmente pelo Estado.

As experiências mais bem-sucedidas no campo do saneamento básico, como as dos países nórdicos, França, Canadá ou Estados Unidos, os serviços de água e esgoto foram encarados como uma responsabilidade social, um dever do estado, que não pode ser subordinado à lógica dos interesses privados do mercado. Andrés Sanz Mulas⁵⁷ esclarece que a abordagem da política pública de água e esgoto baseia-se em duas premissas básicas⁵⁸

Nossa perspectiva de política pública na análise dos serviços de água e esgoto baseia-se em duas premissas fundamentais: (a) os SAE têm um caráter multidimensional e sua análise e explicação requerem abordagens interdisciplinares e multidisciplinares; (b) o acesso universal a esses serviços, que

⁵⁶ Governo Federal aprova Plano de Saneamento Básico, disponível em: <http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2013/12/governo-federal-aprova-plano-nacional-de-saneamento-basico>. Acesso em: 26 maio 2016, às 22h25min.

⁵⁷ MULAS, André Sanz. Análise de políticas públicas de saneamento. Aspectos orçamentários e gerenciais. In: HELLER, Léo e CASTRO, José Esteban (org.), *Política pública e gestão de serviços de saneamento*, Rio de Janeiro: Editora Fio Cruz e Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013, capítulo 3, p. 98.

⁵⁸ *Ibidem*.

são essenciais para a vida numa sociedade civilizada, constitui um direito social de cidadania e não pode ser submetido a critérios de mercado.

Com efeito, vimos no capítulo 4 que as regiões Norte e Nordeste do Brasil foram as mais renegadas pelo Governo Militar, justamente por sua população ser amplamente mais pobre; portanto, menos capaz de arcar com os custos de tarifas. A se adotar a privatização, essa lógica tenderia a se repetir, mormente em um país que deveria ter por tradição que a gestão da coisa pública implica gastos que não excedem os ingressos, e mais, considerando-se a prioridade das atividades-fim do Estado. Assim, se a República Federativa do Brasil tem seus objetivos a cumprir conforme o estabelecido no artigo 3º da Constituição de 1988, não há que se falar em adiamento de despesas essenciais para a concretização dos direitos fundamentais e, por conseguinte, não se pode admitir, até mesmo pela formalidade da lei, qualquer sorte de desvios públicos, nem lícita, por mera irregularidade entre vinculação e destinação, legalidade e legitimidade, nem, muito menos, ilícita. Jarmo J. Hukka e Tapio S. Katko⁵⁹ alertam para esse aspecto:

Uma das tendências mais importantes das duas últimas décadas foi impulsionada pelas políticas de comercialização de serviços dos governos locais, inclusive os SAE, os quais, em muitos casos, vêm sendo reorganizados segundo os princípios gerenciais do setor privado. Em relação a essas tendências, Windischhofer (2007) afirma que os municípios desempenharam o papel principal na promoção da comercialização dos SAE, embora esse processo tenha sido norteador, muitas vezes, por políticas do governo central que exigem a adoção de modelos e práticas do setor privado pelos governos locais – um processo comumente denominado de Nova Administração Pública. O autor também critica as políticas implementadas por governos centrais que promovem a reforma de serviços públicos locais cortando o acesso dos municípios aos recursos financeiros e incentivando-os a adotar o gerencialismo e o empreendedorismo. Numa linha semelhante, Vinnari e Nasi (2008) investigaram os efeitos da introdução do modelo na Nova Administração Pública no setor público de água e esgotos, especialmente do ponto de vista da administração financeira e da contabilidade. Eles constataram que a aplicação de práticas do setor privado ao setor público não necessariamente garante transparência e a prestação de contas responsável, mas abre a possibilidade de uma tributação oculta e outros tipos de contabilidade criativa por parte das autoridades dos governos locais. Esses autores concluíram que os governos locais também devem ser submetidos a uma regulação mais rigorosa e a “regras do jogo” mais claras.

⁵⁹ HUKKA, Jarmo J. e KATKO, Tapio S, Paradigma alternativo. O papel das cooperativas e das autoridades locais, In: HELLER, Léo e CASTRO, José Esteban (org.), *Política pública e gestão de serviços de saneamento*, Rio de Janeiro: Editora Fio Cruz, e Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013, Capítulo 9, p. 227.

Felizmente, no nível global o setor público ocupa uma posição dominante como proprietário e operador de serviços de água e esgotos. Segundo Jarmo J. Hukka e Tapio S. Katko⁶⁰, estima-se que apenas 6% da população mundial suprida de serviços de água sejam atendidos pelas sete maiores empresas privadas multinacionais; pelo mundo afora, a vasta maioria das organizações é de propriedade e operação estatal – em muitos, se não na maioria dos casos, dos governos locais. Como explicam, essas empresas públicas compram seus bens, equipamentos e serviços, em larga medida, do setor privado, com base em licitações competitivas.

No Brasil, como vimos no capítulo anterior, que predominam as companhias estaduais são ampla maioria na dinâmica de prestação de serviços na área de saneamento. Léo Keller, Rafael Kopschitz Xavier Bastos, Pedro Gasparini Barbosa Heller e Júlio César Teixeira trazem importante conclusão⁶¹:

A predominância das CESB na prestação dos serviços de abastecimento de água, em detrimento do esgotamento sanitário, é apontada em diversos trabalhos como herança nítida do PLANASA. As metas do PLANASA para abastecimento de água foram praticamente cumpridas, com ampliação da cobertura de cerca de 45% da população urbana no final dos anos de 1960, para 75%, em 1980; e 83%, em 1990. Entretanto, nesse mesmo período, de 20% de atendimento da população urbana por sistema de esgoto sanitário, a cobertura estendeu-se a 39% em 1990 (Brasil, 1995). Sejam quais forem as razões evocadas para o descompasso dos resultados obtidos, o fato é que as CESB transformaram-se, preponderantemente, em “companhias de água”, ao invés de, efetivamente, de saneamento básico, relegando aos municípios, esvaziados de recursos financeiros e técnicos, a responsabilidade pelos serviços de esgotos.

Infelizmente, como apontam esses autores, os esforços na busca de comparação entre as diferentes modalidades de prestação de serviços no Brasil ainda são tímidos. Obviamente, dizem eles, a indagação sobre quais modelos podem ser considerados mais adequados, sobretudo para a prestação de serviços de água e esgotos, em face da diversidade encontrada, é absolutamente pertinente, uma vez que pode auxiliar na resposta sobre se o modelo adotado nos anos 1970 logrou a superioridade esperada, além de orientar os titulares de serviços em sua decisão sobre o modelo a ser adotado, em vista da nova fase histórica do setor, inaugurada com a institucionalidade proporcionada pelo novo quadro político, legal e institucional.

⁶⁰ HELLER, Léo; XAVIER BASTOS, Rafael Kopschitz; BARBOSA HELLER, Pedro Gasparini e TEIXEIRA, Júlio César. A experiência brasileira na organização dos serviços de saneamento básico. In: HELLER, Léo e CASTRO, José Esteban (org.), *Política pública e gestão de serviços de saneamento*, Rio de Janeiro: Editora Fio Cruz e Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013, capítulo 23, p. 494.

⁶¹ *Ibidem*.

Mas em um país de dimensões continentais com o Brasil, em que cada região do país é atendida de uma forma, concordamos com Heller *et. al.*, que conclui que a universalidade dos serviços de saneamento básico somente será alcançada com uma visão sistêmica do setor, em que não bastam apenas boas técnicas – que asseguram soluções, mas sem o alcance social necessário – ou só recursos – que asseguram a implantação das obras, mas não a sua sustentabilidade no tempo, fator notoriamente crítico para os sistemas de saneamento básico.

Assim, as políticas públicas devem ser adequadamente formuladas e implementadas, por instituições organizadas, com boas práticas de gestão e planejamento estratégico, além do controle social e do reconhecimento da intersectorialidade necessária e da interdisciplinaridade capaz de fornecer resposta aos complexos desafios⁶².

Em suma, a política de saneamento básico, indispensável para a garantia do direito à vida, é a política pública que mais se aproxima do “mínimo necessário”, do sobreprincípio da dignidade da pessoa humana. No mundo contemporâneo, em que há uma escala de direitos e desejos, em que muitas vezes uns são confundidos com outros, a prioridade dessa política pública é visível, e o primeiro passo é se adotar um modelo mais condizente com os princípios da Lei nº 11.445/2007, em prol do interesse públicos, visando a principalmente reduzir as desigualdades regionais existentes no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios, *Revista eletrônica de Direito Administrativo*, n. 11 – agosto/setembro/outubro – 2007 – Salvador – Bahia. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-11-AGOSTO-2007-LUIS%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em: 26 de maio de 2016.

BOBBIO, Norberto, *igualdade e liberdade*. 4. ed. São Paulo: Editora Ediouro, 1995.

BRASIL. Plano Nacional de Saneamento Básico – PLANSAB. Disponível em: http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/PlanSaB/plansab_texto_editado_para_download.pdf. Acesso em: 26 de maio de 2016.

⁶² HELLER, Léo; XAVIER, Rafael Kopschitz Bastos; BARBOSA, Pedro Gasparini Heller e TEIXEIRA, Júlio César. A experiência brasileira na organização dos serviços de saneamento básico. In: HELLER, Léo e CASTRO, José Esteban (org.), *Política pública e gestão de serviços de saneamento*. Rio de Janeiro: Editora Fio Cruz e Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013, capítulo 23, p. 499.

COMPARATO, Fábio Konder, *Ética. Direito, moral e religião no mundo moderno*, 2. ed. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2006.

_____. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELPUPPO, Michely Vargas. *Saneamento básico como direito fundamental. Por que o seu acesso é tão difícil no Brasil?* Curitiba: Editora Juruá, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo – *Teoria geral dos direitos fundamentais*, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

HELLER, Léo e CASTRO, José Esteban (org.), *Política pública e gestão de serviços de saneamento*, Rio de Janeiro: Editora Fio Cruz e Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013.

RAMOS, André de Carvalho, *Curso de direitos humanos*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

SCHULZE, Clenio Jair e GEBRAN NETO, João Pedro – *Direito à saúde. Análise à luz da judicialização*. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2015.

O DIREITO À EDUCAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DA ACESSIBILIDADE E INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA AUDITIVA ÀS UNIVERSIDADES PÚBLICAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

The right to education from the perspective of accessibility and inclusion of people with hearing disabilities to the public universities of the São Paulo state

Omar Hong Koh¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Do direito à educação da pessoa com deficiência auditiva. 2.1. Na Constituição Federal de 1988. 2.2. Nas Declarações e Convenções Internacionais. 2.3. Na legislação infraconstitucional nacional. 2.3.1. No Decreto federal nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005. 2.3.2. Na Lei federal nº 12.319, de 1º de setembro de 2010. 2.3.3. Na Lei federal nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). 2.4. Algumas providências adotadas pelas Universidades Públicas Federais em prol da pessoa com deficiência auditiva. 3. Do acesso e da permanência do deficiente auditivo nas Universidades Públicas do Estado de São Paulo. 3.1. Do acesso. 3.2. Da permanência. 3.2.1. Servidores tradutores ou Tradutores terceirizados? 3.2.2. Experiência da Central TILS da Unicamp. 3.3. Consequências no caso de omissão das Universidades. 3.4. Prospecção de novas tecnologias assistivas. 4. Considerações finais. Referências bibliográficas.

RESUMO

O presente artigo objetivou estudar como as Universidades Públicas Paulistas (USP, Unicamp e Unesp) têm se estruturado administrativa e juridicamente para inclusão de alunos deficientes auditivos em seus respectivos corpos discentes. Para que essa inclusão seja efetiva, deve-se atentar, em primeiro lugar, para a questão dos problemas de acesso do candidato deficiente auditivo ao ensino superior do Estado de São Paulo, que dizem respeito aos seus vestibulares e processos seletivos, que não conseguem aferir, com precisão, as habilidades desse candidato. Em um segundo momento, superada a questão do acesso, faz-se necessário enfrentar os desafios para a permanência desse aluno com deficiência auditiva, considerando que sua língua nativa é a de Sinais (Libras), enquanto o português é somente sua segunda língua, razão por que se impõe que instituições de ensino superior tenham tradutores e intérpretes de Libras.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais – Direito à Educação – Pessoa com deficiência auditiva – Acesso ao Ensino Superior – Permanência na Universidade Pública

ABSTRACT

This article studies how public universities of São Paulo (USP, Unicamp and Unesp) have structured administratively and legally the inclusion of deaf students in their student bodies. For this inclusion to be effective, priority should be given, first, to the problem of access problems of the hearing impaired candidate for the higher education of the state of São Paulo, which relate to their entrance exam (vestibular) and selection processes, which cannot measure accurately, that candidate skills. In a second step, after overcoming the issue of access, it is necessary to face the challenges for the permanence

¹ Procurador da Universidade de São Paulo-USP. Chefe da Procuradoria Consultiva de Pessoal Docente e Técnico-Administrativo da Procuradoria Geral da USP. Graduado pela Faculdade de Direito da USP – Largo São Francisco. Especialista em Direitos Humanos: Direitos Fundamentais e Políticas Públicas pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPGE-SP) e em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (ESMP-SP).

of this student with hearing impairment, considering that the sign language (BSL-Libras) is their native language, while the Portuguese is only their second language, reason why it requires that higher education institutions have BSL translators and interpreters.

Keywords: Fundamental Rights – Right to Education – Person with hearing disability – Access to Higher Education – Permanence at Public University

1. INTRODUÇÃO

Segundo o censo do IBGE de 2010, a população brasileira conta com mais ou menos 190 milhões de pessoas, dentre as quais por volta de 45 milhões seriam deficientes – somando-se nesse número todos os tipos de deficiência² –, o que representaria, percentualmente, quase 24% da população brasileira. Deficientes auditivos³, segundo o mesmo censo, totalizariam 9.722.163 pessoas (um pouco mais que 5% da população), dentre as quais 347.481 seriam surdos, 1.799.885 teriam grande dificuldade auditiva e 7.574.797 teriam alguma dificuldade auditiva⁴.

De acordo com dados do Censo da Educação Superior MEC/INEP, em 2003 matricularam-se 665 estudantes com deficiência auditiva no ensino superior, dos quais 41 em instituições públicas e 624 em instituições privadas. Em 2013, esses números aumentaram 982%, eis que houve 7.194 matrículas de estudantes com deficiência auditiva, das quais 1.539 em instituições públicas e 5.655 em instituições privadas⁵.

Esses números eloquentes, por si sós, descortinam os imensos desafios para a plena inclusão da pessoa com deficiência auditiva na vida em sociedade – garantindo-lhe, por conseguinte, o direito à educação em todos os níveis educacionais possíveis –, ideia esta sacramentada pelo recente Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei federal nº 13.146, de 6 de julho de 2015).

² Vale registrar que pessoas incluídas em mais de um tipo de deficiência foram contadas apenas uma vez no censo.

³ Segundo o inciso II do artigo 4º do Decreto nº 3.298/1999, com a redação dada pelo Decreto nº 5.296/2004, deficiência auditiva é a “perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz”.

⁴ CENSO DEMOGRÁFICO 2010. Resultados Gerais da Amostra - Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/resultados>>. Acesso em: 09 abr. 2016.

⁵ “Dados específicos sobre a matrícula de estudantes com surdez começaram a ser registrados em 2007. Assim, no referido ano foram registradas 444 matrículas, sendo 65 em instituições públicas e 379 matrículas em instituições privadas. Em 2013, foram registradas 1.489 matrículas de estudantes com surdez, sendo 420 em instituições públicas e 1.065 em instituições privadas, representando um crescimento de 235%” (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, *Orientações para implementação da política de educação especial na perspectiva da educação inclusiva*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=17237-secadi-documento-subsidiario-2015&Itemid=30192>. Acesso em: 01/06/2016).

Propomos, assim, discutir medidas que poderiam ser implementadas pelas Universidades Públicas Paulistas, no sentido de incluir o aluno deficiente auditivo, com foco específico na necessidade de inserção do profissional tradutor e intérprete de Libras no ambiente universitário.

A fim de podermos contribuir sobre a questão em comento, sem nenhuma pretensão de esgotá-la, analisamos, em primeiro lugar, a legislação nacional e internacional – notadamente a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da qual o Brasil é signatário –, tendo em mira o direito à educação das pessoas com deficiência auditiva. Na sequência, veremos, brevemente, como as Universidades Públicas Federais têm lidado com o tema e, por fim, analisaremos como as Universidades Públicas do Estado de São Paulo – Universidade de São Paulo (USP), Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) e Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (Unesp) – têm enfrentado o desafio dessa inclusão, ocasião em que apontaremos sugestões de políticas públicas que poderiam ser adotadas pela Administração Pública Universitária no Estado de São Paulo.

2. DO DIREITO À EDUCAÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA AUDITIVA

2.1. Na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 disciplinou os direitos das pessoas com deficiência em dez artigos, quais sejam: (i) artigo 7º, inciso XXXI; (ii) artigo 23, inciso II; (iii) artigo 24, inciso XIV; (iv) artigo 37, inciso VIII; (v) artigo 40, § 4º, inciso I; (vi) artigo 201, § 1º; (vii) artigo 203, incisos IV e V; (viii) artigo 208, inciso III; (ix) artigo 227, § 1º, inciso II e § 2º; e (x) artigo 244.

Perceba-se que em todos esses dispositivos supracitados, o legislador constituinte, ao se dirigir aos trabalhadores, servidores, segurados e pessoas, lançou mão da famigerada expressão “portadores de deficiência”, cuja utilização não é mais recomendada hodiernamente⁶, eis que, em substituição, deve-se preferir simplesmente “pessoas com deficiência”, termo consagrado na Convenção sobre os Direitos das

⁶ “A tendência é no sentido de parar de dizer ou escrever a palavra “portadora” (como substantivo e como adjetivo). A condição de ter uma deficiência faz parte da pessoa e esta pessoa não porta sua deficiência. Ela tem uma deficiência. Tanto o verbo “portar” como o substantivo ou o adjetivo “portadora” não se aplicam a uma condição inata ou adquirida que faz parte da pessoa. Por exemplo, não dizemos e nem escrevemos que uma certa pessoa é portadora de olhos verdes ou pele morena” (SASSAKI, Romeu Kazumi. Vida independente: história, movimento, liderança, conceito, filosofia e fundamentos. Reabilitação, emprego e terminologia. *Revista Nacional de Reabilitação*, São Paulo, julho, 2003). Nessa linha, há de se registrar que o então “Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência” teve sua nomenclatura alterada pela Medida Provisória nº 483/2010 para “Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência”, terminologia esta que continua a ser adotada até hoje, vide a Lei nº 13.266/2016.

Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo da Organização das Nações Unidas (ONU) assinado em 30/03/2007.

No que tange, propriamente, ao direito à educação da pessoa com deficiência, podemos destacar, ainda, os seguintes dispositivos da Constituição da República de 1988: artigo 23, inciso II; artigo 24, inciso XIV; artigo 208, inciso III; artigo 227, caput, § 1º, inciso II e § 2º; e artigo 244.

2.2. Nas Declarações e Convenções Internacionais

Em 1990 a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) emitiu, em Jomtien (Tailândia), a “Declaração Mundial sobre Educação para Todos: satisfação das necessidades básicas de aprendizagem”, em cujo artigo 3º, item 5 foi acordado que uma atenção especial deveria ser dada às necessidades básicas de aprendizagem das pessoas com deficiência e que seria preciso tomar medidas que garantissem “a igualdade de acesso à educação aos portadores de todo e qualquer tipo de deficiência, como parte integrante do sistema educativo”.

Na “Conferência Mundial de Educação Especial” organizada pela UNESCO, com o apoio do Governo da Espanha, de 7 a 10 de junho de 1994, na cidade de Salamanca, foi confeccionada, no último dia, uma Declaração que tratou de princípios, práticas e políticas na área das necessidades educativas especiais, tendo-se por consenso, em síntese, (i) a necessidade de inclusão de crianças, jovens e adultos com necessidades educacionais especiais no sistema regular de ensino⁷; (ii) a ideia de que a educação é um direito de todos, independentemente das diferenças individuais; (iii) que cabe à escola adaptar-se às necessidades dos alunos com necessidades educativas especiais, e não os alunos às especificidades da escola; e (iv) que o ensino deve ser diversificado e realizado em um espaço comum a todas as crianças.

A UNESCO, por sua vez, organizou a “Conferência Mundial sobre Educação Superior” em Paris (França), em 09/10/1998, que resultou na proclamação de uma declaração oficial em cujo artigo 3º, “d” constou que se deve facilitar ativamente o acesso à educação superior às pessoas com deficiência, pois “podem possuir experiência e talentos, tanto individualmente quanto coletivamente, que são de grande valor para o desenvolvimento das sociedades e nações”.

Na sequência, impende sublinhar a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo de 30 de março de 2007, norma de Direito Internacional, que, além de consolidar as Declarações acima estudadas, inovou com dispositivos avançados⁸ que incumbiram os Estados signatários a estabelecerem diversas políticas públicas em favor dos direitos das pessoas com

⁷ No que atine ao acesso ao ensino superior e ao papel das Universidades, especificamente, poderíamos destacar os seguintes trechos da “Declaração de Salamanca”: II, 17; B, 25; C, 46; E, 53; e III, 78.

⁸ Dentre os artigos dessa Convenção, ver os parágrafos 2º e 5º do artigo 4º; artigo 8º, 2, “b”; artigo 9º, 2, “e”; artigo 21; artigo 24; e o parágrafo 4º do artigo 30.

deficiência, constituindo, assim, diploma normativo paradigmático para a proteção desses direitos.

Vale frisar que o Estado brasileiro comprometeu-se, perante a comunidade internacional, a cumprir essa Convenção⁹, cujas promessas não são inconsequentes, ainda mais porque ganharam incontroverso status constitucional no âmbito do direito interno¹⁰.

2.3. Na legislação infraconstitucional nacional

Decorrido um pouco mais de um ano da promulgação da Constituição Federal de 1988, foi editada, pelo Governo Federal, a Lei nº 7.853/1989¹¹, que dispôs sobre medidas que deveriam ser tomadas pelo Poder Público, com vistas a integrar¹² a pessoa com deficiência à sociedade; na sequência, sobreveio a Lei nº 9.394/1996 (Lei das diretrizes e bases da educação nacional), em cujo artigo 58 previu que os estudantes com deficiência teriam, “preferencialmente”, educação especial na rede regular de ensino; a seguir, o artigo 18 da Lei federal nº 10.098/2000, estatuiu que caberia ao Poder Público formar profissionais intérpretes de linguagem de sinais para facilitar a comunicação direta à pessoa com deficiência¹³:

⁹ Na sequência da assinatura da Convenção Internacional em testilha, a União editou o Decreto federal nº 7.612/11, o qual instituiu o “Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – Plano Viver sem Limites”.

¹⁰ A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foi a primeira – e, por ora, a única – a ser aprovada pelo Congresso Nacional, mediante o Decreto Legislativo nº 186/2008, seguindo-se o novo rito e quórum previsto no §3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, introduzido na Carta Constitucional pela EC nº 45/2004. Na sequência, foi editado o Decreto presidencial nº 6.949/2009, que promulgou a Convenção em apreço. Não obstante, é certo que o mencionado §3º, incluído pela EC nº 45/2004, não passou ao largo das críticas da doutrina, que entende que esse dispositivo vai de encontro aos direitos humanos. Por todos, ver PIOVESAN, Flávia Cristina, *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 72-74.

¹¹ Em relação ao direito à educação, embora o legislador não tenha mencionado o ensino superior no inciso I do parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 7.853/89, é certo que no artigo 27 do Decreto nº 3.298/1999 – norma que regulamentou a aludida Lei – foi estipulado que as instituições de ensino superior deveriam “oferecer adaptações de provas e os apoios necessários, previamente solicitados pelo aluno portador de deficiência, inclusive tempo adicional para realização das provas”, incluindo-se aí também os vestibulares.

¹² Frise-se que, hoje em dia, não se defende mais a integração do deficiente à sociedade, mas, sim, sua inclusão. Mas naquela legislação de 1989 ainda constou o termo antigo.

¹³ A Lei federal nº 8.160/1991 já havia obrigado a colocação, de forma visível, do “Símbolo Internacional de Surdez” em todos os locais que possibilitassem acesso, circulação e utilização por pessoas portadoras de deficiência auditiva, e em todos os serviços que fossem postos à sua disposição ou que possibilitassem o seu uso.

E, finalmente, por intermédio da Lei federal nº 10.436/2002, o Brasil passou a reconhecer, oficialmente¹⁴, “como meio legal de comunicação e expressão a Língua Brasileira de Sinais – Libras¹⁵ e outros recursos de expressão a ela associados” (artigo 1º), não podendo, porém, tal Língua substituir a modalidade escrita do vernáculo (artigo 4º, parágrafo único¹⁶), sepultando-se, assim, de uma vez por todas, um passado obscuro¹⁷, no qual, em determinado momento, concedeu-se aos deficientes auditivos apenas o direito de serem educados pelo método de leitura labial (oralismo)¹⁸.

A Libras é uma língua de modalidade gestual-visual, que é comunicada por meio gesticulações e expressões faciais percebidas visualmente pelo deficiente auditivo, diferenciando-se das demais línguas, em geral, como o português, que são caracterizadas pela modalidade oral-auditiva, na qual sons articulados são percebidos pelos ouvintes¹⁹.

Embora tenha prevalecido, por muito tempo, a visão de que a linguagem de sinais era uma simples articulação de gestos, mímicas ou pantomima, destituída de uma lógica gramatical – e, em razão disso, com limitações para o seu uso –, pesquisas têm revelado, desde a década de 1960²⁰, que elas são tão complexas e expressivas

¹⁴ "Hoje, 44 países reconhecem oficialmente as Línguas de Sinais e os direitos linguísticos dos surdos. No Brasil e nesse países, as novas gerações pertencentes às comunidades surdas não dizem mais "Eu surdo" – Ser passivo – que não pensa nem escolhe. Sabem que é seu direito usar a Língua de Sinais e acreditam em suas possibilidades. É uma geração mais forte que sempre pressiona pelo intérprete, pela acessibilidade da Língua de Sinais." STUMPF, Marianne Rossi. *Mudanças estruturais para uma inclusão ética* In: QUADROS, Ronice Müller (Org.). *Estudos surdos III*. Petrópolis: Arara Azul, 2008, p. 16.

¹⁵ “Entende-se como Língua Brasileira de Sinais – Libras a forma de comunicação e expressão, em que o sistema linguístico de natureza visual-motora, com estrutura gramatical própria, constituem um sistema linguístico de transmissão de ideias e fatos, oriundos de comunidades de pessoas surdas do Brasil.” (artigo 1º, parágrafo único da Lei federal nº 10.436/2002).

¹⁶ Entre os estudiosos da matéria, contudo, existia uma corrente que defendia a completa substituição do vernáculo escrito pela Libras, em se tratando de estudantes surdos, mas, conforme visto, esse posicionamento não prevaleceu na legislação. Portanto, o legislador previu que o surdo deve ser bilingue: sua língua de comunicação é a Libras, enquanto sua língua escrita é o português.

¹⁷ Para se conhecer uma breve história sobre como a civilização humana lidou com os surdos ao longo das eras, ver o capítulo 2 (“Olhando através da história”), de Juliana Pellegrinelli Barbosa Costa, in: *A educação do surdo ontem e hoje: posição sujeito e identidade*, Campinas: Mercado de Letras, 2010, p. 19-38.

¹⁸ De acordo com Maria Cristina da Cunha Pereira (*Libras: conhecimento além dos sinais*, São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2013), no II Congresso Internacional de Educação do Surdo, ocorrido em Milão (Itália), em 1880, foi decidido que os estudantes surdos não poderiam ser educados, nas escolas, pela linguagem de sinais, mas apenas pelo método oral, consistente na leitura labial da língua falada, da ampliação do som e na expressão por meio da fala, de maneira que, dadas essas circunstâncias, somente os surdos oralizados conseguiam – ainda assim com muita dificuldade – prosseguir seus estudos e alcançar níveis de escolaridade mais elevados (ensino médio e superior).

¹⁹ ROSA, Andréa da Silva. *Entre a visibilidade da tradução da língua de sinais e a invisibilidade da tarefa do intérprete*. Petrópolis: Editora Arara Azul, 2008, p. 19. Disponível em: <<http://www.editora-arara-azul.com.br/pdf/livro5.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2016.

²⁰ "Os estudos sobre as línguas de sinais datam de 1960 quando Stokoe (1960), linguista americano, propôs uma análise linguística da American Sign Language (ASL) em seus aspectos estruturais básicos (fonológico, morfológico e sintático), o que torna as línguas de sinais equivalentes às línguas orais

quanto as línguas orais, podendo veicular pensamentos sutis, complexos e abstratos, ou seja, “seus usuários podem não apenas discutir filosofia, literatura, política, esportes, trabalho e moda, mas também utilizá-la com função estética para fazer poesias, histórias, teatro e humor”²¹.

E de acordo com os membros da Central de Tradutores e Intérpretes de Língua Brasileira de Sinais (TILS) da Unicamp:

As línguas de sinais, em geral, não apresentam preposições, flexões e artigos, e poucas são as conjunções. No entanto, por meio do uso do espaço, é possível expressar as mesmas relações comumente expressas por meio das preposições nas línguas orais. (...) Como qualquer língua natural, as línguas de sinais não têm limites para expressar quaisquer conceitos, assim como apresentam formas diferentes de expressão²².

As línguas de sinais são diferentes umas das outras e independem das línguas oral-auditivas utilizadas em outros países. Por exemplo: Brasil e Portugal possuem a mesma língua oficial, o português, mas as línguas de sinais desses países são diferentes, ou seja, no Brasil é usada a Libras e, em Portugal, usa-se a língua gestual portuguesa (LGP); o mesmo acontece com os Estados Unidos, American Sign Language (ASL), e a Inglaterra, British Sign Language (BSL), além de outros países. Os sinais são próprios de cada país, ou seja, se surdos de países diferentes encontrarem-se, provavelmente um não entenderá exatamente o que o outro está querendo dizer.

Desse modo, a língua de sinais não é uma língua universal, pois adquire características diferentes em cada país e até dentro das diversas comunidades de surdos de um mesmo país.

2.3.1. No Decreto federal nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005

Em continuidade à recapitulação legislativa, foi editado o Decreto federal nº 5.626/2005, diploma este que, até então, melhor tutelou, no País, o direito dos deficientes auditivos à educação: apresentou o conceito de surdez e de deficiência auditiva (artigo 2º); garantiu a inclusão da linguagem de Libras como disciplina curricular obrigatória nos cursos de formação de professores (artigo 3º); passou a exigir requisitos mais elevados de escolaridade para os professores e instrutores de Libras (artigo 4º e seguintes), bem como para o tradutor e intérprete de Libras-Língua Portuguesa (artigo 17), qualificando-os.

constituídas de gramáticas própria". ROSA, Andréa da Silva *et al.* Central de Tradutores e Intérpretes: a inclusão no ensino superior mediada pela língua de sinais. In: *Revista Saberes Universitários da Unicamp*. Campinas: Científica, v. 1, n.1, p. 78-91, 2016.

²¹ *Ibidem*, p. 78-91.

²² PEREIRA, Maria Cristina Libras: conhecimento além dos sinais. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2013, p. 19-20.

Finalmente, os artigos 14, 15, 23 e 24 do mencionado Decreto inovaram com algumas disposições aplicáveis ao ensino superior no que tange ao uso e à difusão da libras e da língua portuguesa para o acesso das pessoas surdas²³ à educação.

Percebe-se, a partir da leitura desses dispositivos supramencionados, que eles se aplicavam, obrigatoriamente, às instituições federais de ensino, mas não às instituições estaduais, que simplesmente buscariam – e não rigorosamente deveriam – implementar as medidas referidas no aludido Decreto, respeitando-se, assim, o pacto federativo, bem como a autonomia das universidades, *ex vi* o § 3º do artigo 14; parágrafo único do artigo 19; § 2º do artigo 21; § 2º do artigo 23; e artigos 29 e 30.

Sem embargo, após o Brasil ter recepcionado a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência como norma constitucional em 2008, entende-se, hodiernamente, que as Universidades Públicas estaduais, a despeito do pacto federativo e da autonomia destas, também devem se adequar aos mandamentos constantes da Convenção em apreço, que vincula todos os entes federativos²⁴ a partir do momento em que o Brasil se torna dela signatário²⁵.

2.3.2. Na Lei federal nº 12.319, de 1º de setembro de 2010

Muito embora o artigo 17 do Decreto nº 5.626/2005 tenha preceituado que a formação do tradutor e intérprete de Libras – Língua Portuguesa deveria se efetivar mediante curso superior de Tradução e Interpretação, com habilitação em Libras – Língua Portuguesa, é certo que a Lei nº 12.319/2010, ao regulamentar a profissão de Tradutor e Intérprete da Língua Brasileira de Sinais – Libras, acabou prevalecendo sobre aquele Decreto.

²³ Cremos que a Presidência da República se equivocou por um lapso. Em vez de “pessoas surdas”, deveria ter lançado mão da expressão mais abrangente “pessoas com deficiência auditiva”.

²⁴ *Ex vi* o disposto no parágrafo 5º do artigo 4º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. É por isso que não faz o menor sentido o disposto no artigo 9º do Decreto federal nº 7.612/11, o qual reza que a adesão dos Estados e Municípios ao “Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – Plano Viver sem Limites” é voluntária.

²⁵ Ora, no plano internacional, a União é pessoa jurídica de direito externo, representante da República Federativa do Brasil (composta por todos os entes federativos), ao passo que, no plano interno, a União é pessoa jurídica de direito interno, sendo apenas um dos entes federativos, ressaltando-se que entre estes inexistem relação hierárquica, mas divisão de competências organizada pela CF/88. A propósito, esta duplicidade funcional da União já foi reconhecida pelo STF em matéria envolvendo direito tributário, haja vista que “o Presidente da República não subscreve tratados como Chefe de Governo, mas como Chefe de Estado” (Recurso Extraordinário nº 229096, julgado em 16.08.2007, no qual se discutia a possibilidade de um tratado internacional firmado pela União, na qualidade de representante da República Federativa do Brasil, conceder isenção de tributos estaduais. O STF entendeu que, na qualidade de representante do país, a União pode, sim, firmar tratados deste tipo. Todavia, se estivesse na qualidade de pessoa jurídica de direito interno, em suas competências internas, a União não poderia instituir isenções de tributos da competência dos Estados, vide a expressa vedação do art. 153, inciso III, da CF).

Nesse sentido, aponte-se que o artigo 3º dessa Lei – que tinha redação semelhante ao do artigo 17 do Decreto –, bem como o artigo 9º da Lei – que criava órgãos de classe para fiscalizar a profissão – sofreram, ambos, veto presidencial²⁶, de modo que essa celeuma envolvendo os requisitos de escolaridade do tradutor e intérprete de Libras somente foi pacificada com o advento do artigo 28, § 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a seguir analisado.

2.3.3. Na Lei federal nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência)

O Estatuto em questão, também chamado de Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, foi um marco legislativo, consolidando, de uma vez por todas, os direitos da pessoa com deficiência, além de ter enfatizado as disposições constantes da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, vide, notadamente, os seus artigos 27, 28²⁷, 125²⁸ e 127²⁹.

²⁶ Com a seguinte justificativa: “O projeto dispõe sobre o exercício da profissão do tradutor e intérprete de libras, considerando as necessidades da comunidade surda e os possíveis danos decorrentes da falta de regulamentação. Não obstante, ao impor a habilitação em curso superior específico e a criação de conselhos profissionais, os dispositivos impedem o exercício da atividade por profissionais de outras áreas, devidamente formados nos termos do art. 4º da proposta, violando o art. 5º, inciso XIII da Constituição Federal.”

²⁷ “Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

(...)

XI – formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio;

(...)

XIII – acesso à educação superior e à educação profissional e tecnológica em igualdade de oportunidades e condições com as demais pessoas;

(...)

§ 2º Na disponibilização de tradutores e intérpretes da Libras a que se refere o inciso XI do caput deste artigo, deve-se observar o seguinte:

I – os tradutores e intérpretes da Libras atuantes na educação básica devem, no mínimo, possuir ensino médio completo e certificado de proficiência na Libras;

II – os tradutores e intérpretes da Libras, quando direcionados à tarefa de interpretar nas salas de aula dos cursos de graduação e pós-graduação, devem possuir nível superior, com habilitação, prioritariamente, em Tradução e Interpretação em Libras.”

²⁸ “Art. 125. Devem ser observados os prazos a seguir discriminados, a partir da entrada em vigor desta Lei, para o cumprimento dos seguintes dispositivos:

I – incisos I e II do § 2º do art. 28, 48 (quarenta e oito) meses;”

²⁹ “Art. 127. Esta Lei entra em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial.”

Considerando que a Lei nº 13.146/2015 foi publicada em 07/07/2015, concluiu-se que ela entrou em vigor em 02/01/2016 (180 dias após sua publicação, nos termos do seu artigo 127 c.c. artigo 8º, §1º da Lei Complementar nº 95/98), ressalvado o disposto nos incisos I e II do § 2º do seu artigo 28, cujo prazo estipulado para cumprimento, pelo Poder Público, será até 02/01/2020 (48 meses após a entrada em vigor da referida Lei, nos termos do inciso I do seu artigo 125 c.c. artigo 8º, §1º suprarreferido).

Entendemos, ainda, que esse prazo mais dilatado, até 02/01/2020, para a existência de intérpretes de Libras nas Universidades, está em consonância com o disposto no parágrafo 2º do artigo 4º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

2.4. Algumas providências adotadas pelas Universidades Públicas Federais em prol da pessoa com deficiência auditiva

Em 8 de maio de 1996, o então Ministro da Educação Paulo Renato Souza emitiu o histórico Aviso Circular nº 277/MEC/GM, direcionado a todos os dirigentes das Instituições de Ensino Superior, instando-os a continuarem empreendendo esforços no sentido de criar condições estruturais próprias, de forma a propiciar o acesso e permanência de alunos com deficiência ao 3º grau, oportunidade em que o Ministro recomendou e subscreveu uma série de políticas que poderiam ser adotadas no âmbito dessas instituições.

A fim de conferir força normativa a esse Aviso, transformando-o de um conjunto de sugestões para um conjunto de determinações, foi baixada, em 02/12/1999, a Portaria nº 1.679/1999 pelo mesmo Ministro, condicionando a autorização, reconhecimento de cursos e credenciamento de instituições de ensino superior ao atendimento, por parte destas, de requisitos de acessibilidade de pessoas com deficiências.

Sobreveio, então, em 07/11/2003, a Portaria nº 3.284/2003 em substituição à Portaria nº 1.679/1999, suprimindo a expressão “sala de apoio” – tendo em vista que em uma concepção de educação inclusiva não se deveria estimular a segregação do aluno surdo do aluno ouvinte –, bem como consignando que os tradutores e intérpretes nas instituições federais de ensino superior teriam que ser servidores públicos.

Em continuidade, a União Federal elaborou os Decretos nº 5.296/2004, nº 5.626/2005 e nº 6.571/2008³⁰ e lançou o *Programa Incluir*³¹, com os seguintes objetivos: (i) implantar a política de educação especial na perspectiva da educação

³⁰ Revogado, posteriormente, pelo Decreto nº 7.611/2011.

³¹ De acordo com os estudos da pesquisadora da UFSCar, Diléia Aparecida Martins, tal programa permitiu o aumento do número de matrículas de estudantes deficientes às Universidades Públicas Federais, admitidos por meio do ENEM. Em relação, especificamente, aos estudantes com deficiência auditiva, porém, a inclusão destes foi proporcionalmente menor, em comparação com outras espécies de deficiência, in: <<http://www.tv.unesp.br/4575>>. Acesso em: 10 maio 2016.

inclusiva na educação superior; (ii) promover ações que garantissem o acesso, a permanência e sucesso de pessoas com deficiência nas instituições federais de educação superior (IFES); (iii) apoiar propostas desenvolvidas nas IFES para superar situações de discriminação contra esses estudantes; (iv) fomentar o desenvolvimento de recursos didáticos e pedagógicos que favorecessem o processo de ensino e de aprendizagem³²; (v) promover a eliminação de barreiras físicas, psicológicas e de comunicações.

No que concerne propriamente à permanência do estudante surdo ou com deficiência auditiva, insta notar que a Lei federal nº 11.091/2005 previu o cargo técnico-administrativo em Educação de “Tradutor e Intérprete de Linguagem de Sinais”, demandando, como requisito de escolaridade, o ensino médio e proficiência em Libras³³, cuja incumbência, deste profissional, seria traduzir a língua portuguesa para Libras em aulas, seminários, trabalhos, ou qualquer outra atividade acadêmica afim, sempre que o estudante com deficiência auditiva necessitasse.

É certo que, atualmente, boa parte das IFES – com especial destaque para a Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)³⁴ – já contam com servidores tradutores e intérpretes de Libras³⁵, todavia remanesce o problema da dificuldade de ingresso do estudante com deficiência auditiva às Universidades Públicas Federais, na medida em que o processo seletivo do ENEM é realizado na língua portuguesa (2ª língua do deficiente auditivo), e não em Libras (sua 1ª língua)³⁶, daí porque a solução mais

³² Por exemplo, os Professores que têm alunos com deficiência auditiva devem atentar para o cumprimento de algumas condutas, tais como: (i) encorajar o aluno a sentar sempre na primeira fileira; (ii) falar com voz intensa e articulada, evitando cobrir a boca ou virar de costas para a turma, para facilitar a leitura labial pelo aluno que saiba fazê-lo; (iii) dar preferência à utilização de recursos visuais nas aulas, como projeções e anotações no quadro negro (BRAZOROTTO, Joseli Soares; SPERI, Maria Raquel Basílio. *Acessibilidade à informação e aprendizagem de pessoas com deficiência auditiva no ensino superior*. In: MELO, Francisco Ricardo Lins Vieira de (org.). *Inclusão no ensino superior: docência e necessidades educacionais especiais*. Natal: EDUFRN, 2013, p. 146).

³³ Vide Anexo II da mencionada Lei, com a redação dada pela Lei federal nº 11.233/2005.

³⁴ Com efeito, a UFSC criou o primeiro Curso de Graduação em Letras Libras do País (Licenciatura em 2006 e Bacharelado em 2008), tornando-se um centro nacional de referência na área de Libras. O curso é ministrado a distância, em parceria com diversas universidades públicas brasileiras, dentre as quais a Unicamp.

³⁵ De acordo com o Censo Escolar da Educação Superior, 1.787 instituições de ensino superior já oferecem tradutores e intérpretes de Libras aos estudantes com deficiência auditiva. De acordo com o item 3 do 1º relatório nacional sobre o cumprimento das disposições da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, elaborado pelo Governo Federal, em 2011 foram contratados “648 Tradutores/Intérpretes de Libras para acessibilidade aos estudantes com deficiência auditiva nas instituições federais de ensino”, disponível em <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-com-deficiencia/dados-estatisticos/relatorio-de-monitoramento-da-convencao>>, acesso em 20/03/2016.

³⁶ MARTINS, Dileira. In: TVUNESCO. Acesso de pessoas com deficiência tem se ampliado no Ensino Superior. Disponível em: <<http://www.tv.unesp.br/4575>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

equânime seria a aplicação de vídeo-provas³⁷, a fim de ampliar as chances daquele estudante ser aprovado nesse processo seletivo³⁸.

3. DO ACESSO E DA PERMANÊNCIA DO DEFICIENTE AUDITIVO NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

3.1. Do acesso

Por meio do Decreto nº 29.598/1989, o Governo do Estado de São Paulo dispôs sobre diversas providências visando a conceder efetiva autonomia administrativa e financeira à Universidade de São Paulo (USP), à Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) e à Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (Unesp), nos termos do artigo 207 da Constituição Federal de 1988, de modo que, atualmente, as três são financiadas, precipuamente, pelo percentual de 9,57% do ICMS arrecadado pelo Estado³⁹, sendo incontestável que esse modelo de autonomia revelou-se deveras acertado, vide sempre as posições de destaque dessas entidades autárquicas nos rankings nacionais e internacionais das melhores Universidades, em virtude de as três liderarem a produção científica, bem como o impacto acadêmico e tecnológico das pesquisas no País⁴⁰.

E justamente por gozarem desse prestígio e magnitude, milhares de jovens, egressos do ensino médio, almejam integrar o corpo discente da USP, Unicamp e Unesp e, para tanto, devem ser aprovados em rigorosos processos seletivos, organizados, respectivamente, pela Fundação Universitária para o Vestibular (Fuvest), Comissão Permanente para os Vestibulares (Convest) e Fundação para o Vestibular da Universidade Estadual Paulista (Fundação Vunesp).

Sucede que esses três vestibulares ainda enfatizam a habilidade do candidato em interpretação de textos em português (2ª língua do aluno surdo), defluindo daí um obstáculo quase intransponível para os alunos com deficiência auditiva lograrem

³⁷ Ver artigo 30, inciso III do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

³⁸ Registre-se que o Plano Nacional de Educação (Lei federal nº 10.172/2001), previu, como um dos objetivos e metas do ensino superior, “Criar políticas que facilitem às minorias, vítimas de discriminação, o acesso à educação superior, através de programas de compensação de deficiências de sua formação escolar anterior, permitindo-lhes, dessa forma, competir em igualdade de condições nos processos de seleção e admissão a esse nível de ensino”.

³⁹ Confira o artigo 5º da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) do Estado de São Paulo para 2018 (Lei estadual nº 16.511/2017). Tradicionalmente, a USP fica com 5,0295 % do ICMS, a Unicamp, com 2,1958%, e a Unesp, com 2,3447%.

⁴⁰ Ver RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Autonomia universitária – As universidades públicas e a Constituição Federal de 1988*. 2. ed. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.usp.br/imprensa/?p=58094>>. Acesso em: 14 jun. 2016. Há se lembrar, outrossim, que a USP e Unicamp são consideradas, atualmente, as duas melhores Universidades da América Latina.

aprovação, muito embora se reconheça o mérito das medidas institucionais implementadas pelas Universidades, ao longo dos últimos anos, em prol do candidato com deficiência auditiva⁴¹.

No que tange às Universidades Públicas Federais, o Estatuto da Pessoa com Deficiência propôs, no seu artigo 29, reservar 10% das vagas dessas instituições aos estudantes com deficiência, mas esse dispositivo foi vetado pela Presidência da República⁴².

O artigo 30 do referido Estatuto, contudo, não sofreu veto presidencial, e impôs a necessidade de os processos seletivos de todas as Universidades (federais, estaduais, municipais e particulares) se adaptarem às necessidades do candidato com

⁴¹ A título exemplificativo: (i) A FUVEST firmou Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com o Ministério Público do Estado de São Paulo, comprometendo-se a assegurar a correção das provas de candidatos surdos por banca específica, “especializada nas peculiaridades de escrita desses candidatos. De acordo com o TAC, a correção das provas discursivas dos candidatos com deficiência auditiva obedecerá, num primeiro momento, o critério padrão utilizado pela Fuvest. Mas, em seguida, será feita nova correção, agora por uma banca específica que será composta por, pelo menos, um professor especialista em surdez e nas peculiaridades da escrita desses candidatos. Essa comissão vai considerar a coerência do texto e o conteúdo semântico da prova, não valorizando excessivamente a forma, a ortografia e a estruturação gramatical, obstáculos para pessoas surdas. (...) O TAC também prevê que, em todos os concursos que realizar na cidade de São Paulo, a Fuvest disponibilizará, nos postos de inscrição, pessoal treinado no atendimento a pessoas com deficiência, inclusive intérprete de LIBRAS (linguagem brasileira de sinais), aparelho telefônico para surdo (inclusive na sede da Fundação) e sistema de Disk Fuvest com informações fonadas sobre o edital e itens do manual, além de garantir que os postos de atendimento darão atendimento prioritário e diferenciado aos candidatos com deficiência. Além disso, os postos de venda de manual e de inscrição deverão ser fisicamente acessíveis, inclusive as agências bancárias, ficando proibida a indicação de local que não atenda tal característica. Também fica garantido pelo TAC que a Fuvest disponibilizará, em todas as fases do vestibular, especialistas para apoio aos candidatos e fiscalização, como intérprete de LIBRAS e ledor, suporte de materiais necessários, locais acessíveis (incluindo entrada, salas de aula, carteiras, sanitários e estacionamento), provas ampliadas ou em Braille e ampliação do tempo de realização das provas para esses candidatos. (...). Muitas das condições fixadas no TAC já estão sendo aplicadas pela Fuvest em seus vestibulares. Mas, a partir de agora, a Fundação também vai comunicar às Universidades para as quais realiza concurso o número de candidatos com algum tipo de deficiência aprovados, de forma a colaborar para que as instituições tenham tempo de se adaptar para receber esses novos alunos” (disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/publicacao_noticias/2009/mai09/MP%20e%20Fuvest%20firmam%20TAC%20que%20beneficia%20deficientes%20auditivos%20n>, acesso em: 20/05/2016); (ii) No vestibular da Unicamp consta no sítio eletrônico da CONVEST que “O candidato com deficiência auditiva poderá solicitar um tradutor e intérprete de Libras” (disponível em: <<http://www.comvest.unicamp.br/vest2016/manual/processo.html>>, acesso em: 20/05/2016); (iii) A Fundação Unesp tem procurado adaptar seu vestibular aos deficientes auditivos, em conformidade com o Aviso Circular nº 277/MEC/GM (direcionado às instituições federais de ensino superior) e com o Decreto estadual nº 59.591/2013 (disponível em: <<http://www.unesp.br/portal#!/noticia/15932/estudantes-surdos-participam-de-exame-vestibular-da-unesp/>>, acesso em: 20/05/2016).

⁴² Com a seguinte justificativa: “Apesar do mérito da proposta, ela não trouxe os contornos necessários para sua implementação, sobretudo a consideração de critérios de proporcionalidade relativos às características populacionais específicas de cada unidade da Federação onde será aplicada, aos moldes do previsto pela Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Além disso, no âmbito do Programa Universidade para Todos – PROUNI o governo federal concede bolsas integrais e parciais a pessoas com deficiência, de acordo com a respectiva renda familiar.” (Mensagem nº 246, de 6 de julho de 2015, DOU de 7 jul. 2015)

deficiência⁴³, cuidando-se, pois, de política afirmativa plausível e razoável, de modo a se evitar possíveis distorções em avaliações idênticas e padronizadas para todos os candidatos.

A propósito, Michael J. Sandel⁴⁴, ilustre Professor de Harvard, lembra que “a capacidade do teste de aptidão escolar e de outros exames afins de prever o sucesso acadêmico e profissional vem sendo questionada há tempos”, até mesmo porque o uso dessas avaliações padronizadas, tais como o vestibular, demanda a interpretação das notas obtidas pelos estudantes à vista dos seus históricos familiares, sociais, culturais e educacionais.

Portanto, o artigo 30 suprarreferido do Estatuto da Pessoa com Deficiência, longe de ser um privilégio, apenas busca aferir, com mais precisão, a habilidade do candidato com deficiência, homenageando-se a máxima segundo a qual justiça “é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”. Assim, seguindo-se essa linha de raciocínio, pode-se sustentar que um candidato surdo que acerta o mesmo número de pontos na prova de português de vestibular que um candidato não deficiente denota ter maior capacidade interpretativa que este último, na medida em que o português, para o primeiro, não é sua língua nativa.

A par disso, pode-se argumentar que a política de ação afirmativa para o ingresso de estudantes com deficiência nas universidades públicas teria o objetivo de promover a diversidade, atingindo-se, assim, um escopo socialmente relevante. Sob este prisma, parece-nos que a diretriz da diversidade se fundamenta no bem comum,

⁴³ “Art. 30. Nos processos seletivos para ingresso e permanência nos cursos oferecidos pelas instituições de ensino superior e de educação profissional e tecnológica, públicas e privadas, devem ser adotadas as seguintes medidas:

I - atendimento preferencial à pessoa com deficiência nas dependências das Instituições de Ensino Superior (IES) e nos serviços;

II - disponibilização de formulário de inscrição de exames com campos específicos para que o candidato com deficiência informe os recursos de acessibilidade e de tecnologia assistiva necessários para sua participação;

III - disponibilização de provas em formatos acessíveis para atendimento às necessidades específicas do candidato com deficiência;

IV - disponibilização de recursos de acessibilidade e de tecnologia assistiva adequados, previamente solicitados e escolhidos pelo candidato com deficiência;

V - dilação de tempo, conforme demanda apresentada pelo candidato com deficiência, tanto na realização de exame para seleção quanto nas atividades acadêmicas, mediante prévia solicitação e comprovação da necessidade;

VI - adoção de critérios de avaliação das provas escritas, discursivas ou de redação que considerem a singularidade linguística da pessoa com deficiência, no domínio da modalidade escrita da língua portuguesa;

VII - tradução completa do edital e de suas retificações em Libras.”.

⁴⁴ SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, 5. ed. p. 211.

da própria Universidade Pública e da sociedade que a financia, na medida em que um corpo discente composto por estudantes com deficiências, e por estudantes sem estas, permite que todos mutuamente aprendam com todos, sendo mais proveitoso do que se houvesse homogeneidade limitada somente a uma dessas categorias. Ora, da mesma maneira que as diversidades de origem geográfica, raça, etnia, classe social e gênero potencializam as visões intelectuais e culturais de todos os estudantes, a inclusão do deficiente auditivo às Universidades Públicas cumpriria o mesmo papel na direção de enriquecer o ambiente acadêmico⁴⁵.

Em outras palavras, está mais do que evidenciado que as provas de admissão de candidatos às graduações e pós-graduações das Universidades Públicas brasileiras poderiam e deveriam ser flexibilizadas, de modo a selecionar alunos com os mais variados perfis (incluindo-se os alunos com deficiência), à luz do interesse institucional e dos fins das Universidades, bem como à vista do interesse da sociedade, que as financia.

3.2. Da permanência

3.2.1. Servidores tradutores ou Tradutores terceirizados?

Uma vez sobrepujada a barreira do processo seletivo para a graduação ou para a pós-graduação, o aluno deficiente auditivo esbarra em dificuldades para frequentar as salas de aulas, em face da inexistência de um corpo regular de tradutores e intérpretes nas Universidades Públicas Paulistas⁴⁶, com exceção da Unicamp, conforme veremos a seguir.

Faz-se necessário lembrar, de início, que, atualmente, a USP e Unesp contratam servidores técnico-administrativos pelo regime da Consolidação das Leis do

⁴⁵ Vejamos o caso de Harvard: “Quando o caso Bakke foi apresentado na Suprema Corte dos Estados Unidos, a Universidade de Harvard enviou uma súmula de arrazoados defendendo a ação afirmativa na área de educação. A súmula declarava que a avaliação por meio de testes nunca tinha sido o único critério de admissão. “Se o desempenho escolar tivesse sido o único e exclusivo critério, ou mesmo o critério predominante, a Universidade de Harvard teria perdido grande parte de sua vitalidade e excelência intelectuais (...) e a qualidade da experiência educacional oferecida a todos os alunos teria sido prejudicada”. Antigamente, diversidade significava “estudantes da Califórnia, de Nova York e de Massachusetts; habitantes das cidades e fazendeiros; violinistas, pintores e jogadores de futebol; biólogos, historiadores e humanistas; corretores de ações, acadêmicos e políticos em potencial”. Agora, a universidade também se preocupa com a diversidade racial e étnica. Um jovem fazendeiro de Idaho pode trazer para Harvard algo que um estudante de Boston não tem como oferecer. Da mesma forma, um estudante negro com frequência traz um aporte que um branco não pode oferecer. A qualidade da experiência educacional de todos os alunos da Universidade de Harvard depende, em parte, dessa diversidade de antecedentes e expectativas que os estudantes trazem consigo” SANDEL, Michael J. *O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, 5. ed. p. 211.

⁴⁶ Na pós-graduação, além da dificuldade de compreender as aulas se não houver um tradutor, o aluno com deficiência auditiva depara-se com dificuldades na falta de flexibilização das regras ABNT para produção de teses e artigos científicos.

Trabalho (CLT). Já a Unicamp, em regra, admite servidores pelo regime estatutário (Estatuto dos Servidores da Unicamp), mas, em se tratando de necessidade temporária, contrata também pela CLT (contrato por prazo determinado).

Tanto a Lei Complementar Estadual nº 1.074/2008 (que criou empregos públicos na USP)⁴⁷, quanto a Lei Complementar Estadual nº 1.076/2008 (que os criou na Unesp), não previram a categoria profissional do Tradutor e Intérprete de Libras. A despeito de inexistir Lei Complementar criando empregos públicos no âmbito da Unicamp, esta contratou tradutores e intérpretes por prazo determinado, nos termos da CLT, para comporem uma Central de Tradutores e Intérpretes de Língua de Sinais (TILS).

Pois bem, em face dessa omissão nas citadas Leis Complementares, quais providências poderiam ser tomadas pela USP e pela Unesp? É certo que a questão poderia ser deslindada de várias maneiras, a saber:

Primeira solução (aplicável para a USP e para a Unesp): alteração legislativa das Leis Complementares Estaduais nº 1.074/2008 e 1.076/2008 – por iniciativa do Governador do Estado, a pedido dos Reitores de ambas as Universidades –, introduzindo-se, formalmente, a categoria profissional de tradutor e intérprete da Libras-Língua Portuguesa no Grupo Superior da carreira técnico-administrativa de ambas as Universidades, cujos profissionais poderiam ser reunidos em sistema de pool, à semelhança da Central TILS já existente na Unicamp;

Segunda (aplicável somente para a USP): contratação de Especialista em Laboratório – Especialidade: Tradutor e Intérprete de Libras, exigindo-se nível superior, com habilitação, prioritariamente, em Tradução e Interpretação em Libras;

Terceira (aplicável somente para a USP): oferecimento de habilitação em Tradução e Interpretação em Libras aos Especialistas em Laboratório da Universidade para possibilitar a atuação destes como tradutores e intérpretes de Libras;

Quarta (aplicável para a USP e para a Unesp): contratação de serviços de tradução e interpretação de Libras mediante a Lei nº 8.666/1993, cujo artigo 24, inciso XIII prevê hipótese de dispensa de licitação “na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, (...) desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos”. Assim, existindo alguma instituição de intérpretes e tradutores de Libras dessa natureza, que satisfizesse a todos esses requisitos, tal contratação poderia, em princípio, ser viabilizada⁴⁸.

Alerte-se, não obstante, que a adoção de qualquer das três primeiras proposições inviabilizaria a implementação da quarta, na medida em que isso significaria a

⁴⁷ Cujá constitucionalidade está sendo atualmente questionada na ADI nº 5615, ajuizada pelo Procurador Geral da República em 24 out. 2016, perante o STF.

⁴⁸ Essa quarta solução foi a adotada pela USP. Com efeito, já está em curso uma licitação para a contratação desse serviço.

incorporação implícita – mediante interpretação – da função de tradutor e intérprete de Libras no quadro de carreira dos servidores técnico-administrativos da USP e da Unesp, ocasião em que a terceirização passaria a estar vedada, sob risco de violação ao artigo 37, inciso II da CF/88, que dispõe sobre o princípio do concurso público⁴⁹.

3.2.2. Experiência da Central TILS da Unicamp⁵⁰

A partir de janeiro de 2015, com o apoio do Centro de Estudos e Pesquisas em Reabilitação Prof. Dr. Gabriel Oliveira da Silva Porto (Cepre) da Faculdade de Ciências Médicas (FCM) da Unicamp e da Pró-Reitoria de Graduação (PRG) desta Universidade, começou a funcionar, no âmbito desta autarquia universitária, a aludida Central TILS, alocada na Diretoria de Logística e Infraestrutura para o Ensino (DLIE) da PRG, com o objetivo de traduzir as aulas da graduação e pós-graduação da Unicamp, do vernáculo para a Linguagem de Sinais, promovendo, assim, a inclusão do aluno deficiente auditivo à Universidade.

O Cepre, desde a sua fundação em 1973, se encarregou, de maneira informal, da tradução do português para Libras, mas com o início do funcionamento da Central TILS em 24/02/2015⁵¹, que conta, atualmente, com dois profissionais tradutores (Srs. Diego Henrique de Assis Conceição e Lilian Ferreira) contratados pela CLT por prazo determinado⁵², o serviço passou a ser disponibilizado regularmente, no início de 2015, na pós-graduação, e, na sequência, foi estendido para a graduação.

⁴⁹ No âmbito federal, a vedação de terceirização de atividades inerentes às categorias funcionais de servidores está prevista no § 2º do artigo 1º do Decreto nº 2.271/1997 e no artigo 9º da Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008, do Secretário de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Registre-se que o recente Projeto de Lei nº 303/2016, de autoria do Deputado estadual Edmir Chedid, da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (ALESP), propõe que seja criado artigo com redação praticamente idêntica ao teor do artigo 9º supramencionado.

⁵⁰ Algumas outras experiências no âmbito do Ensino Superior foram relatadas nos seguintes artigos: CHAVEIRO, Neuma *et al.* Mitos da Língua de Sinais na perspectiva de docentes da Universidade Federal de Goiás. *Revista Virtual de Cultura Surda e Diversidade*. Disponível em: <http://www.editora-arara-azul.com.br/revista/compar3.php>. Acesso em: 25 mar. 2016; GUARINELLO *et al.* O intérprete universitário da língua brasileira de sinais na cidade de Curitiba. *Revista Brasileira de Educação Especial*, Marília, v. 14, n. 1, p. 63-74, jan./abr. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbee/v14n1/a06v14n1.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2017; FRANCO, Monique. Educação superior bilíngue para surdos – o sentido da política inclusiva como espaço da liberdade: primeiras aproximações. *Revista Brasileira de Educação Especial*, Marília, v. 15, n.1, p. 15-30, jan./abr. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rbee/v15n1/03.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2017; CRUZ, José Ildon Gonçalves da; DIAS, Tércia Regina da Silveira. Trajetória escolar do surdo no ensino superior: condições e possibilidades. *Revista Brasileira de Educação Especial*, Marília, v. 15, n. 1, p. 65-80, jan./abr. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbee/v15n1/06.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2017.

⁵¹ Portaria interna do Pró-Reitor de Graduação nº 5, de 24 fev. 2015.

⁵² Por conta da restrição de contratações definitivas durante o período eleitoral (2º semestre de 2014). Dessa feita, houve processo seletivo temporário – Edital 01/2014 da Pró-Reitoria de Graduação da Unicamp, que visou ao preenchimento de três vagas na função de Profissional da Arte, Cultura e Co-

Em 12/09/2015 foi publicado edital de concurso público nº 38/2015 para preenchimento de uma vaga para a função de Profissional de Apoio ao Ensino, Pesquisa e Extensão – Profissional da Arte, Cultura e Comunicação, pelo regime do Estatuto dos Servidores da Unicamp (Esunicamp) – exigindo-se dos candidatos formação em nível superior, nos termos do artigo 28, § 2º, inciso II do Estatuto da Pessoa com Deficiência –, no qual logrou aprovação a Sra. Lilian Ferreira⁵³. Nesse edital constaram como atribuições desse Profissional:

Traduzir, na forma escrita e/ou oral, textos e imagens de qualquer natureza do português para a Língua Brasileira de Sinais. Analisar as traduções realizadas. Interpretar oralmente e/ou na língua brasileira de sinais, de forma simultânea ou consecutiva, com fluência e coerência, em eventos, aulas, discursos, debates, textos ou formas de comunicação eletrônica. Prestar assessoria. Manter-se atualizado participando de estudos e pesquisas, voltados à tradução e interpretação da Libras. Atuar como agente multiplicador da Língua Brasileira de Sinais.

Já as normas gerais para utilização do serviço de tradutores e intérpretes de Linguagem de Sinais são as seguintes:

- (i) As funções do TILS na Universidade são, prioritariamente, traduzir as aulas para os alunos regulares dos cursos de graduação e de pós-graduação quando em aula; também: traduzir textos e estudos dirigidos e estudos de pesquisa onde haja participação de alunos surdos, incluindo tradução entre orientando e orientador, o que deverá ocorrer sempre dentro da Universidade e no horário regular de atividades de ambos;
- (ii) Somente haverá tradução de aula desde que haja presença de aluno surdo;
- (iii) A aula que tenha a presença de aluno surdo terá sua tradução gravada em vídeo e disponibilizada no prazo de até 15 (quinze) dias após as gravações da semana, no link <http://cameraweb.ccuec.unicamp.br/view_channel.php?user=libras>;
- (iv) Caso haja diapositivos, vídeos ou qualquer outro tipo de apresentação durante as aulas, o aluno surdo deverá solicitar a cópia desse material diretamente ao docente responsável pela disciplina ou pela aula assistida;
- (v) Atendendo as mesmas regras válidas para os alunos ouvintes, não haverá reposição de aulas;

municação, perfil profissional Tradutor – Intérprete de Libras – TILS. Foram aprovados os Srs. Diego Henrique de Assis Conceição e Lilian Ferreira, cujos contratos temporários foram prorrogados por mais um ano, a contar de 12/01/2016 (DOE de 13 de janeiro de 2016, Poder Executivo, Seção II, p. 52).

⁵³ O certame em questão foi homologado em 04 abr. 2016.

(vi) As solicitações para a participação de TILS na interpretação de bancas de defesas de dissertações e teses, palestras e outros eventos não serão atendidas se sobrepuserem aulas regulares já previamente agendadas no semestre corrente;

(vii) Os cursos de extensão que tenham aluno surdo matriculado deverão prever em seu orçamento recursos para prover os serviços de TILS durante seu desenvolvimento, o que será administrado diretamente pelo responsável pelo oferecimento do curso;

(viii) As solicitações, incluindo as disciplinas regulares de cursos de graduação e de pós-graduação, que requeiram os serviços de TILS deverão ser encaminhadas pelo formulário contendo o tipo de atividade a ser traduzida, local, data e demais informações que facilitem o planejamento da prestação do serviço, além de, obrigatoriamente, a anuência expressa do diretor da Unidade de Ensino e Pesquisa, e com prazo mínimo para o início das traduções de 15 (quinze) dias.⁵⁴

Passada a experiência de um ano da implantação da Central TILS, os membros desta puderam relatar, em artigo submetido em 06/01/2016 à Revista Saberes Universitários da Unicamp⁵⁵, que as atividades de tradução passaram, com o início da citada Central, a ser planejadas com antecedência, garantindo-se a disponibilidade desse serviço a todos os alunos, independentemente da escolha da unidade/órgão e da disciplina ofertada na Universidade. Dessa maneira, criou-se um ambiente de confiabilidade entre intérpretes e o alunado com deficiência auditiva, circunstância favorável para a contínua melhoria do serviço de tradução.

Considerando que a constante atualização é condição imprescindível para o exercício da profissão de tradutor e intérprete de Libras, a Central TILS da Unicamp disponibiliza, aos seus dois tradutores, computadores com impressoras para que eles possam acessar previamente os textos que serão discutidos em sala de aula. Ao estudarem esse material de antemão, eles têm tempo para dirimir eventuais dúvidas conceituais e para formular a melhor estratégia de comunicação, visto que, no momento da aula, não há tempo para prever o melhor sinal para a tradução, daí porque a preparação deve sempre

⁵⁴ UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS. Pró-Reitoria de Graduação. Normas Gerais para utilização do serviço de tradutores e intérpretes de linguagem de sinais (TILS). Disponível em: <<http://www.centraltils.prg.unicamp.br/index.php/solicitacao-interprete/normas-gerais>>, acesso em: 20 abr. 2016.

⁵⁵ ROSA, Andréa da Silva et al. *Central de Tradutores e Intérpretes: a inclusão no ensino superior mediada pela língua de sinais*. In: Revista Saberes Universitários da Unicamp. Campinas: Científica, v. 1, n.1, p. 78-91, 2016.

anteceder ao ato interpretativo⁵⁶, mormente em se tratando de ensino superior, em que surgem, amiúde, discussões de temas abstratos e complexos⁵⁷.

E mais: as atividades dos tradutores da Central TILS não se limitam apenas à tradução em sala de aula. Eles também atuam em:

(...) bancas de qualificação e defesa, eventos científicos, palestras, dão acompanhamento a secretarias, ao Serviço de Apoio ao Estudante (SAE), ao serviço social, à biblioteca, às reuniões com orientadores e grupos de estudos, bem como à comunidade surda externa à universidade, em eventos como o Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (Pibic) e Universidade de Portas Abertas (UPA). Essas últimas atividades tradutórias são realizadas conforme a disponibilidade dos intérpretes e na medida em que não comprometam as interpretações em sala de aula.

Existem ainda as demandas de traduções de textos acadêmicos em português para a língua de sinais, o que denominamos “estudos dirigidos”. Esse tipo de tradução é necessário porque, para as pessoas surdas sinalizadoras, a língua portuguesa é sua segunda língua (L2). Logo, para esses alunos, os textos acadêmicos escritos em português constituem uma leitura estrangeira. Os estudos dirigidos acontecem em horários pré-agendados e exigem leitura prévia, tanto do aluno quanto do TILS⁵⁸.

Se não bastasse, os intérpretes também têm o papel de realizar uma mediação entre alunos ouvintes e alunos surdos, aproximando-os e fazendo-os compreender as necessidades uns dos outros, viabilizando, assim, a participação destes últimos nas atividades em grupo e de seminário.

⁵⁶ ROSA, Andréa da Silva *et al*, Central de tradutores e intérpretes: a inclusão no ensino superior mediado pela língua de sinais. In: *Revista Saberes da Unicamp*. Campinas: Científica, v. 1, n. 1, p. 78-91, 2016. De acordo com Andréa da Silva Rosa, *op. cit.*, pp. 116-117, “Mesmo quando o ILS conhece todas as palavras apropriadas, o ato interpretativo exige uma reação tão imediata que não há tempo para pensar: faltam segundos, os sinais certos são lembrados uma frase mais tarde, quando já não adiantam mais. Uma reação imediata apenas é possibilitada pela combinação de conhecimento linguístico das línguas envolvidas e a capacidade e o poder de decisão ultrarrápidos (Hofmann e Lang, 1987, p. 271). Para realizar essa tarefa, é necessário ao intérprete de língua de sinais os equivalentes entre as expressões típicas da língua de partida (Português) e as da língua de chegada (língua de sinais), nem sempre vertendo em sinais todas as palavras pronunciadas pelo ouvinte, mas procurando manter o sentido e buscando os efeitos produzidos pelo pronunciador do enunciado oral (os mesmos efeitos possíveis por certos atos linguísticos marcados na prosódia, no corpo, etc.)”.

⁵⁷ “Ainda é bastante frequente que termos técnicos ou científicos não tenham um correlato em Libras, uma vez que só recentemente as comunidades surdas vêm tendo acesso a estes níveis de conhecimento. Mas é importante ressaltar que toda língua se desenvolve e se amplia segundo a demanda de seus usuários, o que é recente na Libras, uma vez que até bem pouco tempo atrás pouquíssimos surdos chegavam ao ensino superior” (CAETANO, Juliana Fonseca; LACERDA, Cristina Broglia Feitosa de. Libras no currículo de cursos de licenciatura, In: LACERDA, Cristina Broglia Feitosa de; SANTOS, Lara Ferreira dos (org.), *Tenho um aluno surdo, e agora? Introdução à Libras e educação de surdos*, São Carlos: EduFSCAR, 2014, p. 221).

⁵⁸ ROSA, Andréa da Silva *et al*, Central de tradutores e intérpretes: a inclusão no ensino superior mediado pela língua de sinais. In: *Revista Saberes da Unicamp*. Campinas: Científica, v. 1, p. 78-91, 2016, p. 86.

Além disso, a Central TILS possui equipe preparada para gravar as aulas traduzidas pelos intérpretes. Elas são editadas e depois disponibilizadas na internet⁵⁹ para que o aluno surdo possa estudá-las novamente, uma vez que, no momento da aula, esse aluno não consegue fazer anotações porquanto tem que concentrar a sua atenção nos sinais do intérprete, de sorte que o uso desta tecnologia procura igualar, na medida do possível, as condições de estudo entre o aluno ouvinte e o aluno surdo, consubstanciando, assim, importante material de apoio no processo didático de ensino, aprendizagem e autonomia deste último⁶⁰.

Com essas medidas, podemos asseverar que a Unicamp tornou-se uma Universidade pública acessível às pessoas com deficiência auditiva, incluindo-as, de fato, à vida universitária, e não meramente integrando-as. Nas palavras de Marianne Rossi Stumpf⁶¹:

O surdo irá se integrar se houver acessibilidade, o que vai significar que a sociedade o acolhe. O acolhimento começa na família e na escola, se aí ele existir, o surdo vai aprender a se integrar. Então, a inclusão acontece a partir de dois movimentos: da construção social de toda a sociedade que entende e acolhe, e dos surdos, que vão participar porque se sentem acolhidos. Os dois movimentos para construir uma inclusão são: o da sociedade que acolhe e o do surdo que se sente acolhido.

3.3. Consequências no caso de omissão das Universidades

Caso as Universidades Públicas do Estado de São Paulo não cumpram o disposto na Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, bem como no Estatuto da Pessoa com Deficiência, no que atine ao direito à educação superior do estudante com deficiência auditiva, elas, bem como o Estado brasileiro, poderão se sujeitar a espécies distintas de sanções.

No âmbito do ordenamento jurídico interno, faz-se premente alertar que a Lei nº 13.146/2015 acrescentou o inciso IX ao artigo 11 da Lei nº 8.429/1992, o qual reza, doravante, que constitui ato de improbidade “deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação”.

No tocante à esfera externa, considerando que a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência é um tratado internacional de proteção aos direitos humanos,

⁵⁹ Nos seguintes links: <<http://www.prg.unicamp.br/>> e <<http://www.cameraweb.ccuec.unicamp.br/>>

⁶⁰ Se as aulas são gravadas, alguns poderiam perguntar: haveria necessidade da presença física do aluno com deficiência auditiva na sala de aula? A resposta é certamente positiva, na medida em que o processo pedagógico requer interação instantânea, ao vivo, entre aluno e professor, eis que perguntas, dúvidas, comentários e críticas fazem parte da construção conjunta do conhecimento em sala de aula.

⁶¹ STUMPF, Marianne Rossi. *Mudanças estruturais para uma inclusão ética*. In: QUADROS, Ronice Müller (Org.). *Estudos surdos III*. Petrópolis: Arara Azul, 2008, p. 27.

o Brasil, ao assiná-la, comprometeu-se, perante a comunidade internacional, a proteger esses direitos, quer por via preventiva – por meio de políticas públicas a fim de promover o respeito a eles –, quer por via repressiva – punindo a quem os desprezita.

A inserção do Brasil nesses Tratados certamente não é fruto da conveniência e oportunidade do Chefe de Estado brasileiro, mas um imperativo constitucional, dado que o artigo 4º, inciso II, da CF/88 prescreve que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais, dentre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, daí o motivo de o País ter aderido a vários Tratados tutelando esses direitos⁶².

Nunca é demais lembrar, nessa seara, que o Brasil se sujeita à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem competência para julgar os casos relativos à interpretação ou aplicação do Pacto de São José da Costa Rica (art. 62⁶³). A despeito do referido Pacto – cuja nomenclatura oficial é “Convenção Americana sobre direitos humanos” – não ter previsto dispositivo específico sobre as pessoas com deficiência, é possível vislumbrar sua proteção pelo seu artigo 26⁶⁴ c.c. o artigo 49, “c” da Carta da OEA de 1967⁶⁵.

Assim, referida Corte poderia, em tese, condenar o Estado brasileiro a pagar indenizações às pessoas com deficiência auditiva que não pudessem acessar ou permanecer no ensino superior público por conta da falta de políticas públicas⁶⁶, bem como poderia determinar que se assegurasse ao prejudicado o gozo do seu direito violado (artigo 63 da Convenção), medidas estas que ruborizariam o País perante a comunidade internacional, e que, potencialmente, poderiam macular as relações diplomáticas e, quiçá, prejudicar o comércio internacional com outros países.

⁶² O Brasil aderiu a vários Tratados e Convenções internacionais de direitos humanos. Todos eles foram listados por Antônio Augusto Cançado Trindade, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, v. 3, p. 617-640, 2003.

⁶³ Esse artigo 62 do Pacto foi internalizado no ordenamento jurídico brasileiro por meio do artigo 1º do Decreto presidencial nº 4.463/2002.

⁶⁴ “CAPÍTULO III – Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Artigo 26 – Desenvolvimento progressivo

Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.” (nossos destaques)

⁶⁵ “Os Estados-membros empreenderão os maiores esforços para assegurar, de acordo com suas normas constitucionais, o exercício efetivo do direito à educação, observados os seguintes princípios: (...) A educação de grau superior será acessível a todos, desde que, a fim de manter seu alto nível, se cumpram as normas regulamentares ou acadêmicas respectivas.” (nossos destaques)

⁶⁶ Nessa hipótese, a União pagaria o valor da indenização, mas poderia exercer o direito de regresso contra as autoridades brasileiras que se omitiram no cumprimento dos seus deveres em relação aos direitos das pessoas com deficiência.

Por fim, aponte-se que os artigos 34, 35 e 36 da Convenção Internacional sobre as Pessoas com Deficiência estabeleceram a existência de um Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, com competência para escrutinar os relatórios dos países signatários da Convenção, a fim de verificar se estes estão cumprindo as suas disposições. Desse modo, infere-se que, propositadamente, foi institucionalizada uma pressão internacional para que os Estados-Partes cumpram os deveres constantes da Convenção, sendo certo que o Brasil já apresentou o 1º Relatório nacional da República Federativa do Brasil referente ao período de 2008 a 2010⁶⁷.

3.4. Prospecção de novas tecnologias assistivas

Vale ressaltar que a busca por tecnologias assistivas, e o desenvolvimento destas, é uma das políticas públicas que devem, obrigatoriamente, ser implementadas pelos Estados signatários da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com deficiência, *ex vi* do disposto no seu artigo 4º, parágrafo 1º, “g” e “h”⁶⁸.

Nessa questão, é fato que as Universidades Públicas – sobretudo as Paulistas – têm ambiente propício para o desenvolvimento de inovações tecnológicas que possibilitem melhor assistir ao estudante com deficiência auditiva. A título exemplificativo, impende registrar as seguintes contribuições da Academia: (i) sob os auspícios da Editora da Universidade de São Paulo (Edusp), pesquisadores do Instituto de Psicologia da USP lançaram, em 2001, o primeiro Dicionário Enciclopédico Ilustrado Trilíngue da Língua de Sinais Brasileira (Libras), atualmente na 3ª edição; (ii) a “SingWriting” – a forma escrita da Língua de Sinais concebida por Valerie Sutton, em 1974, na Dinamarca – começou a ser difundida no Brasil graças a pesquisadores da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS (Universidade Privada), que, em 1997, ministraram o primeiro curso de “SingWriting” no País⁶⁹.

Destaque-se, ainda, em âmbito nacional, *softwares* que traduzem, para Libras, instantaneamente, textos e áudios em português, bem como imagens, a saber: (iii) o “Hand Talk”⁷⁰, aplicativo para *smartphones* criado por três jovens alagoanos, e premiado pela ONU⁷¹, que atualmente está sendo aprimorado por meio de colabo-

⁶⁷ Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-com-deficiencia/dados-estatisticos/relatorio-de-monitoramento-da-convencao>>. Acesso em: 09 abr. 2016.

⁶⁸ Ver também na Convenção: artigo 9, parágrafo 1º; artigo 9, parágrafo 2º, “g” e “h”; artigo 20, “b” e “d”; artigo 21, “a”; artigo 26, parágrafo 3º; artigo 29, a, ii; artigo 32, parágrafo 1, “d”.

⁶⁹ Disponível em: <<http://www.signwriting.org/library/history/hist010.html>>. Acesso em: 25 maio 2016.

⁷⁰ Disponível em: <<http://www.handtalk.me/>>. Acesso em: 25 maio 2016.

⁷¹ Em Adu Dhabi (Emirados Árabes Unidos), em 2013, no World Summit Award (WSA), evento organizado pela ONU que premia inovação em tecnologia móvel, o Hand Talk foi eleito o melhor aplicativo social do mundo na categoria “inclusão social”.

ração da Universidade Federal de Alagoas; e (iv) o “ProDeaf”⁷², empresa criada por alunos do curso de mestrado em computação na Universidade Federal de Pernambuco, com a parceria do Bradesco Seguros, Microsoft e Wayra (Aceleradora de *startups* digitais do Grupo Telefónica), e apoio do CNPq e SEBRAE⁷³.

Por fim, no exterior podemos mencionar as *startup*s “Ava”⁷⁴ e “MotionSavvy”⁷⁵, que têm desenvolvido *softwares* para auxiliar as pessoas com deficiência auditiva: o da primeira empresa capaz de captar e distinguir vozes de várias pessoas, ao mesmo tempo e num mesmo ambiente espacial, transcrevendo-as, separadamente, no celular (na língua inglesa); o da segunda, capaz de traduzir, instantaneamente, a língua de sinais em voz automatizada, bem como a voz do locutor em língua inglesa escrita.

Apesar de notáveis e promissoras, cumpre informar que todas essas tecnologias assistivas, que traduzem o português oral para Libras, ainda são incipientes, de aplicabilidade restrita a situações que demandam comunicações simples do cotidiano, ou seja, elas ainda não servem para as salas de aula de graduação e pós-graduação das Universidades Públicas, onde temas complexos e abstratos são discutidos, ou seja, por um bom tempo, os tradutores e intérpretes de Libras ainda serão necessários.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É consabido que as Universidades Públicas do Estado de São Paulo – USP, Unicamp e Unesp – lideram as pesquisas científicas no País, razão pela qual costumam figurar em honrosas posições de *rankings* nacionais e internacionais que listam as melhores instituições de ensino superior. Entrementes, com relação à política de permanência do estudante com deficiência auditiva, as Universidades Públicas Paulistas – com exceção da Unicamp – devem buscar o seu aperfeiçoamento, a fim de alcançar a excelência nessa seara.

De fato, USP e Unesp não contam, ainda, com um corpo regular de tradutores e intérpretes de Libras em seus respectivos quadros de servidores, diferentemente das Universidades Públicas Federais e da Unicamp. Em face dessa lacuna, uma das soluções cabíveis seria a terceirização dessa mão de obra especializada, providência que já está em curso no âmbito da Universidade de São Paulo, eis que uma licitação,

⁷² Disponível em: <<http://prodeaf.net/>>. Acesso em: 25 maio 2016.

⁷³ Existe também a solução “Rybená Web”, do Grupo ICTS, mas esta se limita a traduzir textos do português para a Libras, não sendo capaz de traduzir áudios em português para Libras. <<http://www.grupoicts.com.br/solucoes-icts>>. Acesso em: 25 maio 2016.

⁷⁴ Disponível em: <<http://www.ava.me/>>. Acesso em: 25 maio 2016.

⁷⁵ Disponível em: <<http://www.motionsavvy.com/>>. Acesso em: 25 maio 2016.

para tanto, já foi iniciada. Já a Unesp, como medida paliativa, tem concedido bolsas provisórias para pessoas exercerem a função de tradutores e intérpretes para o aluno com deficiência auditiva, mas, por meio de docentes não resignados com essa conjuntura, tem estudado soluções para serem aplicadas perenemente⁷⁶.

Por outro lado, a Unicamp, nessa área, tem se destacado, porquanto constituiu – com forte apoio de sua Pró-Reitoria de Graduação – uma Central de Tradutores e Intérpretes de Língua Brasileira de Sinais (Central TILS), cujos profissionais são servidores da Universidade. Adicionalmente, essa Central providencia equipe de apoio e estrutura para a gravação das aulas traduzidas, que são posteriormente disponibilizadas na internet, para que os alunos com deficiência auditiva possam revisá-las e, assim, melhor apreender os temas discutidos.

Quanto à acessibilidade, vislumbra-se a necessidade de flexibilização dos processos seletivos para a graduação e pós-graduação, adotando-se, se for o caso, ações afirmativas em prol do candidato com deficiência auditiva, mormente para os vestibulares, que exigem destreza do candidato na interpretação de textos escritos no vernáculo, que, para o deficiente auditivo, não é sua primeira língua. Sugere-se, então, às Universidades Públicas Paulistas que formulem vídeo provas em substituição às provas escritas em português, de modo a garantir maior acessibilidade ao candidato surdo.

Por derradeiro, em face do arcabouço legislativo estudado, à míngua de sua integral implementação prática, percebe-se que a institucionalização de uma linha de educação inclusiva às pessoas com deficiência, por si só, não basta para garantir a superação dessa problemática. Isso porque promover a inclusão “não é apenas permitir que o aluno com deficiência esteja matriculado no ensino superior, mas, sim, garantir que lhe sejam proporcionadas condições de aprendizagem”⁷⁷, que são: estrutura material e tecnológica, adequação curricular⁷⁸, recursos financeiros e humanos, inovação na metodologia didática e, por fim – o componente mais importante e difícil –, a mudança de mentalidade dos atores envolvidos, em “uma tentativa de inverter a compreensão daquilo que pode ser chamado de “normal ou cotidiano”⁷⁹.

⁷⁶ Há, inclusive, uma linha de pesquisa de Educação Especial na Unesp, estudando o tema da surdez e da acessibilidade no ensino superior, que está sendo financiada pelo Observatório de Educação (OBEDUC) da CAPES.

⁷⁷ ROSSETTO, Elisabeth. Políticas de Inclusão no Ensino Superior no Brasil. *Revista Temas & Matizes*, v. 7, nº 13, p. 49-57, 2008, p. 55. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/temasematizes/article/view/2486>. Acesso em: 10 jun. 2016.

⁷⁸ MAGALHÃES, Rita de Cássia Barbosa Paiva. *Currículo e Inclusão de alunos com deficiência no ensino superior: reflexões sobre a docência universitária*. In: MELO, Francisco Ricardo Lins Vieira de (org.). *Inclusão no ensino superior: docência e necessidades educacionais especiais*. Natal: EDUFRRN, 2013, p. 47-55.

⁷⁹ SKLIAR, Carlos (org.). *A surdez: um olhar sobre as diferenças*. 6. ed. Porto Alegre: Mediação, 2013, p. 30.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Ministério da Educação, Documento referência para o Fórum Nacional de Educação Superior, 2008. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/forum_documento_base.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2016.

_____, Ministério da Educação, *Orientações para implementação da política de educação especial na perspectiva da educação inclusiva*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=17237-secadi-documento-subsidiario-2015&Itemid=30192>. Acesso em: 01 jun. 2016.

_____, Ministério da Educação, *Saberes e práticas da inclusão: desenvolvendo competências para o atendimento às necessidades educacionais especiais de alunos surdos*, 2006. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/alunossurdos.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2016.

_____, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), resultados do Censo. Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/resultados>>. Acesso em: 09 abr. 2016.

_____, Universidade de São Paulo (USP). Disponível em: <<http://www5.usp.br/37627/usp-legal-ajuda-a-superar-barreiras-impostas-as-pessoas-com-deficiencia/>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BRAZOROTTO, Joseli Soares; SPERI, Maria Raquel Basílio. Acessibilidade à informação e aprendizagem de pessoas com deficiência auditiva no ensino superior. In: MELO, Francisco Ricardo Lins Vieira de (org.). *Inclusão no ensino superior: docência e necessidades educacionais especiais*. Natal: EDUFERN, 2013.

CAETANO, Juliana Fonseca; LACERDA, Cristina Broglia Feitosa de. Libras no currículo de cursos de licenciatura. In: LACERDA, Cristina Broglia Feitosa de; SANTOS, Lara Ferreira dos (org.). *Tenho um aluno surdo, e agora? Introdução à Libras e educação de surdos*. São Carlos: EdUFSCAR, 2014.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, v. 3, 2003.

CHAVEIRO, Neuma; SILVA, Claudney Maria de Oliveira & SILVA, Ana Paula Massi de Oliveira e & SILVA, Flávia Pereira da & MATOS, Maxwell Souza da Silva & BORGES, Polyana Rodrigues, Mitos da língua de sinais na perspectiva de docentes da Universidade Federal de Goiás, *Revista Virtual de Cultura Surda e Diversidade*, 5. ed. dispo-

nível em: <<http://www.editora-arara-azul.com.br/revista/compar3.php>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

COSTA, Juliana Pellegrinelli Barbosa, *A educação do surdo ontem e hoje: posição sujeito e identidade*. Campinas: Mercado de Letras, 2010.

CRUZ, José Ildon Gonçalves da & DIAS, Tárzia Regina da Silveira, Trajetória escolar do surdo no ensino superior: condições e possibilidades, *Revista Brasileira de Educação Especial*, Marília, v. 15, n. 1, p.65-80, jan./abr. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbee/v15n1/06.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

FRANCO, Monique, Educação superior bilíngue para surdos: o sentido da política inclusiva como espaço da liberdade: primeiras aproximações, *Revista Brasileira de Educação Especial*, Marília, v. 15, n. 1, p. 15-30, jan./abr. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbee/v15n1/03.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

GUARINELLO, Ana Cristina & SANTANA, Ana Paula & FIGUEIREDO, Luciana Cabral & MASSI Giselle, O intérprete universitário da língua brasileira de Sinais na cidade de Curitiba, *Revista Brasileira de Educação Especial*, Marília, v.14, n.1, p. 63-74, jan./abr. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbee/v14n1/a06v14n1.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

MAGALHÃES, Rita de Cássia Barbosa Paiva, Currículo e inclusão de alunos com deficiência no ensino superior: reflexões sobre a docência universitária, in: MELO, Francisco Ricardo Lins Vieira de (org.), *Inclusão no ensino superior: docência e necessidades educacionais especiais*, Natal: EDUFRN, 2013.

PEREIRA, Maria Cristina da Cunha, *Libras: conhecimento além dos sinais*, São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2013

PIOVESAN, Flávia Cristina, *Direitos humanos e direito constitucional internacional*, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco, *Autonomia universitária – as universidades públicas e a Constituição Federal de 1988*. 2. ed. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2013.

ROSA, Andréa da Silva, *Entre a visibilidade da tradução da língua de sinais e a invisibilidade da tarefa do intérprete*. Petrópolis: Editora Arara Azul, 2008. Disponível em: <<http://www.editora-arara-azul.com.br/pdf/livro5.pdf>>

_____.; ALVES, Claudio Moreira; SOUZA Clóvis de; CONCEIÇÃO, Diego Henrique de Assis de; e FERREIRA, Liliam, Central de Tradutores e Intérpretes: a inclusão no ensino superior mediada pela língua de sinais. *Revista Saberes Universitários da Unicamp*. Campinas: Científica, v.1, n.1, 78-91, 2016.

ROSSETTO, Elisabeth, Políticas de inclusão no ensino superior no Brasil, *Revista Temas & Matizes*, v. 7, nº 13, 49-57, 2008. Disponível em: <<http://e-revista.unioeste.br/index.php/temasematizes/article/view/2486>>. Acesso em: 10/06/2016.

SANDEL, Michael J., *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SASSAKI, Romeu Kazumi, Vida independente: história, movimento, liderança, conceito, filosofia e fundamentos. reabilitação, emprego e terminologia. São Paulo: *Revista Nacional de Reabilitação*, julho 2003.

SKLIAR, Carlos (org.), *A surdez: um olhar sobre as diferenças*. 6. ed. Porto Alegre: Mediação, 2013.

STUMPF, Marianne Rossi, Mudanças estruturais para uma inclusão ética. In: QUADROS, Ronice Müller (org.), *Estudos surdos III*. Petrópolis: Arara Azul, 2008.

EDUCAÇÃO ESPECIAL NO ESTADO DE SÃO PAULO

Special education in the state of São Paulo

Paula Regina Roque da Costa¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Educação especial. 2.1. Fases da educação especial. 2.2. Educação inclusiva x educação especial. 2.3. Atendimento educacional especializado. 3. A experiência do estado de São Paulo. 3.1. Órgãos estaduais ligados à educação especial. 3.2. Parcerias e convênios. 3.3. Números e resultados da política pública paulista. 4. Considerações finais. Referências bibliográficas.

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a educação especial na rede pública de ensino do Estado de São Paulo, enquanto política pública que assegura o direito fundamental à educação às pessoas com deficiência, transtornos globais de desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, através do atendimento educacional especializado em salas de recursos multifuncionais.

Palavras-chaves: Política pública. Educação especial. Atendimento educacional especializado e sala de recursos multifuncionais.

ABSTRACT

This paper aims to analyze special education in the public educational system of the State of São Paulo, as a public policy that ensures the fundamental right to education for people with disabilities, global developmental disorders and high skills or giftedness, through specialized educational service in multifunctional resource classroom.

Keywords: Public policy. Special education. Specialized educational service and multifunctional resource classroom.

1. INTRODUÇÃO

A educação especial é uma política pública² que concretiza o direito fundamental à educação às pessoas com deficiência, transtornos globais de desenvolvimento

¹ Especialista em Direitos Fundamentais e Políticas Públicas pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

² Paula Maria Dallari Bucci define políticas públicas como programas ou quadros de ação governamental, consistentes em um conjunto de medidas articuladas, cujo escopo é dar impulso e movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 14.

Segundo Eduardo Appio, no âmbito da educação especial, as políticas públicas são instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com o objetivo de assegurar a igualdade de oportunidade às pessoas com deficiências, bem como assegurar a elas condições materiais de uma existência digna. In: APPIO, Eduardo. *Controle judicial de políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 136.

e altas habilidades ou superdotação, que, no processo de escolarização, demandam atendimento educacional com um viés pedagógico diferenciado e utilização de materiais e equipamentos específicos. Trata-se de um modelo educacional no qual se colocam serviços de apoio especializado voltados a eliminar eventuais barreiras que possam obstruir o processo de escolarização daqueles estudantes na rede regular de ensino.

Através da experiência do Estado de São Paulo, o presente artigo visa a descrever e a analisar essa política pública caracterizada pelo respeito à individualidade e preservação de interesses individuais, à identidade e valorização da autoestima de forma positiva e aos ideais democráticos que legitimam direitos para o exercício pleno da cidadania daqueles estudantes, tornando possíveis a universalização e a democratização da educação.

Assim, nos itens seguintes serão abordados o conceito e os objetivos da educação especial, suas fases, sua comparação com a educação inclusiva, bem como apresentado o atendimento educacional especializado enquanto instrumento para sua implementação nas salas de recursos multifuncionais. Após, dando base à análise da educação especial paulista, apresentam-se os órgãos estaduais envolvidos em sua execução na rede pública de ensino, as parcerias e convênios que complementam essa atuação estadual, os números e resultados da política pública bandeirante, para, finalmente, tecerem-se as considerações finais acerca do tema abordado.

2. EDUCAÇÃO ESPECIAL

O direito à educação é um direito fundamental assegurado a todos no ordenamento jurídico brasileiro. Sua natureza vem definida no artigo 6º, *caput*, da Constituição Federal como um direito social enquanto seu caráter fundamental decorre da combinação do artigo 6º com o artigo 205, ambos da Lei Maior, e é a partir dessa conjugação que se infere seu caráter universal. Desse modo, ele deverá ser acessível a todos e contemplar o desenvolvimento de faculdades diversas do ser humano, tais como, as intelectuais, as espirituais, as físicas e as morais, garantindo-se a dignidade da pessoa humana e seu pleno desenvolvimento no seio da sociedade.

A educação abarca infinita gama de programas, serviços, ações, problemas e, conseqüentemente, ampla margem para formulação de políticas públicas. Uma delas é a voltada à educação especial: modalidade de ensino na qual se pretende promover o atendimento educacional às pessoas com deficiência, transtornos globais de desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação que devem estar, preferencialmente, inseridas na mesma instituição de ensino, na mesma classe e interagindo com os demais alunos do ensino regular³.

³ O artigo 208, inciso III, da Constituição Federal de 1988 estabelece que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

Constituem objetivos da Política Nacional da Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva⁴:

[...] assegurar a inclusão escolar de alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação nas turmas comuns do ensino regular, orientando os sistemas de ensino para garantir o acesso ao ensino comum, a participação, aprendizagem e continuidade nos níveis mais elevados de ensino; a transversalidade da educação especial desde a educação infantil até a educação superior; a oferta do atendimento educacional especializado; a formação de professores para o atendimento educacional especializado e aos demais profissionais da educação, para a inclusão; a participação da família e da comunidade; a acessibilidade arquitetônica, nos transportes, nos mobiliários, nas comunicações e informações; e a articulação intersetorial na implementação das políticas públicas.

Tais objetivos visam a remover as barreiras para aprendizagem daqueles estudantes e garantir a participação de todos eles no processo de escolarização, de modo que o ideal do direito fundamental e universal à educação seja efetivamente atingido.

Na educação especial, o estudante com deficiência, transtornos globais de desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação é matriculado na rede regular do ensino e aprende segundo o currículo da escola comum, pois, parte-se da premissa de que suas necessidades educacionais especiais só poderão ser conhecidas em um contexto de diversidade.

Caso ele apresente alguma dificuldade de aprendizado na rede regular, será encaminhado ao atendimento educacional especializado nas salas de recursos multifuncionais que complementarão ou suplementarão o conteúdo aprendido na sala comum.

Não se trata de uma modalidade substitutiva à escolarização, afinal, quando a educação especial substitui a educação regular, ela é implementada em classes especiais⁵ ou escolas especiais⁶ e

⁴ BRASIL. MEC. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão (SECADI). *Orientações para implementação da política nacional de educação especial na perspectiva da educação inclusiva*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=17237-secadi-documento-subsidiario-2015&Itemid=30192>. Acesso em: 16 jan. 2017.

⁵ Nas classes especiais encontram-se os alunos que apresentam dificuldades acentuadas de aprendizagem ou condições de comunicação e sinalização diferenciadas dos demais alunos e demandam ajuda e apoio intensos e contínuos. Seu currículo é o mesmo da classe comum, com algumas adaptações e, quando necessário, são desenvolvidas atividades da vida autônoma e social no contraturno (turno oposto).

⁶ Nas escolas especiais, deve ser ofertada a educação escolar dos alunos que apresentam necessidades educacionais especiais e que requerem atenção individualizada nas atividades da vida autônoma e social, recursos, ajudas e apoios intensos e contínuos e flexibilizações e adaptações curriculares significativas que a escola comum não consiga prover. Seu currículo deve ajustar-se às condições do aluno.

[...] a partir do desenvolvimento apresentado pelo aluno com deficiência, tanto o da classe especial quanto o da escola especial, a equipe pedagógica da classe/escola e a família, com base em avaliação pedagógica, decidem, conjuntamente, quanto à transferência para a classe/escola comum, eis que essa educação segregada tem natureza excepcional e transitória [...]⁷

Importante destacar que há situações em que a presença de deficiência não é condição suficiente para que o aluno demande atendimento educacional especializado, pois, um usuário de cadeira de rodas, por exemplo, pode acompanhar as aulas do ensino comum de uma escola acessivelmente construída e não apresentar qualquer dificuldade educacional ou pedagógica.

Apesar de hoje ser assim, a educação das pessoas com características peculiares em seu desenvolvimento de qualquer maneira associadas a limitações de ordem física, cognitiva ou sensorial passou por diferentes fases no decorrer da história, como se verá brevemente a seguir.

2.1. Fases da educação especial

Em um primeiro momento, na fase da exclusão ou da intolerância, as pessoas com deficiências eram abrigadas em instituições religiosas, sendo, àquela época, denominados de defeituosos. Por associarem suas deficiências ao pecado, maus espíritos e à impureza, eles eram marginalizados, inexistindo qualquer tipo de estabelecimento de ensino voltado a eles.

Entre os séculos XVIII e XIX, as instituições estatais passaram a assumir esse papel, confinando os deficientes em abrigos, centros de recuperação, sanatórios, asilos e prisões, pois, passou-se a considerar que suas características peculiares e suas limitações constituíam anomalias e deveriam, por isso, ser tratadas em ambientes correlatos. Tem-se nessa fase a segregação ou invisibilidade na qual eles eram ignorados e colocados em instituições específicas fundadas única e exclusivamente para a educação dos deficientes.

No século XX, com a mudança de postura com relação aos deficientes que passam a ser considerados e tratados como seres humanos, tem-se a fase da integração ou assistencialista, marcada pela sua aceitação. Na área da educação, houve a incorporação de crianças e adolescentes deficientes em classes regulares ou classes especiais ou de recursos, constituídas em ambientes com o mínimo de restrição.

Finalmente, com o advento do século XXI, superou-se quase totalmente a fase integralista, passando-se à fase inclusiva ou humanista na qual, no âmbito educacional, sociedade e escolas precisam se modificar para garantir a inclusão. Nessa

⁷ SÃO PAULO (Estado). Ministério Público. *Guia prático: o direito de todos à educação*. São Paulo, 2012, p. 27.

fase, além da intervenção direta sobre as pessoas com deficiências, é necessária a reestruturação da sociedade, para que se possibilite a convivência das desigualdades, da inclusão da diversidade com igualdade de oportunidades.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, através do artigo 208, inciso III, em sintonia com este cenário preocupado com a educação das pessoas com deficiência, deu base ao desenvolvimento da educação especial em uma perspectiva inclusiva, possibilitando a concretização da igualdade material⁸ e a democratização da educação⁹.

2.2. Educação inclusiva x Educação especial

Os conceitos de educação inclusiva e de educação especial complementam-se e não se confundem.

A educação inclusiva deve ser entendida como sinônimo de universalização da educação, pois, nela tem-se o processo de reconhecimento e atenção à diversidade humana, no acolhimento a todas as diferenças, sejam elas étnicas, de gênero, religiosas, de orientação sexual, culturais ou quaisquer outras. Ela prima pela inclusão de grupos ou minorias que não tiveram as mesmas oportunidades que os demais no ambiente escolar regular, sendo exemplos, indígenas, quilombolas, crianças e adolescentes que vivem no campo ou em assentamentos de reforma agrária, adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa, jovens e adultos em situação de privação de liberdade que se encontram em estabelecimentos penais, entre outros.

A educação especial, por sua vez, tem seu olhar voltado apenas às pessoas com deficiência, transtornos globais de desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação que demandam atendimento educacional especializado, ainda que inseridas no ensino regular. Ela é concretizada quando se colocam serviços de apoio especializado voltados a eliminar eventuais barreiras que possam obstruir o processo de escolarização dos estudantes público-alvo. Seu processo educacional é definido por uma postura pedagógica que assegura recursos e serviços educacionais especiais, organizados institucionalmente de modo a garantir e a promover o desenvolvimento das potencialidades dos alunos, em todos os níveis e modalidades de educação¹⁰.

⁸ O princípio da igualdade previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se, entre outros, o direito à igualdade. Essa igualdade pode ser analisada sob dois aspectos: formal e material. A igualdade formal é aquela formalizada pela lei com o tratamento igualitário aos iguais e desigual aos desiguais (isonomia) e a igualdade material aquela cuja realização prática enseja uma obrigação estatal que concretize a igualdade formal legalmente prevista, objetivando minimizar as desigualdades existentes.

⁹ A democratização da educação é alcançada quando ela se torna acessível a todos os indivíduos, respeitando-se suas diferenças.

¹⁰ SÃO PAULO (Estado). Ministério Público. *Guia prático: o direito de todos à educação*. São Paulo, 2012, p. 51-52.

Atualmente, quando se fala em educação especial, implicitamente, tem-se a ideia de inclusão, isto é, os alunos com deficiência, transtornos globais de desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação devem estar incluídos na rede regular de ensino aprendendo com os demais alunos, de modo que possam adquirir autonomia e independência dentro e fora da escola, além de desenvolverem habilidades sociais.

Ora, como já exposto, as pessoas com deficiência, transtornos globais de desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação constituem um grupo de alunos que não tiveram as mesmas oportunidades que os demais no ambiente escolar regular, por isso, tem-se hoje, que a educação especial deve se dar na perspectiva inclusiva também para eles, sem, contudo, deixar de considerar suas especificidades.

Na perspectiva inclusiva da educação especial, todas as pessoas com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação têm o direito de experimentar um padrão de vida comum à sua cultura, criando-se um ambiente o mais próximo possível daquele em que vive a população em geral e, para que isso ocorra, devem ser inseridas nos ambientes das pessoas em geral.

Para o sucesso da educação especial inclusiva, além da intervenção direta sobre os estudantes público-alvo, é necessária a reestruturação da sociedade para que se possibilite a convivência das desigualdades, pois ela contribui para a construção de um sistema educacional universal, no qual a diversidade e a igualdade de oportunidades são valores democráticos a serem seguidos.

Em razão disso, a educação especial inclusiva constitui um paradigma educacional fundamentado na concepção de direitos humanos que conjuga igualdade e diferença como valores indissociáveis e que avança em relação à ideia de igualdade formal e igualdade material na medida em que contextualiza as circunstâncias históricas da produção da exclusão dentro e fora da escola¹¹. Seu cunho de inclusão desencadeia a defesa do direito de todos os alunos estarem juntos, aprendendo e participando, sem qualquer tipo de discriminação.

Para possibilitar e fomentar uma educação especial inclusiva e de qualidade, os principais documentos legais vigentes valerem-se do atendimento educacional especializado cuja função precípua é a de identificar, elaborar e organizar recursos pedagógicos e de acessibilidade aos alunos público-alvo.

¹¹ BRASIL. MEC. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão (SECADI). *Política nacional de educação especial na perspectiva da educação inclusiva*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=16690-politica-nacional-de-educacao-especial-na-perspectiva-da-educacao-inclusiva-05_122014&Itemid=30192>. Acesso em: 04 jun. 2016.

2.3. Atendimento educacional especializado

O atendimento educacional especializado é um serviço da educação especial desenvolvido na rede regular de ensino que organiza os recursos pedagógicos e de acessibilidade que possibilitam a eliminação de eventuais barreiras à plena participação dos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, levando-se em consideração as suas necessidades específicas, com vistas à sua autonomia e independência. Seu objetivo é eliminar os obstáculos que dificultam o processo de escolarização dos estudantes público-alvo, constituindo uma das medidas de apoio individualizadas e efetivas, em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena.

Suas atividades diferenciam-se das realizadas em salas de aula do ensino regular, devendo o atendimento especializado se articular com a proposta da escola comum, apoiar o desenvolvimento dos alunos público-alvo, disponibilizar o ensino em linguagens e códigos específicos de comunicação e sinalização, oferecer tecnologia assistiva, adequar e produzir materiais didáticos e pedagógicos, tendo em vista as necessidades específicas dos alunos que dele se utilizam, bem como dar oportunidade de ampliação e suplementação curricular.

Para as pessoas com deficiência ou transtornos globais de desenvolvimento, tal atendimento se dá como complemento à sua formação e é realizado mediante a atuação de professores com conhecimentos específicos no ensino de Língua Brasileira de Sinais – LIBRAS, Língua Portuguesa na modalidade escrita, como segunda língua para pessoas com surdez parcial ou total, Sistema Braille, *soroban* (instrumento para cálculo utilizado por pessoas com deficiência visual), utilização de recursos ópticos e não ópticos, atividades de vida autônoma, tecnologia assistiva, desenvolvimento de processos mentais e adequação e produção de materiais didáticos e pedagógicos. Para os alunos com altas habilidades ou superdotação, o atendimento educacional especializado oferece programa de ampliação e suplementação curricular, desenvolvimento de processos mentais superiores, entre outros.

Na prática, o aluno público-alvo da educação especial matricula-se nas classes comuns, em uma das etapas, níveis ou modalidades da educação básica e recebe o atendimento educacional especializado em turno oposto (contraturno) ao do ensino regular, complementando ou suplementando seu aprendizado, conforme o caso.

Uma das modalidades de atendimento educacional especializado é a realizada nas salas de recursos multifuncionais¹², definidas como ambientes dotados de

¹² BRASIL. MEC. Secretaria de Educação Especial. *Manual de orientação: programa de implantação de sala de recursos multifuncionais*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=9936-manual-orientacao-programa-implantacao-salasrecursosultifuncionais&Itemid=30192>. Acesso em: 16 jan. 2017.

equipamentos, mobiliários e materiais didáticos e pedagógicos que possibilitem a oferta do atendimento educacional especializado, sendo seus objetivos apoiar a organização da educação especial na perspectiva da educação inclusiva, assegurar o pleno acesso dos estudantes público-alvo da educação especial no ensino regular em igualdade de condições com os demais estudantes, disponibilizar recursos pedagógicos e de acessibilidade às escolas regulares da rede pública de ensino, promover o desenvolvimento profissional e a participação da comunidade escolar.

Nesse sentido, as salas de recursos multifuncionais devem ser consideradas como um espaço para a realização do atendimento educacional especializado de alunos público-alvo que apresentam, ao longo de sua aprendizagem nas classes comuns, alguma necessidade educacional especial, temporária ou permanente¹³. Ao apresentarem quaisquer dessas dificuldades na rede regular de ensino, os alunos público-alvo da educação especial e do atendimento educacional especializado poderão ser beneficiados com os recursos de acessibilidade por meio de ajudas técnicas e de tecnologias assistivas, utilização de linguagens e códigos aplicáveis e pela abordagem pedagógica que possibilite seu acesso ao currículo nas salas de recursos multifuncionais.

Diferentemente das atividades de reforço escolar, o atendimento educacional especializado realizado nas salas de recursos multifuncionais é pedagógico, preparando o aluno para desenvolver habilidades e utilizar instrumentos que facilitem seu aprendizado nas aulas do ensino regular.

Desse modo, as estratégias de aprendizagem devem estar centradas em um viés pedagógico que favoreça a construção de conhecimentos pelos próprios alunos, subsidiando-os para que desenvolvam o currículo da rede regular de ensino e participem da vida escolar, assegurando-lhes condições de acesso, participação e aprendizagem.

Um de seus maiores desafios é a articulação entre os professores das salas comuns e os das salas de recursos multifuncionais. Enquanto aos primeiros é atribuído o ensino das áreas do conhecimento e das disciplinas do ensino regular, aos segundos cabe complementar ou suplementar a formação do estudante público-alvo com recursos específicos que eliminem as barreiras que impedem ou limitam sua participação com autonomia e independência nas turmas comuns do ensino regular.

¹³ As Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica, instituídas pela Resolução CNE/CEB nº 2/2001, classificam essas necessidades educacionais especiais em três grupos de alunos. No primeiro, têm-se os alunos com dificuldades acentuadas de aprendizagem ou limitações no processo de desenvolvimento que dificultam o acompanhamento das atividades curriculares, podendo ser não vinculadas a uma causa orgânica específica ou então relacionadas a condições, disfunções, limitações ou deficiências. O segundo grupo é constituído de alunos com dificuldades de comunicação e sinalização diferenciadas dos demais alunos. O último compõe-se de alunos que evidenciam altas habilidades ou superdotação e que apresentem uma grande facilidade ou interesse em relação a algum tema ou grande criatividade ou talento específico. Incluem-se, nesses grupos, alunos que enfrentam limitações no processo de aprendizagem devido a condições, distúrbios, disfunções ou deficiências, tais como, autismo, hiperatividade, déficit de atenção, dislexia, deficiência física, paralisia cerebral e outros.

Feitas essas considerações, passa-se à descrição da política pública no âmbito do Estado de São Paulo, na qual se pode perceber nitidamente a concretização da educação especial em uma perspectiva inclusiva.

3. A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No âmbito do Estado de São Paulo foram diversas as espécies normativas que regulamentaram e permitiram a implementação da política pública da educação especial inclusiva. Assim como toda a legislação aplicável ao tema, ela sofreu alterações ao longo dos anos, evidenciando a já exposta evolução entre os modelos de exclusão, segregação, integração e inclusão.

De maneira sucinta, a implementação da educação especial na rede estadual pública paulista, nos moldes mais próximos do que se tem nos dias atuais, iniciou-se na década de 1980 com as classes especiais que previam o atendimento exclusivo de alunos com deficiências intelectual e visual em salas apropriadas com equipamentos específicos e que também funcionavam no contraturno (turno oposto) das aulas regulares.

Contudo, foi a partir da década de 1990 que passou a ser defendida a escolarização de alunos público-alvo da educação especial nas classes comuns da rede regular de ensino, em uma perspectiva inclusiva. A Resolução SE nº 135, de 18 de julho de 1994, por exemplo, criou, no âmbito da Secretaria da Educação Paulista, o Centro de Apoio Pedagógico para Atendimento ao Deficiente Visual – CAP.

A partir de então, diversos diplomas legais foram produzidos, visando à inclusão escolar, passando a ser a escola um espaço de aprendizado para todos os alunos.

Em 2001, alterou-se oficialmente a política de integração dos alunos com deficiência para o sentido da inclusão, matriculando-se os alunos com deficiência, transtornos globais de desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação nas salas regulares do ensino fundamental, visando ao seu desenvolvimento pela convivência com outros alunos da mesma faixa etária, recebendo o conteúdo dos programas de acordo com a capacidade de cada um deles.

Assim, foram editadas a Resolução SE nº 61, de 05 de abril de 2002, que estabeleceu ações referentes ao Programa de Inclusão Escolar e a Resolução SE nº 32, de 23 de maio de 2007, que institucionalizou o desenvolvimento de ações do programa de atendimento aos alunos da rede pública, mais especificamente o público-alvo da educação especial.

Importante ressaltar que, apesar de em 2007 a Política de Educação Inclusiva do Estado de São Paulo ter passado a contemplar as salas de recursos multifuncionais, estas já tinham sido, pioneiramente, instituídas e implementadas por força da ora revogada Resolução SE nº 95, de 21 de novembro de 2000, sendo que tal método permanece até o momento dando suporte à política da educação inclusiva de acordo com a demanda de cada unidade e/ou região.

Um dos documentos legais mais importantes no âmbito estadual paulista, é a Resolução SE nº 61, de 11 de novembro de 2014, que dispõe sobre a educação

especial nas unidades escolares da rede estadual de ensino. Seus artigos 1º e 2º definem, respectivamente, o público-alvo da educação especial e a garantia de sua matrícula em classes ou turmas do ensino fundamental ou médio de qualquer modalidade de ensino. Os §§ 1º e 2º do artigo 2º tratam do atendimento pedagógico especializado, estabelecendo que este se dará com condições de acesso e apoio à aprendizagem, bem como à sua continuidade e o encaminhamento adequado dos estudantes público-alvo àquele atendimento. Apesar da nomenclatura diferente, o atendimento pedagógico especializado previsto nesta resolução estadual tem o mesmo conteúdo que o atendimento educacional especializado previsto na legislação federal.

Nos termos do artigo 3º daquela Resolução, o atendimento pedagógico especializado será prestado em sala de recursos, entendida como ambiente dotado de equipamentos, mobiliários e materiais didáticos, visando ao desenvolvimento de habilidades gerais e/ou específicas, mediante ações de apoio, complementação ou suplementação pedagógica e em classe regida por professor especializado, em caráter excepcional, para atendimento a alunos que apresentem deficiência intelectual, com necessidade de apoio permanente ou pervasivo¹⁴, ou deficiências múltiplas e transtornos globais do desenvolvimento.

3.1. Órgãos estaduais ligados à educação especial

A Secretaria de Estado da Educação de São Paulo – SEE-SP possui órgãos diretamente ligados à implementação da política pública da educação especial em uma perspectiva inclusiva: a Coordenadoria de Gestão da Educação Básica – CGEB e as Diretorias de Ensino.

A Coordenadoria de Gestão da Educação Básica é composta pelo Departamento de Desenvolvimento Curricular e de Gestão da Educação Básica – DEGEB, que tem por atribuição coordenar a elaboração e a universalização do Currículo do Estado de São Paulo e formular diretrizes pedagógicas para a avaliação da educação básica¹⁵. Dentre seus órgãos, destaca-se o Centro de Atendimento Especializado – CAESP, responsável pelo atendimento educacional especializado dos alunos com deficiência, transtorno global do desenvolvimento, altas habilidades ou superdotação, indígenas, quilombolas e outros públicos.

O Centro de Atendimento Especializado, por sua vez, subdivide-se em duas vertentes, abrangendo o Núcleo de Inclusão Educacional – NINC e o Núcleo de

¹⁴ O apoio pervasivo consiste em auxílio constante de uma equipe multiprofissional que melhora o funcionamento da vida dos alunos com maior grau de comprometimento que necessitam de ajuda para as condições mínimas da vida cotidiana.

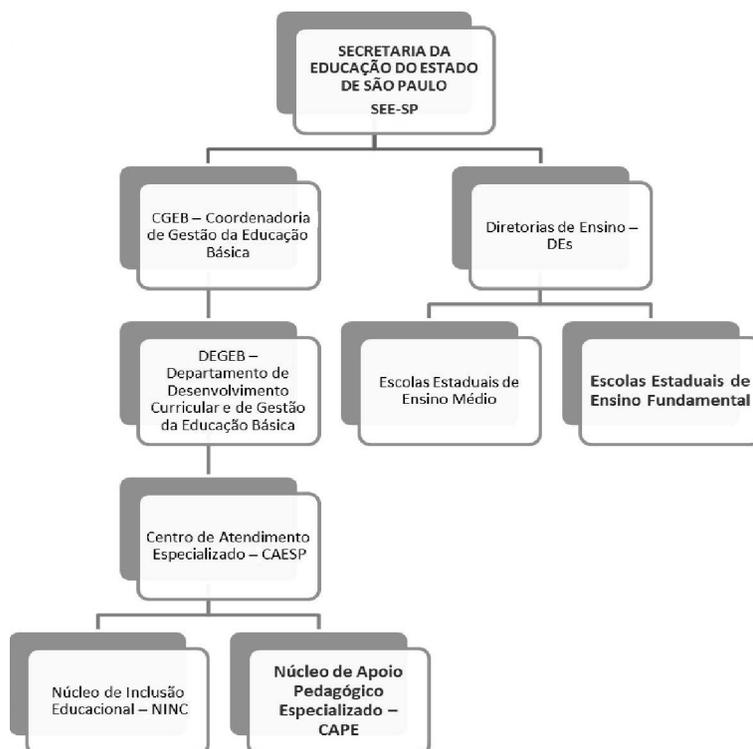
¹⁵ SÃO PAULO (Estado). DEGEB. CAESP. *A coordenadoria*. Disponível em: <<http://www.educacao.sp.gov.br/cgeb/coordenadoria/centro-de-atendimentoespecializado/>>. Acesso em: 23 out. 2015.

Apoio Pedagógico Especializado – CAPE. Enquanto o Núcleo de Inclusão Educacional é responsável pelos grupos de alunos que necessitam de atenção e recursos didáticos específicos, como educação quilombola, educação indígena, alunos em privação de liberdade e em cumprimento de medida socioeducativa, o Núcleo de Apoio Pedagógico Especializado tem seu olhar voltado à política pública de inclusão de pessoas com deficiência, transtorno global do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação através da educação especial nas escolas da rede estadual pública de ensino.

Ao lado da Coordenadoria de Gestão da Educação Básica estão as 91 Diretorias de Ensino do Estado de São Paulo, compostas basicamente pelas escolas estaduais de ensino fundamental e de ensino médio, onde se encontram as unidades escolares que efetivamente promovem a inclusão dos alunos mencionados, com ou sem a implementação *in loco* das salas de recursos multifuncionais.

Para melhor entendimento do quanto exposto anteriormente, foi elaborado organograma com a estrutura da Secretaria da Educação do Estado de São Paulo relacionada com a educação especial e, dentro dela, a respectiva localização dos órgãos mencionados, consignando-se que a estrutura daquela Secretaria é muito mais complexa, abrangendo diversos outros órgãos.

FIGURA 1. Estrutura da SEE-SP – Educação Especial.



Destacam-se o Núcleo de Apoio Pedagógico Especializado e as Diretorias de Ensino, pois são os órgãos de execução da política pública objeto do presente artigo. As atribuições do Núcleo de Apoio Pedagógico Especializado encontram-se delimitadas pela Resolução SE nº 32, de 17 de maio de 2013, e, na prática, suas ações desenvolvem-se no âmbito das Diretorias de Ensino e, conseqüentemente, nas escolas da rede pública estadual.

O Núcleo de Apoio Pedagógico Especializado é responsável pela elaboração da política de atendimento educacional especializado aos alunos com deficiência, transtorno global do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação. Em linhas gerais, ele gerencia, acompanha e dá suporte às ações regionais de educação especial, nos processos de formação continuada, na provisão de recursos e na articulação das escolas com a comunidade.

Nos termos do artigo 1º, parágrafo único, da Resolução SE nº 32/2013, são suas atribuições: garantir o suporte à inclusão educacional dos alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, avaliar multiprofissionalmente os alunos público-alvo da educação especial, articulando os encaminhamentos necessários ao atendimento de suas especificidades, promover a convivência harmoniosa dos alunos nas escolas, nas famílias e nos diferentes grupos sociais, orientar e subsidiar a comunidade escolar, as famílias, bem como os grupos sociais para melhor atendimento aos alunos público-alvo da educação especial, mapear os recursos disponíveis na comunidade, orientar alunos e familiares quanto aos encaminhamentos necessários, estabelecer relação de parceria com as instituições de saúde, sociais, educacionais e empregatícias para atendimentos e encaminhamentos dos alunos, elaborar materiais adaptados para os alunos com deficiência visual e especificar mobiliários e equipamentos.

Nesse sentido, esse órgão atua no desenvolvimento das atividades pedagógicas a serem implementadas nas escolas da rede pública estadual, na decisão, planejamento e no direcionamento das obras de acessibilidade a serem implantadas nas unidades escolares, no planejamento dos equipamentos a serem instalados nas escolas para atendimento aos educandos público-alvo, além do atendimento às demandas tanto do Ministério Público Estadual quanto do Poder Judiciário, através da elaboração e cumprimento de Termos de Ajustamento de Condutas – (TACs) e do cumprimento de decisões judiciais, respectivamente, contando também com a colaboração de entidades da sociedade civil.

3.2. Parcerias e convênios

O Núcleo de Apoio Pedagógico Especializado, as Diretorias de Ensino e as unidades escolares, enquanto órgãos da Secretaria de Estado da Educação de São Paulo, trabalham em parceria com a Secretaria de Estado dos Direitos da Pessoa com Deficiência, na elaboração de estudos para implementação de qualquer política de

educação inclusiva, seja em atividades pedagógicas, seja em equipamentos, ou também em funcionalidades inseridas nas escolas estaduais com ou sem salas de recursos multifuncionais para os alunos público-alvo.

Há também estreita relação desses órgãos com o Ministério Público do Estado de São Paulo, que, por meio de seu Grupo de Atuação Especial de Educação – GEDUC, identifica, previne e reprime atos ou omissões capazes de violar o direito à educação, atuando de forma expressiva na fiscalização do sistema estadual de ensino quanto ao cumprimento das garantias de atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, transtorno global do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação.

Dessa atuação conjunta resultaram documentos importantes, tais como o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) firmado, em 2013, entre o Ministério Público de São Paulo, o Governo do Estado de São Paulo e as Secretarias Estaduais da Educação e da Saúde¹⁶, pelo qual o Estado se comprometeu a disponibilizar o serviço de cuidador responsável, principalmente, pelo apoio nas atividades de alimentação, higiene e locomoção para toda a rede estadual de ensino e o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) firmado, em 2014, entre o Ministério Público de São Paulo e a Secretaria de Educação¹⁷, pelo qual o Estado se comprometeu a tornar acessíveis todos os prédios escolares da rede estadual de ensino no prazo máximo de 15 anos.

O TAC do Cuidador influenciou o artigo 10 da Resolução SE nº 61/2014 que, com o objetivo de proporcionar apoio necessário aos alunos público-alvo da educação especial, matriculados em classes ou turmas do ensino regular, de qualquer modalidade de ensino, determinou que a escola poderá contar com cuidadores, para atuar como prestadores de serviços quando requerido e autorizado pela família e para alunos com deficiência, cujas limitações lhes acarretem dificuldade de caráter permanente ou temporário no cotidiano escolar e que não conseguem realizar, com independência e autonomia, dentre outras, atividades relacionadas à alimentação, à higiene bucal e íntima, à utilização de banheiro, à locomoção, bem como à administração de medicamentos, constantes de prescrição médica e mediante autorização expressa dos responsáveis, salvo na hipótese em que esta atividade for privativa de enfermeiro.

¹⁶ SÃO PAULO. (Estado). Ministério Público. Secretaria da Educação. Secretaria da Saúde. *Termo de Ajustamento de Conduta*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/publicacao_noticias/2013/marco_2013/2013%2003%2018%20tac%20CUIDADOR_0.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2015.

¹⁷ SÃO PAULO. (Estado). Ministério Público. Secretaria da Educação. *Termo de Ajustamento de Conduta*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=24452_66.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2015.

Além disso, houve o ajuizamento da Ação Civil Pública nº 0027139-65.2000.8.26.0053, em 2000, cuja decisão transitada em julgado¹⁸ acolheu o pedido formulado pelo Ministério Público e condenou o Estado de São Paulo a providenciar unidades especializadas próprias e gratuitas para o tratamento de saúde, educacional e assistencial às pessoas com autismo, em regime integral e parcial especializados para todos os residentes no Estado de São Paulo e, enquanto não providenciadas tais determinações, o Estado poderia realizar convênios com entidades adequadas não estatais, arcando com custas integrais do tratamento (internação especializada ou em regime integral ou não), da assistência, da educação e da saúde específicos.

Ademais, em consonância com o artigo 60 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei no 9.394/1996)¹⁹, o Decreto Estadual nº 54.887/2009, mais conhecido como Decreto de Convênios, redesenhou a celebração de convênios entre a Secretaria da Educação e as instituições sem fins lucrativos atuantes na educação especial no Estado de São Paulo, além de limitar o público atendido pelas instituições conveniadas àquela Secretaria aos alunos com graves deficiências que não puderem ser beneficiados pela inclusão em classes comuns de ensino regular, referindo-se aos educandos com deficiência intelectual que necessitam de apoio pervasivo.

Segundo dados da Secretaria de Estado da Educação²⁰, no âmbito de todo o Estado de São Paulo, tem-se a colaboração de 304 instituições conveniadas e outras 38 parceiras credenciadas visando ao atendimento de alunos com deficiência, trans-torno global do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, destacando-se a atuação da Associação de Amigos do Autista – (AMA), da Associação Educacional para Múltipla Deficiência – (AHIMSA), da Assistência à Criança Deficiente Escolar – (AACD Escolar), da Associação Brasileira de Ação dos Direitos das Pessoas com Autismo – (ABRAÇA) e da Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais – (APAE).

3.3. Números e resultados da política pública paulista

Os dados relativos aos resultados quantitativos e qualitativos da educação especial no Estado de São Paulo podem ser encontrados em diversos documentos que tratam do assunto, tais como orçamento estadual, relatórios de governo, censo

¹⁸ SÃO PAULO. (Estado). TJSP. 6. Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital. Ação Civil Pública nº 0027139-65.2000.8.26.0053. j. 28 dez. 2001. Juiz de Direito Fernando Figueiredo Bartoletti. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/EPM/pdf/SENTENCAAUTISTAS.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

¹⁹ O artigo 60 da Lei no 9.394/1996 prevê que os órgãos normativos dos sistemas de ensino devem estabelecer critérios de caracterização das instituições privadas sem fins lucrativos, especializadas e com atuação exclusiva em educação especial, para fins de apoio técnico e financeiro pelo Poder Público.

²⁰ SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Educação. *Educação Inclusiva*. Disponível em: <http://www.redeempresarialdeinclusao.com.br/index.php/component/k2/item/download/95_ebb242a096fd98b5f385e-ca6e6d8ffc>. Acesso em: 10 jun. 2016.

escolar, além daqueles disponibilizados pelos próprios órgãos públicos envolvidos na implementação e execução da política pública paulista.

O orçamento paulista de 2016²¹ previu a destinação de R\$ 220.767.926,00 ao atendimento de 77.000 alunos matriculados na rede estadual e em escolas parceiras, envolvendo adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas, alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento, altas habilidades ou superdotação e transtornos funcionais, bem como alunos de comunidades indígenas, quilombolas e demais públicos específicos.

Em relação ao orçamento paulista do ano anterior²², percebe-se uma queda da receita prevista para a política pública, pois, em 2015 ela era de R\$ 234.078.215,00, ou seja, previa-se a destinação de R\$ 13.310.289,00 a mais para a educação especial que, portanto, deixou de receber quantia considerável para o atendimento da meta de seu público alvo que também foi afetado, passando de 91.428 para 77.000 alunos.

Segundo dados do próprio orçamento, esse atendimento se dá por meio de recursos de apoio, fornecimento de materiais didáticos e equipamentos específicos. Os recursos, por sua vez, destinam-se à celebração de convênios com entidades especializadas para escolarização, educação especial para o trabalho e outras ações que contribuam para o desenvolvimento e autonomia do aluno, além de atendimento especializado a alunos de comunidades indígenas e quilombolas e a demais públicos específicos.

Percebe-se que a rubrica da política pública da educação especial no Estado de São Paulo confunde-se com a da educação inclusiva, de modo que, para fins orçamentários, os trabalhos do Núcleo de Inclusão Educacional e do Núcleo de Apoio Pedagógico Especializado são encarados como uma única coisa.

Em um primeiro momento, pode parecer que isso não traz qualquer problema à implementação das duas políticas públicas, afinal, os dois órgãos integram o Centro de Atendimento Especializado. No entanto, como os recursos são repassados à Coordenadoria de Orçamento e Finanças – (COFI) da Secretaria de Estado da Educação, como se destinados a uma única política pública, pode-se perder de vista a pertinência e a importância dos trabalhos desenvolvidos em cada um dos Núcleos, bem como comprometer o ideal desenvolvimento de ambas.

Segundo dados da Secretaria de Estado da Educação²³, no âmbito de todo o Estado de São Paulo, são atendidos 13.522 alunos em 3.229 salas de recursos

²¹ SÃO PAULO (Estado). Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Regional. Orçamento do Estado 2016. Disponível em: <http://www.planejamento.sp.gov.br/noti_anexo/files/orcamento/Lei_16083_de_28_12_2015.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2017.

²² _____. *Orçamento do Estado 2015*. Disponível em: <http://www.planejamento.sp.gov.br/noti_anexo/files/orcamento/orcamento2015.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2016.

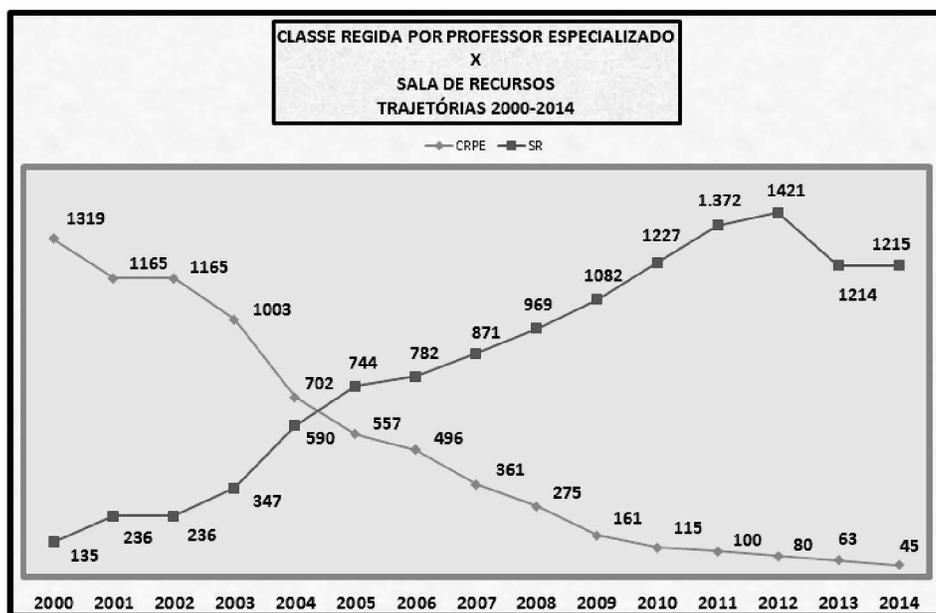
²³ SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Educação. Educação Inclusiva. Disponível em: <http://www.redeempresarialdeinclusao.com.br/index.php/component/k2/item/download/95_ebb242a-096fd98b5f385eca6e6d8ffc>. Acesso em: 10 jun. 2016.

multifuncionais, 25.386 alunos em 304 instituições conveniadas e 2.870 alunos em 38 instituições parceiras credenciadas.

Quanto às salas de recursos, da totalidade existente, 827 estão equipadas para atendimento de deficiência física, 445 para deficiência visual, 669 para deficiência auditiva, 10 para surdocegueira e 539 para transtornos do espectro autista²⁴. Há também o atendimento a 974 alunos, por 316 professores, em salas de recursos itinerantes, além de 64 classes hospitalares implementadas para atendimento a alunos internados para tratamento de saúde.

As classes regidas por professores especializados, apesar de ainda existirem em caráter excepcional e transitório, para alunos com severa deficiência mental, grave deficiência múltipla ou mesmo para aqueles que apresentam comprometimento do aproveitamento escolar em razão de transtorno invasivo do desenvolvimento, vêm sendo substituídas paulatinamente pelas salas de recursos multifuncionais, conforme gráfico fornecido pela Equipe Técnica do Núcleo de Apoio Pedagógico Especializado:

FIGURA 2. gráfico classe regida x sala de recursos – 2000-2014



²⁴ Importante esclarecer que uma mesma sala de recursos pode atender a diferentes tipos de deficiências ao mesmo tempo, desde que devidamente organizada e equipada, e que um mesmo educando pode se incluir em mais de um desses grupos.

É possível visualizar que, entre os anos de 2000 e 2014, o cenário educacional paulista enfrentou a inversão dos modelos integralista e inclusivo, com a substituição gradativa das classes regidas pelas salas de recursos. Enquanto as classes regidas por professor especializado caíram de 1.319 para 45, as salas de recursos saltaram de 135 para 1.215. Destaca-se que essas 45 classes regidas por professor especializado, ainda existentes, atendem, em caráter excepcional e transitório, a 202 alunos.

O Relatório de Governo²⁵ elaborado pela Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania e apresentado na 7ª Conferência Estadual de Direitos Humanos, realizada nos dias 28 e 29 de março de 2016, também apresentou números interessantes relacionados à educação especial.

Segundo ele, cerca de 85 mil alunos público-alvo são atendidos na rede estadual e aproximadamente 35 mil encontram-se em mais de 300 escolas especializadas conveniadas. São 2.100 professores especializados para atendimento do público-alvo e mais 2.844 cuidadores contratados, sendo estes responsáveis por 4.015 alunos. As 3.054 salas de recursos implementadas atendem a 12.633 alunos, existindo mais 395 salas de recursos itinerantes que atendem a 1.163 educandos.

Ainda, conforme aquele relatório, existem 396 salas de recursos que atendem 1.478 alunos com deficiência auditiva, 43 salas que atendem 122 alunos com deficiência física, 2.710 salas atendem 11.531 educandos com deficiência intelectual, 160 atendem a 602 alunos com deficiência visual e 62 salas a 188 alunos com autismo²⁶.

Como se pode perceber, os dados quantitativos ora apresentados são sutilmente incompatíveis entre si, apesar de se referirem ao mesmo ano (2015). Contudo, tal inconsistência não compromete a análise qualitativa da política pública estadual.

Esses números confirmam que a transição entre os modelos integralista e inclusivo foi bem-sucedida, sendo que a inclusão dos alunos com deficiência, trans-tornos globais do desenvolvimento, altas habilidades ou superdotação na rede regular do ensino público paulista já é uma realidade consolidada, existindo apenas casos isolados que não permitem afirmar-se que a fase da integração esteja totalmente superada.

Aliás, um estudo muito interessante desenvolvido, em 2012, pela Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais – (APAE)²⁷ mostrou evidências de melhoras qualitativas no desenvolvimento integral dos educandos que frequentavam a Escola

²⁵ SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania. *Relatório de governo*. 7ª Conferência Estadual de Direitos Humanos. São Paulo: SJDC, 2016. p. 61-62.

²⁶ Cf. nota explicativa nº 23.

²⁷ APAE DE SÃO PAULO. *Educação inclusiva na APAE de São Paulo: relato da experiência de transição da escola especial*. Disponível em: <http://www.memorialdainclusao.sp.gov.br/br/ebook/Textos/Rose-li_Olher.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2016.

Especial da APAE de São Paulo²⁸ e que passaram a frequentar as escolas de ensino regular, em uma perspectiva inclusiva.

Segundo ele, verificou-se que os alunos que frequentaram as escolas da rede regular e receberam atendimento educacional especializado, de forma complementar à classe comum, tanto na APAE quanto nas salas de recursos multifuncionais da própria unidade escolar regular, apresentaram avanços significativos em termos de autonomia, independência, relacionamento interpessoal, postura e comunicação receptiva e expressiva, enquanto que aqueles que permaneceram em escolas especiais ou instituições especializadas, apresentaram poucos avanços quanto à autonomia, aprendizagem e comportamento social, quando comparados aos alunos inseridos na rede regular de ensino.

No entanto, ainda existem dificuldades e desafios a serem encarados e obstáculos a serem superados. No âmbito escolar, os maiores problemas da política pública paulista estão ligados aos profissionais que atuam diretamente com os estudantes público-alvo.

Primeiramente, têm-se os professores mais antigos que apresentam grande dificuldade em colaborar com a política da educação especial inclusiva, por terem se formado em épocas nas quais esses alunos eram colocados em classes separadas dentro de uma mesma escola, sendo educados por professores específicos daquela turma, sem interação com outras pessoas no ambiente de ensino.

Em segundo lugar, tem-se a ausência de abordagem da questão da inclusão no currículo de formação dos professores nas áreas de licenciatura. Os professores de disciplinas como geografia, história e ciências, por exemplo, são formados para dar aulas no ensino regular de escolas públicas e privadas, sem levar-se em consideração que nas mesmas salas de aula encontrarão alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento, altas habilidades ou superdotação.

Há também a falta de interesse de professores em capacitação para atendimento dos alunos de educação especial, por questões diversas, tais como, aposentadoria próxima, falta de tempo por lecionarem em diferentes instituições de ensino, etc. Em contrapartida, ocorre a evasão de professores da rede pública estadual para escolas particulares, após a capacitação pelo Estado. Ou seja, o Estado paga para que estes profissionais se aperfeiçoem e se especializem para um melhor atendimento

²⁸ Segundo as Diretrizes para cooperação técnica entre as APAEs e a Secretaria de Educação do Estado de São Paulo, desde 2010, a APAE de São Paulo não trabalha mais como escola especial nos moldes anteriores, atuando, nos dias de hoje, com a educação inclusiva através do Serviço de Apoio à Inclusão Escolar dando suporte para crianças e jovens com deficiência intelectual, família e escola, contribuindo para o desenvolvimento efetivo e a inclusão social daqueles. As Escolas de Educação Especial mantidas pela instituição objetivam efetivar a garantia do direito à educação daqueles que, em função de suas necessidades específicas, não conseguiram se beneficiar das classes comuns do ensino regular. In: SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Educação. *Diretrizes para cooperação técnica entre as APAEs e a Secretaria de Educação do Estado de São Paulo*. São Paulo: SE, 2013, p. 5.

pedagógico aos alunos público-alvo, e, depois disso, eles migram para a rede privada, afinal, com aquela capacitação ou especialização recebem salários melhores nas escolas particulares.

Ademais, a articulação entre os professores da rede regular e os das salas de recursos também está longe de espelhar o quanto previsto na legislação aplicável. Em linhas gerais, na prática, os professores da rede regular e das salas de recursos devem trabalhar com seus olhares voltados a cada um dos educandos público-alvo e às suas especificidades, isto é, o professor da rede regular deve entregar relatório individual de cada aluno ao professor da sala de recursos, esclarecendo quais assuntos e atividades foram desenvolvidos em sala de aula, além das dificuldades apresentadas por cada um deles. É com esses dados que os professores das salas de recursos promovem o atendimento pedagógico especializado que potencializa o efetivo aprendizado daquilo que foi ministrado na sala regular. Infelizmente, nem todos os professores se comprometem com a realização desses relatórios.

Um exemplo interessante e de sucesso dessa articulação é o da Escola Estadual Rodrigues Alves, pertencente à Diretoria de Ensino Centro-Sul da cidade de São Paulo, que atende a 15 alunos público-alvo da educação especial em sala de recursos. A pedagoga responsável pela sala de recursos elabora um portfólio individual contendo todos os documentos relativos a cada um deles e está em constante diálogo com os professores da rede regular, tanto pessoalmente quanto por meio dos relatórios que possibilitam sua atuação, atendimento e avaliação na sala de recursos.

Outra dificuldade relacionada aos profissionais é a relativa aos cuidadores, pois sua contratação exige formação especializada e a demanda, muitas vezes, não é suficiente em razão da baixa remuneração pelo Estado.

O apoio e a participação da família também constituem grande obstáculo à maior efetividade da política pública estadual. A falta de colaboração das famílias dos alunos público-alvo se dá, muitas vezes, porque elas encontram dificuldades, no dia a dia, para levá-los até as escolas, a lidar com sua educação dentro de casa, a aceitar a situação de ter uma pessoa na família com deficiência, entre outros. Tem-se também a falta de acompanhamento e melhor instrução profissional, seja ela pedagógica, psicológica ou jurídica, aos familiares, comprometendo-se o desempenho dos alunos e, até mesmo, sua saúde. A título de exemplo, cita-se o caso de um aluno com transtornos, incluído na rede regular de ensino da Escola Estadual Marina Cintra, vinculada à Diretoria de Ensino Centro da cidade de São Paulo, que precisava de medicamento para controlar suas crises. Como ele era beneficiário de uma bolsa mensal, em razão de sua condição, e recebia avaliação periódica que garantia o recebimento daquela, sua mãe deixava de medicá-lo nos dias anteriores às avaliações, por achar que, se ele não apresentasse sintomas, perderia a bolsa.

Não se ignoram as falhas provenientes da atuação do próprio Poder Público, podendo ser citadas, por exemplo: a aposentadoria de professor responsável por sala de recursos sem indicação de substituto com antecedência que

possibilite a transição e adaptação dos alunos envolvidos, bem como a troca de informações e experiências pelos professores; a existência de salas de recursos já implementadas, porém, desativadas por falta de professores especializados e/ou baixa demanda, como é o caso da Escola Estadual Marechal Floriano, na cidade de São Paulo; e o fato de que quando não há sala de recursos em uma escola da rede pública, há o transporte dos alunos público-alvo entre as escolas da rede regular e a que disponibiliza sala de recursos, contudo, esse serviço só atende aqueles que têm deficiências físicas e intelectuais, não sendo contemplados os deficientes visuais.

Outra importante questão é a que envolve o ajuizamento de demandas relacionadas ao tema junto ao Poder Judiciário. Trata-se de um instrumento utilizado em favor dos estudantes público-alvo para garantir sua efetiva matrícula na rede regular de ensino, garantir seu transporte às escolas, garantir cuidador para seu auxílio, entre outros. Tem-se aqui uma das situações mais delicadas para o Estado de São Paulo, pois o Poder Público paulista não pode deixar de cumprir as decisões proferidas e, ao mesmo tempo, não pode deixar de garantir a implementação da política pública visando ao atendimento de uma coletividade.

A título de exemplo, no caso dos autistas, a já mencionada Ação Civil Pública foi ajuizada porque se verificou no Estado de São Paulo absoluta falta de atendimento específico para as pessoas diagnosticadas com Transtorno do Espectro do Autismo. Constatou-se a inexistência de equipamentos públicos ou políticas públicas de atendimento específico para eles, evidenciando-se a inércia de Poder Público quanto à prestação de serviços públicos nas áreas da saúde e da educação para aquelas pessoas.

Em que pesem as justificativas apresentadas e a real necessidade de seu ajuizamento, essa ação é um exemplo típico do chamado ativismo judicial envolvendo o controle do Poder Judiciário sobre a implementação e execução de políticas públicas, pois sua decisão engessou a política pública e comprometeu a atuação do Estado de São Paulo na concretização da educação especial dos alunos com autismo da mesma maneira que os demais educandos público-alvo. Isso significa dizer que, no Estado de São Paulo, os alunos com autismo devem ser abrangidos pela educação especial inclusiva, mas como existe essa decisão, a maioria deles encontra-se em entidades conveniadas e não no mesmo processo que os demais alunos com deficiência, outros transtornos globais de desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação que são matriculados na rede regular de ensino. Ou seja, apesar de ter sido ajuizada com propósitos louváveis, sua decisão apresentou retrocesso, em termos de sociabilidade e inclusão, aos estudantes com autismo. Por um lado, garantiu-se a prestação de um serviço a eles, mas perdeu-se de vista o panorama pedagógico e inclusivo em que estão inseridos os demais alunos público-alvo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A educação especial inclusiva nas escolas públicas do Estado de São Paulo já se encontra sedimentada, de modo que os maiores desafios iniciais, para que os objetivos e metas previamente delimitados pudessem ser atingidos, foram superados, estando a fase de sua implementação praticamente finalizada.

A participação de entidades beneficentes é muito importante para o sucesso da política pública paulista, pois, apesar de serem pessoas jurídicas de direito privado, contribuem na atuação do Estado para sua implementação. As parcerias realizadas com as associações que prestam serviços a pessoas com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, além da defesa de seus direitos, também colaboram para garantir o direito à educação de todos aqueles que, em funções de necessidades educacionais específicas, necessitam também de um atendimento de modo mais efetivo.

Apesar das dificuldades existentes e dos problemas ora apresentados, todo o empenho do Poder Público paulista, tanto com elaboração e revisão da legislação aplicável quanto com a implementação e constante avaliação da política pública, além da colaboração da sociedade civil e do controle do Ministério Público e do Poder Judiciário, resultaram em um cenário educacional pautado na justiça social que respeita as diferenças e a diversidade, elimina barreiras, corrige eventuais desigualdades e universaliza o direito à educação, garantindo-se a igualdade material dos educandos público-alvo e, conseqüentemente, sua dignidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APAE DE SÃO PAULO. *Educação inclusiva na APAE de São Paulo: relato da experiência de transição da escola especial*. Disponível em: <http://www.memorialdainclusao.sp.gov.br/br/ebook/Textos/Roseli_Olher.pdf>. Acesso em: 09 jun.2016.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial de políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2006.

BRASIL. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Básico. Resolução CNE/CEB nº 2/2001. *Institui diretrizes nacionais para a educação especial na educação básica*. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/CEB0201.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

_____. MEC. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão (SECADI). *Orientações para implementação da política nacional de educação especial na perspectiva da educação inclusiva*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=17237-secadi-documento-subsidiario2015&Itemid=30192>. Acesso em: 16 jan. 2017.

_____. MEC. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão (SECADI). *Política nacional de educação especial na perspectiva da educação inclusiva*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=16690-politica-nacional-de-educacao-especial-na-perspectiva-da-educacao-inclusiva-05-122014&Itemid=30192>. Acesso em: 04 jun. 2016.

_____. MEC. Secretaria de Educação Especial. *Manual de orientação: programa de implantação de sala de recursos multifuncionais*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=9936-manual-orientacao-programa-implantacao-salas-recursos-multifuncionais&Itemid=30192>. Acesso em: 16 jan. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SÃO PAULO (Estado). DEGEB. CAESP. *A coordenadoria*. Disponível em: <<http://www.educacao.sp.gov.br/cgeb/coordenadoria/centro-de-atendimentoespecializado/>>. Acesso em: 23 out. 2015.

_____. Ministério Público. *Guia prático: o direito de todos à educação*. São Paulo, 2012.

_____. Ministério Público. Secretaria da Educação. *Termo de Ajustamento de Conduta*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2445266.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2015.

_____. Ministério Público. Secretaria da Educação. Secretaria da Saúde. *Termo de Ajustamento de Conduta*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/publicacao_noticias/2013/marco_2013/2013%2003%2018%20tac%20CUIDADOR_0.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2015.

_____. Secretaria da Educação. *Diretrizes para cooperação técnica entre as APAEs e a Secretaria de Educação do Estado de São Paulo*. São Paulo: SE, 2013.

_____. Secretaria da Educação. *Educação inclusiva*. Disponível em: <http://www.redeempresarialdeinclusao.com.br/index.php/component/k2/item/download/95_ebb242a-096fd985f385eca6e6d8ffcb>. Acesso em: 10 jun. 2016.

_____. Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania. *Relatório de governo. 7ª Conferência Estadual de Direitos Humanos*. São Paulo: SJDC, 2016.

_____. Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Regional. *Orçamento do Estado 2015*. Disponível em: <http://www.planejamento.sp.gov.br/noti_anexo/files/orçamento/orçamento2015.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2016.

_____. Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Regional. *Orçamento do Estado 2016*. Disponível em: <http://www.planejamento.sp.gov.br/noti_anexo/files/orcamento/Lei_16083_de_28_12_2015.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2017.

_____. TJSP. 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital. Ação Civil Pública nº 0027139-65.2000.8.26.0053. j. 28 dez. 2001. Juiz de Direito Fernando Figueiredo Bartoletti. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/EPM/pdf /SENTENCAAU-TISTAS.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

ACÓRDÃO NÃO TRANSITADO EM JULGADO DESCONSTITUTIVO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO PODE GERAR A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE?

Not final decision judicial of tax credit extinction can generate the suspended demandability?

Daniel Monteiro de Barros Colen¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Da tutela constitutiva negativa em acórdão. 2.1. Da tutela constitutiva e do provimento mandamental produzindo efeitos antes do trânsito em julgado. 2.2. Do estudo da antecipação da tutela desconstitutiva e executoriedade, como compreensão dos efeitos secundários do acórdão não transitado. 2.3. Da ausência de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, permitindo a execução das decisões. 2.4. Dos efeitos anexos e secundários das decisões e sua exigibilidade em relação às tutelas desconstitutivas. 2.5. Da execução provisória do acórdão desconstitutivo não transitado. 3. Das hipóteses de suspensão de exigibilidade do crédito tributário, sua taxatividade e verificação do enquadramento do acórdão de procedência não transitado em julgado em demanda antixacional. 4. Das consequências relativas à prescrição. 5. Da suspensão do crédito tributário como efeito secundário/anexo do acórdão, não transitado em julgado, de procedência da ação anulatória. Referências bibliográficas.

RESUMO

Por meio deste trabalho busca-se analisar um problema prático, através de uma solução sobre os efeitos que a decisão proferida no tribunal, sem trânsito em julgado, desconstitutiva do crédito tributário possui em demanda antixacional, não havendo recurso com efeito suspensivo. Primeiramente há o estudo dos tipos de provimento judiciais, efeitos anexos, executabilidade, execução provisória. Os efeitos tributários dos provimentos jurisdicionais são analisados posteriormente, verificando-se quando suspendem a exigibilidade do crédito tributário. A taxatividade das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Os efeitos incidentes na decadência e prescrição tributários. A análise se baseia em posições doutrinárias, artigos de lei e jurisprudência a respeito dos temas abordados. Dessa forma, chega-se à conclusão de que a matéria causa conflitos por não haver disciplina legal, mas há comando derivado do acórdão com força mandamental de obrigação de não fazer e fazer, impondo a não cobrança do crédito derivado da obrigação tributária, enquadrando-se nas hipóteses legais de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. O melhor seria a alteração legislativa tributária sobre o tema, gerando segurança à Fazenda Pública, com a inclusão expressa desta causa entre as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Não são encontradas decisões judiciais sobre o tema específico, pois, a sua

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte, MG. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria do Estado de São Paulo, ESPGE/SP, em parceria com a AGU. Especialista em Tutela dos Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos pela UNAMA por meio do EAD- Rede LFG. Procurador do Estado de Minas Gerais de setembro/ 2008 até junho/ 2010. Procurador da Fazenda Nacional desde junho/ 2010. Atua na PRFN 3ª REGIÃO, em SP na DIGRA, Divisão dos Grandes Devedores. Lotação anterior: DIAFI/PSFN/ Osasco.

solução pode ser efetivada administrativamente, ou por meio de outro ato judicial que traz o efeito suspensivo da exigibilidade do crédito tributário de forma expressa em relação às hipóteses legais, independentemente de uma compreensão do texto legal.

Palavras-chaves: Acórdão. Desconstitutivo. Tributário. Suspensão. Exigibilidade.

ABSTRACT

This work seeks to analyze a practical problem, behind a solution on the effects that the decision rendered in the court, not final decision judicial of tax credit extinction has in taxpayer action, and there is no appeal with suspensive effect. First, there is the study of types of judicial procedures, annexes, executability, provisional execution. The tax effects of the judicial proceedings are analyzed later, and it is verified when they suspend the demandability of the tax credit. The rate of the chances of suspension of the tax credit demandability. The effects on tax credit death. The analysis is based on doctrinal positions, articles of law and jurisprudence on the topics covered. Thus, it is concluded that the matter causes conflicts because there is no legal discipline, but there is a command derived from the decision generate obligation of not to do and do, imposing the non-collection of credit derived from the tax obligation, based on the legal hypotheses of suspension of the demandability of the tax credit. The best would be the tax legislative amendment on the subject, generating security to the Public Treasury, with the express inclusion of this cause among the hypotheses of suspension of the demandability of the tax credit. Judicial decisions on the specific subject are not found, since their solution can be effected administratively, or by means of another judicial act that has the suspensory effect of the tax credit demandability expressly in relation to the legal hypotheses, independent of an understanding of the Legal Text.

Keywords: Decision. Credit Extinction. Tax. Suspended Demandability.

1. INTRODUÇÃO

O tema abordado decorre da problemática advinda da desnecessidade de execução das decisões constitutivas negativas, considerando-se os efeitos da mesma com a análise da necessidade da existência do trânsito em julgado para o seu cumprimento ou não, especificamente na esfera tributária, no caso em que há desconstituição do crédito tributário.

A hipótese consiste em considerar, na demanda antiexacional, um acórdão de procedência definindo a questão, no caso em estudo, a desconstituição de um crédito tributário. Contra esta decisão é interposto recurso especial e/ou recurso extraordinário, não tendo, ambos, efeito suspensivo. Não há ação cautelar no tribunal para conferir aos recursos efeito suspensivo. Não há antecipação de tutela concedida de forma liminar, em sentença ou no tribunal, ou em tutela cautelar.

Serão analisados os efeitos principais e anexos da decisão, a sua executoriedade e possibilidade de execução provisória, assim como a projeção na esfera tributária dentro das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, buscando-se a compreensão se há o enquadramento nas mesmas ou não. Os efeitos serão observados na contagem do prazo prescricional, com a interrupção ou suspensão, na decadência, na concessão, ou não, de certidão positiva com efeitos de negativa, na inclusão do devedor no CADIN (Cadastro de Devedores Inadimplentes), no

impedimento de receber empréstimos de bancos públicos e de participar de licitações e outros efeitos tributários.

Ao desenvolver o trabalho serão analisados os conceitos doutrinários dos institutos, os dispositivos legais dos temas e a definição jurisprudencial. As jurisprudências definem entendimentos consolidados sobre os assuntos, havendo decisões que se encontram na égide da força dos julgamentos dos recursos repetitivos.

A aplicação prática decorrente do caso estudado gera alguns questionamentos: Como o crédito tributário tratado no acórdão deve ser considerado? O crédito deve ser mantido até o trânsito em julgado, tendo em vista a natureza da decisão? Ou a ausência do efeito suspensivo torna o acórdão exigível? Qual é a eficácia do mesmo?

Com a indefinição há três hipóteses a serem consideradas:

A) A de que o acórdão **não produziria efeitos**, sendo o crédito exigível, impedindo a expedição de Certidão Positiva com efeitos de Negativa, incluindo o devedor no CADIN (Cadastro de Devedores Inadimplentes), impossibilitando-o de receber empréstimos de bancos públicos e de participar de licitações.

B) A de que o acórdão **suspenderia a exigibilidade do crédito tributário**, ensejando na suspensão da execução fiscal e na suspensão da prescrição do crédito tributário;

C) A de que o acórdão **extinguiria o crédito tributário**, por não existir efeito suspensivo legal nos recursos especial e/ou extraordinário, **pendendo uma condição resolutiva** na reforma ou cassação da decisão pelo STJ, Superior Tribunal de Justiça ou STF, Supremo Tribunal Federal, ressaltando o impedimento material advindo do art. 156, X do Código Tributário Nacional.

2. DA TUTELA CONSTITUTIVA NEGATIVA EM ACÓRDÃO

2.1. Da tutela constitutiva e do provimento mandamental produzindo efeitos antes do trânsito em julgado

Dentro dos **provimentos condenatórios**, direito a uma prestação, estão os casos dos **provimentos mandamentais**, em que há o momento declaratório, com o reconhecimento do direito e um momento sancionador, o que permite uma execução forçada. Existe uma condenação ordinária, mas em seu conteúdo há fator de comando ou mandamento. No ordenamento positivo são as decisões no mandado de segurança e **as condenações em obrigações de fazer ou não fazer**. **O comando permite que o juiz conceda medidas para proporcionar ao vencedor a efetiva satisfação de seu direito, conforme arts. 497 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor.**

As sanções são colocadas para forçar o cumprimento da ordem emanada, **cabendo a fixação de um resultado prático equivalente ao do cumprimento da medida**. Também pode haver um comando deconstitutivo juntamente com o

mandamental, o que é muito comum no direito tributário, com a busca da anulação de um lançamento efetuado por meio da ação de mandado de segurança, por exemplo. Assim como nas condenatórias cabe execução provisória da decisão, **ressaltando a força executória do comando emanado**, sendo os efeitos retroativos, *ex tunc*².

Os **provimentos constitutivos** buscam:

dar efetividade ao direito do autor à modificação de uma situação jurídica que ele não deseja e pretende eliminar. Ordinariamente é a ordem jurídica substancial que lhe confere o direito subjetivo a modificações dessa ordem, não a lei do processo³.

A alteração da situação jurídica pode ser criar uma relação nova, reconstituir a anterior, modificar a atual ou a extingui-la. Os direitos levados a juízo são potestativos. A decisão será constitutiva positiva, modificativa ou negativa. A eficácia da sentença constitutiva não retroage, sendo *ex nunc* como regra geral, salvo na anulação de atos jurídicos, art. 182 do Código Civil, assim como na anulação de negócios jurídicos de direito privado, atos administrativos ou do casamento, tendo eficácia retroativa, *ex tunc*. O **momento de vigor da decisão constitutiva é o trânsito em julgado**, quando ocorre a efetiva tutela jurisdicional. **Não há execução provisória, já que não cabe execução forçada, nem existem títulos executivos, já que os efeitos decorrem da decisão, modificando a situação jurídica**⁴.

Além da doutrina do professor Cândido Rangel Dinamarco, que coloca a necessidade do trânsito em julgado para poder se cumprir os provimentos constitutivos⁵, há a disposição tributária no art. 156, X do Código Tributário Nacional que determina a necessidade do trânsito em julgado para poder ser extinto o crédito tributário.

No ponto de **não existirem títulos executivos e não caber execução forçada há divergência doutrinária**, pois o art. 475-N, I do Código de Processo Civil de 1973 tinha sido alterado retirando do rol de títulos executivos judiciais a sentença condenatória para constar *“a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia.”* No mesmo sentido, ampliando para decisões, o artigo 515, I da Lei 13.105/2015, o Código de Processo Civil vigente. Assim sendo, **as sentenças constitutivas e declaratórias podem ter um efeito anexo de cunho condenatório. Com isto, da decisão pode emanar uma obrigação de fazer, como no caso estudado que é a emissão de**

² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, v. 3, 2017, p. 293-298.

³ *Ibidem*, p. 301.

⁴ *Ibidem*, p. 301-308.

⁵ *Ibidem*, p. 307-308.

certidão positiva com efeitos de negativa, ou de não fazer que é a ausência de cobrança do crédito desconstituído no acórdão não transitado, com características mandamentais, entre outras. O direito potestativo dispensa execução, mas a sua efetivação pode gerar o direito a uma prestação, assim sendo, pode haver uma obrigação decorrente de fazer, não fazer ou dar. A fim de satisfazer a prestação decorrente, efeito anexo, são necessários atos materiais executivos, gerando título executivo judicial decorrente da pretensão principal constitutiva, direito potestativo⁶⁷.

Ressalto a ressalva efetivada no rodapé da obra do Professor Cândido Rangel Dinamarco, item 4:

A existência de alguma norma explícita, autorizando a efetivação da sentença constitutiva antes do trânsito em julgado, fará exceção à regra, mas não a desmentirá. Mas só para os casos indicados. Também em casos não tipificados em lei, mas sempre marcados pela extrema excepcionalidade, ocorrendo grave urgência e sendo extremamente provável a existência do direito afirmado na sentença sob recurso, tem o juiz ou o relator deste o **poder de antecipar o momento da imperatividade das sentenças constitutivas (CPC, art. 300), mas os efeitos imediatos virão do ato antecipador e não da própria sentença⁸. (grifos nossos).**

No caso em análise não há esta antecipação de tutela ou liminar cautelar. Apenas existe um acórdão, em segundo grau, em demanda antiexaccional, deferindo a desconstituição do crédito tributário. Na análise da pretensa violação do direito subjetivo do contribuinte não importam outras tutelas que podem ser concedidas. O objeto de estudo é apenas a desconstituição do crédito tributário, determinando a sua extinção, cancelamento. Neste sentido esta tutela se enquadra no provimento desconstitutivo que decorre de um direito potestativo.

A tutela desconstitutiva não produz os seus efeitos antes do trânsito em julgado, mas os efeitos anexos de índole prestacional podem ser requeridos e deferidos em tutela antecipada, possibilitando execução provisória, ou medidas executivas de obrigação de fazer, não fazer ou dar.

⁶ DIDIER JR., Fredie *et al.* *Curso de direito processual civil*. Execução. 7. ed. Salvador. Editora JusPodivm, v. 5, 2017.

⁷ *Idem*, Sentença constitutiva e execução forçada. In: site www.frediedidier.com.br. Em artigos, nov. 2012. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/artigos/a-sentenca-constitutiva-e-execucao-forcada/>. Acesso em: 22/01/2016.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Volume III. 7. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, v. 3, 2017, p. 308.

A análise que o tema demanda é a desnecessidade do requerimento da tutela antecipada, tendo o acórdão não transitado, por não incidir efeito suspensivo, a força de produção dos efeitos anexos de forma imediata a fim de proteger a eficácia futura da decisão, trazendo resultados práticos equivalentes. Estes efeitos advindos do provimento podem ser interpretados como a existência de uma tutela de evidência implícita, ou como efeitos secundários de prestação negativa decorrentes do comando desconstitutivo não transitado, gerando obrigações de fazer e não fazer no caso específico, com carga mandamental.

2.2. Do estudo da antecipação da tutela desconstitutiva e exequoriedade, como compreensão dos efeitos secundários do acórdão não transitado

A tutela antecipada é associada às tutelas condenatória, executiva e mandamental. Em relação à tutela constitutiva e à declaratória há divergência doutrinária no cabimento da antecipação de tutela, havendo decisão pela possibilidade no STJ⁹. Antecipam-se os efeitos práticos que seriam gerados com a concessão definitiva da tutela pretendida pelo autor. Assim, serão antecipados os efeitos das tutelas no plano dos fatos. Há autores que afirmam que não se antecipam os efeitos principais da tutela, mas apenas seus efeitos secundários ou reflexos¹⁰.

Para Daniel Amorim Assumpção Neves na tutela condenatória o efeito principal é o executivo, que permite a prática de atos materiais de execução. É pacífico na doutrina que esse efeito executivo é objeto de antecipação. Independentemente da espécie de tutela é o efeito executivo o objeto de antecipação, tendo em vista a eficácia negativa da decisão. Dentro da ótica colocada, as tutelas declaratórias e constitutivas não dependem de efeito executivo, gerando certeza ou criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas, mas estas tutelas criam uma eficácia negativa impeditiva de prática de atos contrários ao declarado ou constituído. Esta eficácia negativa se satisfaz por execução, sendo esta o objeto de antecipação de tutela nos provimentos declaratórios e constitutivos, os efeitos práticos que advirão de decisão futura, caso as tutelas requeridas tenham êxito¹¹.

Parcela minoritária da doutrina defende a possibilidade de antecipar a declaração ou a constituição da nova situação jurídica, com o argumento de que o

⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, REsp 473.072/MG, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Brasília, j. 17.06.2003, DJ 25.08.2003, p.358, Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=473072&rb=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 08 jan. 2016.

¹⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador. Editora JusPodivm, v. único, 2017, p. 511 *apud* NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 525.

¹¹ NEVES, *Ibidem*, p. 511-514.

problema não é o cabimento, mas a viabilidade e a utilidade destas tutelas em face das situações concretas. Não admitem em ações de estado, permitindo para alugueis ou servidão de passagem e consideram a declaração, ainda que possível a antecipação, não geradora de utilidade para o autor¹².

Para Daniel Amorim Assumpção Neves, a constituição provisória de um direito é inconcebível e contraditória, assim como antecipar uma declaração. A abstenção de atos contra o direito constituído ou declarado é obtida por meios executivos, justificando a antecipação dos efeitos práticos que ditam regras de comportamento às partes em respeito ao que foi declarado ou constituído¹³.

Verifica-se na doutrina e jurisprudência que a antecipação de tutela, ou seja, a antecipação dos efeitos da decisão “final” possui força executiva, podendo ser exigida desde logo. Tal efeito é colocado pelo perigo da demora do provimento final e a demonstração do direito existente de forma superficial, ou pela tutela de evidência que já demonstra o direito por eventos decorrentes de lei, por presunção legal, ou por já haver a demonstração.

A antecipação de tutela pode ter caráter de urgência, conforme colocado, sancionatório, no caso do abuso do direito de defesa do réu, ou sendo de evidência, quando o direito colocado tiver uma prova robusta. A tutela de evidência é trazida na redação do Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, art. 311.

A tutela de evidência ocorre, em uma cognição não plena, em casos de provas robustas, pré-constituídas ou em casos já definidos pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Inconstitucionalidade, Súmulas dos Tribunais, entre outros. Dessa forma, verifica-se a probabilidade do direito da parte e dos genéricos prejuízos no aguardo do processo. Há desvinculação do *periculum in mora*¹⁴.

No caso de tutela de evidência a carga de certeza é forte, não se exigindo o requisito da urgência. Muitas vezes, apesar de ser concedida no decorrer do andamento processual antes do provimento final, a tutela de evidência já coloca no processo entendimento consolidado nos Tribunais Superiores. Esta análise deve ser repetida na sentença, observando-se a vinculação do julgamento aos temas repetitivos, assim como no acórdão.

No caso de existência de decisão em tutela provisória em contrapartida à decisão em sentença ou acórdão, há as seguintes ponderações. Caso seja concedida

¹² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador. Editora JusPodivm, v. único, 2017, p. 513 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 4. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, v. único, nº 2.6.3.4, 2000, p. 50 e CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 6. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, v. único, 2006, nº 34, p. 50.

¹³ *Ibidem*, p. 511-514.

¹⁴ SILVA, João Paulo Hecker da. *Processo Societário. Tutelas de urgência e da evidência*. Volume único. 1. ed. Brasília. Gazeta Jurídica, 2014, p. 159-177.

a tutela antecipada no agravo, com posterior sentença de improcedência do pedido, há dois elementos a serem considerados: a profundidade da cognição realizada na análise da sentença em relação ao agravo e a hierarquia das decisões, considerando-se o juiz monocrático e o tribunal.

No STJ, Superior Tribunal de Justiça, há decisão que defendeu a análise do caso concreto para a escolha entre a hierarquia e a cognição. No caso de sentença utilizando os mesmos elementos de fato e provas existentes na interposição do agravo, prevalece a hierarquia. Caso houver elementos novos, em relação ao agravo, prevalecerá o critério da cognição, tendo em vista a cognição mais ampla na sentença¹⁵.

Há posicionamento em que prevalece o critério da cognição, tendo eficácia a sentença sobre a antecipação de tutela concedida no tribunal, em agravo de instrumento^{16 17}.

A tutela antecipada contra a Fazenda Pública é cabível, não prevalecendo os argumentos de sua impossibilidade por necessidade do reexame necessário, já que o mesmo possui limitações e não existe contra decisões interlocutórias. Apesar de ser imprescindível o trânsito em julgado para expedição de precatório, redação dos parágrafos do art. 100 da Constituição Federal de 1988, ato final da obrigação de pagar, existem outras obrigações como fazer, não fazer, entregar coisa, as quais podem ser imputadas à Fazenda.

O raciocínio de que quando há proibição expressa é permitido o que não foi vetado pode ser utilizado no caso. Há vedação ao cabimento de “cautelares satisfativas”, art. 1º, § 3º da Lei nº 8.952/94, além das vedações constantes no art. 1º da Lei nº 9.494/97. Assim, há vedação de concessão da tutela antecipada nos casos em que a Lei expressamente diz, art. 2º-B da Lei nº 9.494/97 e outras. Se for concedida a antecipação de tutela contra a Fazenda, em desrespeito às vedações legais, é cabível o agravo de instrumento ou pedido de suspensão dos efeitos ao presidente do tribunal competente para o recurso, nos casos de risco de dano grave à ordem, à saúde, à segurança e às economias públicas ou em caso de flagrante ilegitimidade do provimento

¹⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 742.512/DF, 2ª Turma, rel. Min. Castro Moreira, Brasília, j. 11.10.2005, DJ 21.11.2005, p. 206, Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=742512&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 08 jan. 2016.

¹⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Rcl 1.444/MA, 1ª Seção, rel. Min. Eliana Calmon, Brasília, j. 23.11.2005, DJ 19.12.2005, p. 203, Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1444&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 08 jan. 2016.

¹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador. Editora JusPodivm, 2017, v. único, p. 534-536.

urgente ou de manifesto interesse público, art. 4º da Lei nº 8.437/92, além de reclamação constitucional¹⁸.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça segue no sentido da vedação da tutela antecipada contra o Estado apenas nas hipóteses trazidas em lei¹⁹. A constitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494/97 foi definida pelo STF, Supremo Tribunal Federal, no julgamento de ação direta de constitucionalidade²⁰. Sobre o tema há também a Súmula 729 do STF, Supremo Tribunal Federal: “A decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária”²¹.

Conforme exposto, a tutela antecipada pode ser concedida em qualquer grau em que o processo esteja, podendo gerar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, tanto no juiz singular quanto tribunais. No caso da tutela de urgência é necessária a demonstração do perigo de dano, além da probabilidade do direito.

Em relação à tutela sancionatória pelo abuso do direito, não há relação ao estudo efetivado.

Na tutela de evidência já há uma probabilidade de ganho de quem a obtém. No caso estudado, a procedência em um acórdão traz uma probabilidade grande de êxito, pois nos tribunais superiores somente serão examinadas questões de direito referentes à Lei ou à Constituição da República.

A semelhança dos efeitos e a relação de requisitos determinam a natureza jurídica dos efeitos secundários negativos do acórdão desconstitutivo não transitado em demanda antiexacional. **Para os efeitos decorrentes, anexos, secundários do acórdão não transitado, há a mesma forma de interpretação quanto para a antecipação de tutela.**

Em relação à tutela antecipada, há discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de concessão de ofício pelo Magistrado. O Código de Processo Civil não é expresso sobre isso. O grande problema consiste na responsabilidade

¹⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador. Editora JusPodivm, v. único, 2017, p. 538-540.

¹⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 335.820/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Brasília, Segunda Turma, julgado em 15/08/2013, DJe 16/09/2013, Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=335820&tb=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 09 jan. 2016.

²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADC 4, Relator(a): Min. Sydney Sanches, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Celso de Mello, Brasília, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2008, DJe-213 Divulg 29-10-2014 Public 30-10-2014 Ement Vol-02754-01 Pp-00001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284%2ENUME%2E+OU+4%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kd95tl9>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

²¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Súmula 729, Sessão Plenária, Brasília, julgado em 26/11/2003, DJ de 09/12/2003, p. 2; DJ de 10/12/2003, p. 2; DJ de 11/12/2003, p. 2. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2828729%2ENUME%2E%29%29+NAO+S%2EFLSV%2E&base=baseSumulas&url=http://tinyurl.com/jfnl2pc>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

objetiva advinda da reversão futura da medida, não podendo gerar um ônus a quem não pediu a antecipação. Em relação ao caso concreto em estudo não há este problema, primeiramente pela suspensão da exigibilidade do crédito tributário não gerar prejuízos à Fazenda Pública, pois não há prescrição.

Também por existirem medidas cautelares protetivas contra o desfazimento patrimonial. Há o dever de seguir os efeitos anexos da decisão com carga mandamental, de natureza prestacional, consistentes na obrigação de fazer e não fazer. Com isto as medidas podem ser tomadas de ofício pelo Magistrado, assim como devem ser cumpridas pela Fazenda Pública, como efeito decorrente da decisão desconstitutiva não transitada e sem efeito suspensivo concedido. Segue-se o artigo 497 e 536 do Código de Processo Civil.

2.3. Da ausência de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, permitindo a execução das decisões

No caso estudado não houve trânsito em julgado, estando pendente recurso especial e/ou extraordinário. Não há efeito suspensivo conferido.

O efeito suspensivo impossibilita que a decisão impugnada gere efeitos enquanto não for julgado o recurso interposto. A previsão legal do efeito suspensivo enseja na ineficácia da decisão e não o recurso em si. O estado de ineficácia do julgamento é prolongado até a decisão do recurso. Este efeito impede a execução provisória do julgado. Caso o recurso não tenha efeito suspensivo a decisão surge no mundo jurídico, imediatamente com a publicação, gerando efeitos. O efeito suspensivo pode advir da lei, *ope legis*, ou deferido no caso concreto pelo magistrado, *ope judicis*. O legislador deve indicar expressamente os recursos que possuem o efeito suspensivo²².

Os recursos incidentes sobre o caso analisado, recursos especial e extraordinário, não têm efeito suspensivo previsto em lei, não impedindo a execução da decisão, art. 995 do Código de Processo Civil. Este efeito pode ser conseguido por outros meios processuais, preenchendo-se requisitos, com concessão pelo magistrado, *ope judicis*.

²² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador. Editora JusPodivm, v. único, 2017, p. 1567-1572.

2.4. Dos efeitos anexos e secundários das decisões e sua exigibilidade em relação às tutelas desconstitutivas

As decisões de mérito possuem efeitos externos, independentemente do pedido. Estes efeitos são legais. Como exemplo para ações desconstitutivas há, no caso de anulação do casamento, o efeito secundário substancial de dissolver a comunhão de bens existentes entre o casal, advindo da imposição legal²³.

Os efeitos anexos ou secundários decorrem de previsão legal e não do conteúdo da decisão. A decisão é tratada como se fosse um fato jurídico, independentemente da vontade do julgador. O professor Fredie Didier Jr. coloca a possibilidade da execução das sentenças constitutivas. Ao analisar a questão ele menciona que o direito a uma prestação é um possível efeito anexo de uma sentença constitutiva, possibilitando a ação executiva, decorrendo dos efeitos principais da sentença, conforme já mencionado²⁴. Ele cita como exemplo a desconstituição do crédito tributário:

A decisão que **anula um auto de infração (inegavelmente constitutiva negativa) tem por efeito anexo o dever de a Administração Tributária não proceder à inscrição do respectivo tributo na dívida ativa. Se isso acontecer, haverá descumprimento de uma prestação negativa, que dará ensejo à instauração, com base na referida sentença, de atividade executiva. Seria possível defender a tese de que contra este ato administrativo caberia mandado de segurança. Sucede que não há necessidade nem utilidade no ajuizamento de uma ação de conhecimento para certificar um direito já existente e indiscutível pela coisa julgada material. O comportamento administrativo dá ensejo à execução, e não a nova atividade jurisdicional cognitiva²⁵. (grifos nossos).**

Seguindo-se os conceitos colocados, a decisão constitutiva negativa traz implicitamente a criação de uma eficácia negativa, que pode ser satisfeita por meio de atos executórios ou com concessão de antecipação dos efeitos executórios²⁶.

A eficácia negativa traz efetividade para as tutelas que dependem do trânsito em julgado para cumprimento, as constitutivas e as declaratórias. Esta efetividade gera direito a uma prestação, sendo cabível execução provisória nos casos específicos, sujeitando-se à eventual responsabilidade objetiva decorrente dos prejuízos, caso

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Volume III. 7. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 302-303.

²⁴ DIDIER JR., Fredie. *Sentença constitutiva e execução forçada*. In: site www.frediedidier.com.br. Em artigos, nov. 2012. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/a-sentenca-constitutiva-e-execucao-forcada/>>. Acesso em: 22/01/2016.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador. Editora JusPodivm, v. único, 2017, p. 511-514.

haja execução de tutela revertida posteriormente. A obrigação geralmente será de fazer ou não fazer, mas pode se verificar obrigação de dar ou pagar.

Ressalto que no trecho transcrito do Professor Fredie Didier Jr., há a menção expressa que o direito potestativo em tutela constitutiva já está indiscutível pela coisa julgada material, portanto, não houve a análise de sua execução provisória, decorrente dos efeitos anexos implícitos na decisão por expressa disposição legal. Daniel Amorim Assumpção Neves coloca a antecipação dos efeitos práticos executórios do provimento, por meio de tutela antecipada ou cautelar, tendo em vista a eficácia negativa da decisão desconstitutiva²⁷.

Estes efeitos anexos ou secundários, advindos da decisão judicial, podem ter a natureza de antecipação de tutela ou de medida cautelar, dependendo do objetivo de satisfazer antecipadamente ou assegurar o resultado prático da decisão, quando advindos de decisão não transitada em julgado, sem incidência de efeito suspensivo.

No objeto de estudo, a tutela desconstitutiva não teve a eficácia secundária obstada pelo efeito suspensivo dos recursos interpostos. A norma específica e concreta, o acórdão, já produziu efeitos negativos. Estes efeitos são os decorrentes da desconstituição da relação tributária, ou seja, não seguir com atos executivos, não inscrever em cadastro de inadimplência, ou conceder certidão positiva com efeito de negativa, em suma, são os efeitos existentes da ausência do crédito a ser cobrado. As obrigações decorrentes do comando judicial são de fazer e não fazer.

2.5. Da execução provisória do acórdão desconstutivo não transitado

Em regra a possibilidade da execução provisória surge com a ausência do efeito suspensivo dos recursos contra a decisão proferida. Há a previsão da necessidade do trânsito em julgado para os efeitos constitutivos e declaratórios serem impositivos, não havendo necessidade de execução para os mesmos, em relação às tutelas constitutivas e declaratórias, art. 501 do Código de Processo Civil.

Não há previsão expressa de que o acórdão desconstutivo não transitado, tendo em vista a ausência do efeito suspensivo, já poderia gerar executabilidade das prestações correlatas à manutenção da efetividade da decisão, sendo possível a execução dos efeitos negativos gerados pela decisão, de forma provisória.

Os efeitos negativos decorrentes da decisão são verificados, tendo em vista a sua natureza prestacional, diferentemente da tutela principal desconstitutiva. Os mesmos não são impedidos de produzir efeitos, pela ausência do efeito suspensivo. A sua exigibilidade pode ser efetivada por meio de execução provisória.

Fábio Victor da Fonte Monnerat defende a possibilidade da execução provisória das tutelas constitutiva e declaratória, pendendo recurso sem efeito suspensivo:

²⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador. Editora JusPodivm, v. único, 2017, p. 511-514.

Mas o ponto a ser esclarecido é outro. **Podem as sentenças declaratórias e constitutivas produzirem efeitos antes do trânsito em julgado da decisão?**

A resposta há de ser positiva, sempre que o recurso contra a decisão seja desprovido de efeito devolutivo (sic). **É nesse sentido que a admissibilidade de execução provisória deve ser entendida, ou seja, a admissibilidade de implementação do comando constitutivo ou declaratório, a produção de seus efeitos, não está condicionada ao trânsito em julgado da decisão.**

A respeito da **sentença declaratória**, Paulo Henrique dos Santos Lucon assevera que “**é possível a antecipação de alguns efeitos práticos da declaração pretendida, mas que normalmente só seriam obtidos com o trânsito em julgado da sentença de mérito**”. O autor, entretanto, procura deixar claro que a antecipação do efeito principal da sentença declaratória, ou seja, a certeza inequívoca decorrente da declaração, depende do trânsito em julgado da sentença de mérito.

No que tange à tutela constitutiva o citado processualista também deixa claro que “**nada impede que alguns efeitos do direito que nascerá com o provimento jurisdicional definitivo sejam antecipados**”.

Em caso de procedência do recurso interposto contra a sentença constitutiva ou declaratória se impõe a sistemática do art. 475-O do CPC, ou seja, responsabilidade objetiva do exequente, e dever de restituição das partes ao estado anterior. Caso o ato extraprocessual seja suscetível de causar grave dano ao executado, sua prática deve ser precedida de caução a teor do art. 475-O, III, do CPC²⁸. **(grifos nossos)** (CPC de 1973).

A Ministra Nancy Andrigli, no Superior Tribunal de Justiça, decidiu monocraticamente pela possibilidade da execução provisória dos efeitos práticos da decisão deconstitutiva não transitada, tendo em vista os argumentos colocados, seguindo a fundamentação:

(...)

Finalmente, quanto ao argumento de que a hipótese dos autos “é daquelas em que a execução somente pode se dar quando definitiva, ou seja, quando não houver mais recurso pendente de julgamento” (fls. 4), porquanto a decisão recorrida é de natureza constitutiva, trata-se de questão que pode ser superada mediante a constatação de que o que é produzido antecipada-

²⁸ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Influência dos efeitos dos recursos no cabimento e desenvolvimento da execução provisória. In: Revista dos Tribunais. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 165, p. 75-102, nov. 2008, DTR\2008\676, Disponível em: <RT online>. Acesso em: 22.06.2015.

mente não é o próprio efeito constitutivo do acórdão, mas efeitos práticos equivalentes. Vale dizer, mesmo que se reconheça que a rescisão da cessão de quotas, com o respectivo registro na JUCERJ, somente possa ocorrer após o trânsito em julgado do acórdão, o juízo pode conceder ao requerente uma medida que lhe confira, na prática, um resultado equivalente ao que será produzido com o trânsito em julgado da decisão. Nesse sentido, confira-se o ensinamento de Paulo Henrique dos Santos Lucon (*Eficácia das Decisões e Execução Provisória*, Editora Revista dos Tribunais, 2000, pág. 375 a 377):

“Não havendo expressa previsão em sentido contrário (v. supra, nº 100), efeitos constitutivos podem ser produzidos antes do trânsito em julgado da decisão; sendo assim, nada impede que regras venham a dispor sobre a constituição de direitos de forma provisória, por meio de decisão interlocutória ou sentença apelada.

(...)

Outro exemplo, que se diferencia dos demais, em que **há uma antecipação de resultados práticos com a executoriedade da sentença constitutiva: numa demanda de anulação de decisão assemblear, podem ser antecipados efeitos práticos ou secundários da tutela constitutiva negativa, como a impossibilidade de a nova diretoria, eleita naquela assembleia, tomar posse. Tal efeito reflete o interesse maior do demandante, ou seja, mais importante que anular a decisão assemblear, é impedir a posse da nova diretoria. Neste caso, verifica-se a antecipação, mediante execução provisória, de efeitos práticos e secundários, assim denominados por serem consequentes e acessórios aos efeitos principais”**

(...)²⁹(grifos nossos).

O procedimento da execução provisória vai depender de qual obrigação é retirada do comando judicial proferido, prestação de fazer, não fazer, dar ou pagar.

Em relação às prestações de fazer e não fazer, tendo em vista o caráter mandamental, quando oriundas do acórdão, não existindo efeito suspensivo, devem ser obedecidas pela Fazenda Pública. O comando negativo advindo da decisão que desconstituiu a relação tributária, extinguindo o crédito tributário, é de que a Fazenda não realize atos de cobrança deste crédito. Com isto a Fazenda não poderia seguir na execução cobrando o crédito ou não poderia ajuizá-lo se lançado. O problema prático que esta questão traz é não enquadrar a hipótese em uma das causas de suspensão da

²⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, ATDESP na MC 010144, Relatora : Ministra Nancy Andrighi, Brasília, j. 20.06.2005, DJ 24.06.2005, p. 203, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=%22execu%E7%E3o+provis%F3ria%22+e+%22tutela+constitutiva%22&rb=DTXT&th esaurus=JURIDICO#DOC1>>. Acesso em: 30 jan. 2016.

exigibilidade do crédito tributário, assim sendo, poderia ser consumada uma prescrição futura.

A execução provisória gera responsabilidade objetiva para o exequente, caso a decisão executada seja revertida³⁰.

É cabível a execução provisória contra a Fazenda Pública de obrigações de fazer e não fazer, não existindo recurso interposto com efeito suspensivo, sendo utilizadas as medidas de apoio dos artigos 497, 536, §1º e 537 do Código de Processo Civil^{31 32}.

Assim sendo, por serem efeitos secundários, anexos, advindos de uma prestação negativa à tutela desconstitutiva podem ser objeto de execução provisória, obtendo-se o resultado prático equivalente da decisão. Tendo o comando carga mandamental, como no caso de não fazer e fazer, a decisão deve ser seguida nos efeitos práticos, não havendo confusão com a decisão final desconstitutiva. Caso descumprido o mandamento é cabível a execução provisória.

A execução provisória é possível no caso de alguma obrigação de fazer ou não fazer não cumprida espontaneamente, procurando-se a executoriedade e eficácia dos comandos mandamentais decorrentes da obrigação desconstitutiva.

3. Das hipóteses de suspensão de exigibilidade do crédito tributário, sua taxatividade e verificação do enquadramento do acórdão de procedência não transitado em julgado em demanda antiexaccional

O grande problema prático da hipótese de trabalho apresentada são os efeitos anexos decorrentes da decisão desconstitutiva da segunda instância pendente de recursos, verificando-se o enquadramento nas hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. As hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário são elencadas no art. 151 do Código Tributário Nacional, não existindo previsão desta causa.

Como causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário há a moratória no inciso I; o depósito do montante integral no II; as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo no III; a concessão de **medida liminar em mandado de segurança** no IV; a concessão de **medida liminar** ou de **tutela antecipada em outras espécies de ação judicial**, no inciso

³⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador. Editora JusPodivm, v. único, 2017, p. 1178-1179.

³¹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. Volume único. 14. ed. São Paulo. Editora Forense, 2017, p. 306-313, 327-329 e 337-343.

³² NEVES, *Op. cit.*, p. 1182-1183.

V, incluído pela LC, Lei complementar nº 104/2001; e o parcelamento, incluído no inciso VI, também pela LC, Lei complementar 104/2001.

Verifica-se, no rol das hipóteses elencadas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, que somente os incisos III, IV e V são de natureza processual com reflexos no direito material, no presente caso, o tributário. No inciso III se encontram os atos de impugnação dentro do processo administrativo tributário, o que não interessa no presente trabalho. Em relação aos incisos IV e V há a previsão de liminares e tutela antecipada em qualquer ação judicial, inclusão legislativa posterior, e no mandado de segurança.

Os efeitos das liminares e tutelas antecipadas são imediatos e inerentes às medidas, havendo urgência, ou de forma sancionatória, ou pela evidência do direito. Com isto, já são observados os efeitos práticos dos pedidos, gerando alteração legislativa histórica, incluindo-os nas hipóteses de suspensão de exigibilidade do crédito tributário. Como consequência é retirado o requisito da exigibilidade do título executivo: certidão da dívida ativa, dentro dos elementos certeza, liquidez e exigibilidade, ou do crédito tributário antes da inscrição em dívida ativa.

No caso da não ocorrência do lançamento tributário, havendo mandado de segurança preventivo, ainda não há a constituição do crédito tributário, assim, a jurisprudência tem colocado que é possível a realização do lançamento, já que a liminar impede a exigibilidade do crédito e não a possibilidade de constituí-lo. Após a constituição não há prazo de pagamento, nem imposição de penalidade, multa moratória, devendo constar, após o lançamento, a suspensão por medida judicial.

No Código Tributário Nacional não há diferenciação entre impedir a exigibilidade ou suspendê-la, com a previsão no art. 151 do Código Tributário Nacional, já que somente se suspende o que já estava constituído e em andamento. A hipótese da impugnação administrativa se verifica após o lançamento, pois só se impugna em processo administrativo tributário. O parcelamento é feito de crédito já lançado ou cujo lançamento se operou pela declaração de parcelar.

O contribuinte pode confessar débitos ainda não lançados com a finalidade de parcelar, neste caso a sua confissão acarreta na constituição do crédito tributário, segundo a Súmula 436 do STJ³³. A confissão acarreta no lançamento, assim sendo, o parcelamento ocorrerá em relação a débitos constituídos definitivamente.

Caso a ação tenha sido ajuizada antes da ocorrência do fato gerador ou do lançamento tributário, buscando-se uma tutela declaratória negativa, a autoridade fiscal deverá lançar o tributo, constituindo o mesmo, para posteriormente suspender

³³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Súmula 436, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/04/2010, DJe 13/05/2010, Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC1> >. Acesso em: 09 out. 2017.

a exigibilidade do crédito tributário, impedindo-se a decadência, conforme parte da doutrina e posição do Superior Tribunal de Justiça.³⁴³⁵

A obrigação tributária, geradora do crédito tributário, não pode ser exigida do contribuinte, ou responsável, dependendo do caso, até a definição da lisura de sua constituição, para prosseguir no procedimento de sua finalização e cobrança.

Em relação ao rol previsto no art. 151 do CTN, Código Tributário Nacional, hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o STJ, Superior Tribunal de Justiça, definiu, em julgamento de recurso repetitivo, que a interpretação deve ser literal, nos termos do art. 111 do CTN, Código Tributário Nacional, e que o mesmo é taxativo, apesar de haver doutrina que divirja:

Ementa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. CAUÇÃO E EXPEDIÇÃO DA CPD-EN. POSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ART. 151 DO CTN. INEXISTÊNCIA DE EQUIPARAÇÃO DA FIANÇA BANCÁRIA AO DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL DO TRIBUTO DEVIDO PARA FINS DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. SÚMULA 112/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC, NÃO CONFIGURADA. MULTA. ART. 538 DO CPC. EXCLUSÃO.

1. A fiança bancária não é equiparável ao depósito integral do débito exequendo para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, **ante a taxatividade do art. 151 do CTN e o teor do Enunciado Sumular nº 112 desta Corte, cujos precedentes são de clareza hialina:**

(...)

3. Deveras, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (que implica óbice à prática de quaisquer atos executivos) encontra-se **taxativamente prevista no art. 151 do CTN, sendo certo que a prestação de caução, mediante o oferecimento de fiança bancária, ainda que no montante integral do valor devido, não ostenta o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário, mas apenas de garantir o débito exequendo, em equiparação ou antecipação à penhora, com o escopo precípua de viabilizar a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa e a oposição de embargos.**

³⁴ ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário*. 11. ed. Salvador. Editora JusPodivm, v. único, 2017, p. 465-468.

³⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1259346/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Brasília, Segunda Turma, julgado em 06/12/2011, DJe 13/12/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1259346&rb=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 10 jan. 2016.

(...)

12. Recurso especial parcialmente provido, apenas para afastar a multa imposta com base no art. 538, parágrafo único do CPC. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008³⁶. **(grifos nossos)**.

Independentemente de divergências doutrinárias sobre a taxatividade do rol do art. 151 do CTN, Código Tributário Nacional, o STJ, Superior Tribunal de Justiça, definiu o tema na égide dos recursos repetitivos. Ressalto que o julgamento, colacionado e grifado, examinou a possibilidade da fiança bancária se equiparar ao depósito em dinheiro do montante integral, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

O pedido na liminar antecipatória efetivado era de suspensão da exigibilidade dos créditos tributários, cobrados nos respectivos processos administrativos, tendo em vista ação ordinária ajuizada, caso assim não se entendesse, pela possibilidade de apresentação de carta fiança bancária para a efetivação da suspensão de exigibilidade requerida.

Ao analisar esta hipótese foi proferida a fundamentação principal do julgado, no sentido de que as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, constantes no art. 151 do Código Tributário Nacional, são taxativas e devem ser interpretadas de forma literal, não podendo ser incluída a fiança bancária no rol constante no referido artigo.

A norma concreta, individual, do caso foi de indeferimento da suspensão da exigibilidade do crédito. A norma geral trazida pela *ratio decidendi* da decisão, ou seja, a fundamentação essencial sem a qual o julgamento não teria sido proferido na forma em que foi, conforme já colocado, consiste no fundamento da taxatividade do rol do art. 151 do Código Tributário Nacional. A análise colocada não foi feita como *obiter dictum*, pois não foi examinada tangenciando a questão, não sendo um mero exame de passagem para se chegar ao julgamento final³⁷, mas como fundamento basilar da decisão, imprescindível para a resolução da controvérsia.

Conforme colocado, o julgamento foi proferido na égide dos recursos repetitivos, assim sendo aplicou-se o art. 1.036 do Código de Processo Civil. No

³⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1156668/DF Recurso Especial 2009/0175394-1, Rel. Ministro Luiz Fux, Brasília, Primeira Seção, j. 24/11/2010, DJe 10/12/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&trprocesso=1156668&tb=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 09 jan. 2016.

³⁷ LOURENÇO Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do Novo CPC. *Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil*, v. 1, nº 6, dez. 2011. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&trct=j&src=s&source=web&cd=4&ved=0ahUKEwjMm7TPl8HKAhWCPD4KHaedAkEQFggxMAM&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdownload%2Findex%2Fid%2F11458380&usq=AFQjCNGs6Rp48YEm8HYJWREd2gj0hJwdvQ>>. Acesso em: 23 jan. 2016, p. 10.

Julgamento foi reconhecida a existência de multiplicidade de recursos com fundamentos em idêntica questão de direito. Verificando-se que o Superior Tribunal de Justiça possui a competência do exercício da última análise dos dispositivos legais, infraconstitucionais, com a solução decidida no bojo de um recurso afetado como repetitivo, há o estabelecimento de um precedente jurisprudencial a ser seguido, salvo se existir superação por *overruling*, não sendo o caso. Na prática há a independência funcional dos magistrados, mas o Superior Tribunal de Justiça é o órgão competente para pacificar a jurisprudência infraconstitucional.

No julgamento do referido recurso repetitivo a Ministra Eliana Calmon, que foi o voto vencido, não afirmou ser aberto o tipo do art. 151 do CTN, Código Tributário Nacional, mas afastou a interpretação literal, não aplicando o art. 111 do CTN, Código Tributário Nacional, de modo a equiparar ao depósito integral em dinheiro o oferecimento de fiança bancária, com o objetivo de suspender a exigibilidade do crédito tributário:

(VOTO VENCIDO) (MIN. ELIANA CALMON):

Ocorre a suspensão da exigibilidade do crédito tributário na hipótese em que o sujeito passivo oferece fiança bancária como caução do crédito tributário nos autos de medida cautelar preparatória de ação anulatória, porque há identidade entre a fiança bancária e o depósito integral do montante em decorrência da liquidez e certeza da fiança bancária, **descabendo a interpretação literal do artigo 151, inciso II, do CTN na medida em que a exigência de que o depósito seja exclusivamente em dinheiro tem por consequência a descaracterização da finalidade da fiança bancária, que é assegurar o crédito tributário³⁸. (grifos nossos).**

A Súmula 112 do STJ, Superior Tribunal de Justiça, dispõe: “*o depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro*”³⁹. Com isso, há a disposição dos requisitos do depósito para suspender a exigibilidade, sendo integral e em dinheiro.

O STJ, Superior Tribunal de Justiça, proferiu julgamentos mais permissivos e elásticos ao examinar o art. 151, III do CTN, Código Tributário Nacional, mas argumentando que o fundamento é a necessidade da certeza (existência) e exigibilidade do crédito cobrado, assim como a interpretação da impugnação administrativa do

³⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1156668/DF Recurso Especial 2009/0175394-1, Rel. Ministro Luiz Fux, Brasília, Primeira Seção, j. 24/11/2010, DJe 10/12/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1156668&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 09 jan. 2016.

³⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Súmula 112, Primeira Seção, Brasília, julgado em 25/10/1994, DJ 03/11/1994, p. 29768 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

contribuinte em sua exatidão, mas sem deixar de ressaltar a taxatividade do art. 151 do CTN, Código Tributário Nacional, assim como vedando interpretação extensiva ou ampliada do dispositivo⁴⁰.

No mesmo sentido e ampliando para qualquer impugnação, em processo administrativo, do crédito pelo contribuinte, por ausência de certeza (existência) e exigibilidade do mesmo, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.149.115/PR⁴¹, Recurso Especial nº 1.143.083/SP⁴² e Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 850.332/SP⁴³. Com isto houve alargamento da previsão expressa legal para outras hipóteses, dentro do conceito de reclamações e recursos no processo tributário administrativo.

Seguindo-se a posição do STJ, Superior Tribunal de Justiça, com repetição na maioria da doutrina, as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário são taxativas, interpretando-as de forma literal.

Verifica-se, em relação às hipóteses relacionadas às impugnações administrativas, que qualquer impugnação gera a incerteza e interfere na exigibilidade, sendo causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, sem haver ampliação das hipóteses do artigo, pela jurisprudência citada do Superior Tribunal de Justiça.

Dessa forma, a hipótese examinada, onde não há liminar ou antecipação de tutela, em um procedimento ordinário, com decisão em segunda instância não transitada em julgado, sem a concessão de efeito suspensivo aos recursos, desconstituindo-se o crédito tributário, pode ser enquadrada na hipótese de tutela antecipada em ação ordinária, já que há um comando advindo da tutela negativa inerente ao julgado que gera este efeito.

Não conferindo a esta hipótese a possibilidade de suspender a exigibilidade do crédito tributário, retira-se do provimento não transitado de procedência a capacidade de produção de efeitos, não sendo necessária a busca do efeito suspensivo aos recursos

⁴⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1126548/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Brasília, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1126548&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 10 jan. 2016.

⁴¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1149115/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, Brasília, julgado em 23/03/2010, DJe 15/04/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1149115&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 10 jan. 2016.

⁴² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1143083/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Brasília, Segunda Turma, julgado em 03/12/2009, DJe 15/12/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1143083&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 10 jan. 2016.

⁴³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, EREsp 850.332/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Brasília, Primeira Seção, julgado em 28/05/2008, DJe 12/08/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=850332&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 10 jan. 2016.

especial e extraordinário pela Fazenda Pública. O efeito suspensivo da exigibilidade do crédito, como repercussão no direito material tributário da decisão processual, traria executoriedade aos efeitos anexos do julgado como consequência imediata.

Analogicamente ao decidido em relação às impugnações administrativas, incluindo-se o pedido de compensação, à previsão das tutelas antecipadas, dentro das causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, deve ser incluído o provimento não transitado, quando não existe efeito suspensivo vigente, tendo em vista o efeito prestacional negativo inerente à decisão, evitando-se negativa de eficácia a uma ordem judicial sem suspensão de efeitos, seguindo-se a certeza e a exigibilidade que o título deve possuir.

Com isto, não há prejuízos ao contribuinte, nem à Fazenda Pública, ao se aguardar a busca do efeito suspensivo no tribunal, ou apenas o trânsito em julgado da decisão para a produção dos efeitos desconstitutivos. Enquanto isso, há hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário inclusa no rol já existente.

Assim como a interpretação jurisprudencial citada apenas demonstrou o real sentido das impugnações administrativas, com esta interpretação busca-se o real sentido da tutela antecipatória em procedimentos ordinários, mesmo porque **a natureza jurídica destes efeitos prestacionais negativos secundários**, geradores de obrigação de fazer e não fazer, **é de índole antecipatória em sua essência**, já que o provimento principal é o desconstitutivo e somente pode ser alcançado com o trânsito em julgado.

4. DAS CONSEQUÊNCIAS RELATIVAS À PRESCRIÇÃO

As hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário são colocadas como causas de suspensão do prazo prescricional pela jurisprudência⁴⁴ e doutrina⁴⁵, não havendo regra expressa legal.

Não há hipótese expressa de interrupção ou de suspensão da prescrição, existindo causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, havendo divergência do enquadramento na suspensão da prescrição. A jurisprudência do STJ, Superior Tribunal de Justiça, tem posicionado no sentido de que a suspensão da exigibilidade

⁴⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 257.540/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Brasília, Segunda Turma, julgado em 17/09/2015, DJe 09/11/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=257540&tb=A COR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 16 jan. 2016.

⁴⁵ ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário*. 11. ed. Salvador. Editora JusPodivm, v. único, 2017, p. 554-558.

do crédito tributário gera, como consequência, a suspensão do prazo prescricional, prevalecendo este entendimento⁴⁶⁴⁷.

A suspensão do prazo prescricional é colocada por Ricardo Alexandre dentro das causas: “*demais atos e fatos não imputáveis ao exequente que ensejem a suspensão da própria pretensão executiva*”:

Por fim, há de se recordar que é da natureza da prescrição prejudicar aqueles que se quedam inertes e não tomam as providências para o exercício de seus direitos, não sendo razoáveis interpretações que reconheçam a prescrição quando a paralisação de um processo de execução decorre de determinação da própria autoridade judicial (perante a qual tramita uma ação anulatória, por exemplo) ou de ato do executado (interposição de embargos, por exemplo). Assim, pode-se afirmar genericamente que **suspendem a prescrição no curso do processo de execução** (daí a terminologia “prescrição intercorrente”) **os atos e fatos não imputáveis ao exequente que ensejem a suspensão da própria pretensão executiva**⁴⁸. (grifos nossos).

Atribuindo-se o efeito suspensivo da exigibilidade aos efeitos secundários do acórdão analisado de forma imediata, a cobrança é impedida, devendo ser concedido o efeito suspensivo à prescrição, não devendo correr também a prescrição intercorrente, já que a execução fiscal é suspensa.

A hipótese de liminar ou antecipação de tutela em outras espécies de ações que não mandamentais não constava no rol das causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário antes da inclusão pela Lei complementar nº 104/2001.

Antes havia divergência doutrinária se a liminar e a antecipação de tutela, em ações outras que não o mandado de segurança, seriam hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Segundo Eduardo Arruda Alvim, em obra lançada em 1998, antes da alteração legislativa, a medida cautelar, assim como a tutela antecipada, não tinham o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, tendo em vista a taxatividade do art. 151 do Código Tributário Nacional, assim como a especialidade do artigo citado em relação às normas do Código de Processo Civil de 1973, arts.

⁴⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1520098/PE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Brasília, Segunda Turma, julgado em 05/11/2015, DJe 19/11/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1520098&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 16 jan. 2016.

⁴⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 257.540/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Brasília, Segunda Turma, julgado em 17/09/2015, DJe 09/11/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=257540&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 16 jan. 2016.

⁴⁸ ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário. 11. ed. Salvador. Editora JusPodivm, v. único, 2017, p. 557-558.

798 e 273. Em sequência argumentava que a fiança bancária poderia levar à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, com a fundamentação da idoneidade do instituto, entre outros argumentos⁴⁹.

Conforme já visto, a medida cautelar e antecipação de tutela entraram no rol de suspensão da exigibilidade do crédito tributário do art. 151 do Código Tributário Nacional, por alteração legislativa, e a fiança bancária foi definida, pelo Superior Tribunal de Justiça, como instituto fora do rol de suspensão, conforme decisão no recurso repetitivo estudado.

Segundo James J. Marins de Souza, em artigo publicado em 1998, antes da alteração do art. 151 do Código Tributário Nacional, as medidas cautelares e antecipação de tutela já teriam o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, pois foram criadas posteriormente ao rol da suspensão de exigibilidade do crédito tributário à época. Não poderia cercear o poder de cautela do magistrado, entre outros argumentos⁵⁰.

Examinando as posições colocadas, verifica-se a divergência doutrinária sobre a hipótese de suspensão de exigibilidade do crédito tributário à época. Houve alteração posterior do Código Tributário Nacional, incluindo a hipótese da medida cautelar e antecipação de tutela em qualquer ação, ressaltando que o artigo 151, V do Código Tributário Nacional cita medida liminar e não cautelar de forma atécnica.

Seria melhor se a hipótese estudada fosse incluída, por meio de Lei complementar, no artigo 151 do Código Tributário Nacional, evitando-se possíveis interpretações divergentes sobre a prescrição do crédito tributário, como o exemplo histórico mencionado.

Ao analisar as causas de extinção do crédito tributário verifica-se que a decadência não ocorre, pois a declaratória negativa não impede o lançamento. No caso de invalidação do lançamento a decadência e prescrição são interrompidas.

5. DA SUSPENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO COMO EFEITO SECUNDÁRIO/ANEXO DO ACÓRDÃO, NÃO TRANSITADO EM JULGADO, DE PROCEDÊNCIA DA AÇÃO ANULATÓRIA

Os efeitos secundários da decisão, não estando suspensos, trazem obrigações de fazer e não fazer. Observando-se a eficácia executiva das prestações negativas, as

⁴⁹ ALVIM, Eduardo Pellegrini Arruda. *Mandado de segurança no direito tributário*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 239-244.

⁵⁰ SOUZA, James J. Marins de. Anotações sobre o cabimento da antecipação da tutela em matéria tributária. *In: Revista dos Tribunais. Revista de Processo*. São Paulo, v. 91, p. 120-132, jul. set. 1998, DTR\1998\597. Disponível em: <RT online>. Acesso em: 22 jun. 2015.

obrigações de fazer e não fazer são colocadas para se respeitar a decisão proferida. Estas obrigações são mandamentais e devem ser seguidas pela administração.

No caso específico, não continuar com a cobrança do crédito, não impedir a participação em licitações, não impossibilitar o empréstimo de bancos públicos, expedir certidão positiva com força de negativa, são atos antecipatórios, preservando a decisão proferida, não lhe dando eficácia imediata desconstitutiva que seria a extinção do crédito. Antecipam-se os efeitos práticos da decisão, pois o acórdão produz efeitos, ainda que anexos, secundários. Com isto, a natureza da suspensão da exigibilidade é antecipação de tutela, assim sendo, há o enquadramento na hipótese do art. 151, V do Código Tributário Nacional.

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário traz os mesmos efeitos práticos da extinção e deve ser observada como efeito da decisão estudada, já que a tutela deferida, desconstitutiva, somente será concretizada com a ocorrência do trânsito em julgado, conforme já colocado.

No caso, há mais do que uma probabilidade do direito, já havendo exame dos fatos e direito, com contraditório e ampla defesa, no primeiro e segundo grau de jurisdição. O perigo de dano está no prejuízo que as medidas de cobrança e negativação causam aos contribuintes que têm uma decisão judicial no tribunal, sem pender efeito suspensivo contra a sua eficácia.

Na prática a ocorrência depende de fatores, pois geralmente há outras hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário incidentes no caso, como a existência de depósito integral ou concessão expressa de antecipação de tutela ou medida cautelar. Quando chega à análise dos órgãos de atuação judicial tributários, ou a suspensão de exigibilidade do crédito é averbada, por não ser possível a extinção com condição resolutiva, ou há o indeferimento, cabendo ao contribuinte conseguir uma ordem judicial, cautelar ou antecipação de tutela de forma expressa.

O melhor seria a alteração da legislação pertinente acrescentando esta hipótese, por meio de Lei complementar, como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário de forma expressa, sem necessidade de uma interpretação na busca da real literalidade do dispositivo, já que a inclusão do caso trabalhado vai ao encontro da busca da certeza e exigibilidade do crédito, além de não ferir o sistema processual tributário, pois o acórdão de procedência, não transitado, em demanda antiexacional, não possui efeito suspensivo pelos recursos interpostos, assim sendo, deve produzir a eficácia advinda do comando judicial, no caso, os efeitos prestacionais secundários, anexos, mandamentais referentes às obrigações de fazer e não fazer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário*. 11. ed. Salvador. Editora JusPodivm, v. único, 2017.

ALVIM, Eduardo Pellegrini Arruda. *Mandado de segurança no direito tributário*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1998.

CAIS, Cleide Previtalli. *O Processo tributário*. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. único, 2009.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 15. ed. São Paulo. Editora Forense, v. único, 2016.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Liminares e depósitos antes do lançamento por homologação – decadência e prescrição*. Volume Único. 1. ed. São Paulo. Editora Dialética, 2000.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. Volume único. 14. ed. São Paulo. Editora Forense, 2017.

DIDIER JR., Fredie *et al.* *Curso de direito processual civil*. Execução. 7. ed. Salvador. JusPodivm, v. 5, 2017.

DIDIER JR., Fredie; *Sentença constitutiva e execução forçada*. In: site www.frediedidier.com.br. Em artigos, nov. 2012. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/artigos/a-sentenca-constitutiva-e-execucaao-forcada/>. Acesso em: 22 jan. 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, v. 3, 2017.

HAYASHI, Marisa Regina Maiochi. *Processo tributário cível. O sistema processual brasileiro é carente de uma sistematização legal para a disciplina judicial das lides tributárias*. Migalhas, out. 2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI165588,-11049-Processo+tributario+civil>. Acesso em: 25 jan. 2016.

LOURENÇO Haroldo. Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. *Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil*, v. 1, nº 6, dez. 2011. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&resrc=s&source=web&cd=4&ved=0ahUKEwjMm7Tpl8HKAhWCPD4KHaedAkEQFg-gxMAM&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdownload%2Findex%2Fi>

d%2F11458380&rusg=AFQjCNGs6Rp48YEm8HYJWREd2gJ0hJwdvQ>. Acesso em: 23 jan. 2016.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Influência dos efeitos dos recursos no cabimento e desenvolvimento da execução provisória. In: *Revista dos Tribunais. Revista de Processo*. São Paulo, v. 165, p. 75-102, Nov. 2008, DTR\2008\676, Disponível em:< RT online>. Acesso em: 22 jun. 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Volume único. 9. ed. Salvador. Editora JusPodivm, 2017.

ROCHA, Valdir de Oliveira. Decisões judiciais e tributação. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). *Direito Tributário artigos selecionados em homenagem aos 40 anos do Centro de Extensão Universitária*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Instituto Internacional de Ciências Sociais, v. 1, 2012.

SILVA, João Paulo Hecker da. *Processo societário. Tutelas de urgência e da evidência*. Volume único. 1. ed. Brasília. Gazeta Jurídica, 2014.

SILVA, Vlândia Pompeu. O lançamento tributário e a interferência judicial. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 187, p. 112-118, abril, 2011.

SOUZA, James J. Marins de. Anotações sobre o cabimento da antecipação da tutela em matéria tributária. In: *Revista dos Tribunais. Revista de Processo*. São Paulo, v. 91, p. 120-132, jul. set. 1998, DTR\1998\597, Disponível em: <RT online>. Acesso em: 22 jun. 2015.

ANÁLISE DOS RECURSOS REPETITIVOS A PARTIR DO JULGAMENTO DA DESAPOSENTAÇÃO

Analysis of repetitive appeal from the come out retirement judgment

Fábio Vinícius Maia¹

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. A desaposentação. 3. Recursos repetitivos. 3.1. Considerações gerais, cabimento, procedimento. 3.2. Os recursos especiais repetitivos e a desaposentação – REsp. 1.334.488. 4. Conclusões. Referências bibliográficas.

RESUMO O presente trabalho visa a analisar a técnica de julgamento dos recursos repetitivos a partir do julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da tese jurídica-doutrinária da desaposentação. Os recursos repetitivos têm como escopo uniformizar a jurisprudência nacional, além de ajudar o Poder Judiciário no gerenciamento e resolução do fenômeno das demandas em massa, sendo também um instituto jurídico que procura ressaltar a força e a obrigatoriedade dos precedentes no ordenamento jurídico pátrio. O caso concreto escolhido para análise amolda-se aos requisitos de julgamento das demandas repetitivas, bem como à competência constitucional do Superior Tribunal de Justiça. Assim, o presente trabalho busca analisar, com base em um caso concreto, se tal ferramenta processual é adequada para atingir o objetivo para qual foi criada.

Palavras-chaves: Previdência Social. Desaposentação. Recurso Especial. Recurso Repetitivo. Código de Processo Civil.

ABSTRACT The present work aims to analyze the technique of judgment of repetitive appeal from the judgment given by the Superior Court of Justice on the legal-doctrinal thesis of come out retirement. The purpose of repetitive appeals is to standardize national jurisprudence, as well as to assist the Judiciary in managing and solving the phenomenon of mass demands, and it is also a legal institute that seeks to emphasize the strength and obligatory nature of precedents in our legal system. The specific case chosen for analysis conforms to the requirements for judging the repetitive demands, as well as the constitutional jurisdiction of the Superior Court of Justice. Thus, the present work seeks to analyze, based on a concrete case, if such a procedural tool is adequate to reach the objective for which it was created

Keywords: Social Security. Come out retirement. Special Appeal to the Superior Court of Justice. Repetitive Appeal. Code of Civil Procedure.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende discutir o problema do excesso de ações judiciais no Brasil a partir da análise da pessoa jurídica de direito público que é a

¹ Analista do Instituto Nacional do Seguro Social. Atualmente cedido para a Advocacia Geral da União com exercício na Procuradoria Regional Federal da 3º Região. Bacharel em Direito pela UNIT, Aracaju – SE. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Mestrando em Direito Previdenciário pela PUC-SP.

entidade mais demandada judicialmente no país, o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), usando como paradigma um dos seus casos mais rumorosos, qual seja, a tese jurídica-doutrinária da desaposentação, segundo a qual pessoas já aposentadas, que continuam trabalhando, têm a possibilidade de renunciar ao benefício concedido para, somando tempos de contribuição novos com os anteriormente utilizados, obterem uma aposentadoria mais vantajosa.

Entre os anos 2010 a 2012, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por intermédio do seu Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ), promoveu alguns levantamentos que visavam a identificar quais seriam os cem maiores litigantes da Justiça Brasileira. Segundo o relatório publicado no ano de 2012, com base nas informações do ano de 2011, o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) figurava como o ente mais demandado judicialmente no Brasil, tendo participado de aproximadamente quatro vírgula cinco por cento do total de processos em trâmite em todas as Justiças, constando como parte em (34%) trinta e quatro por cento dos processos da Justiça Federal de primeira instância e em (79%) setenta e nove por cento das ações dos Juizados Especiais Federais².

Embora esta pesquisa se dedique a um estudo mais apurado envolvendo o órgão Federal responsável em promover a previdência do trabalhador brasileiro, não se deve olvidar que o problema do grande número de ações que assola o Poder Judiciário não é um fenômeno de exclusividade do INSS, destacando-se a área pública como um todo, em suas três esferas de poder, bem como alguns setores da economia que geram bastante litígio, como o bancário e de telefonia, que, juntos, respondiam por (35,5%) trinta e cinco vírgula cinco por cento dos processos que tramitaram na Justiça Brasileira.

Segundo o relatório Justiça em Números, publicado em outubro de 2016, com base em informações apuradas em 2015, a justiça movimentou 102 milhões de processos no período pesquisado, o que significa, considerando todas as justiças em todos os seus foros, tribunais e instâncias, aproximadamente, um processo para cada dois habitantes da nação³.

Diante desses números aterradores, diante de tal volume de litígios, urge colocar em questionamento o modelo tradicional de processo, de feição individual, com decisões caso a caso, no qual cada parte tem direito a inúmeras medidas, a inúmeros recursos para instâncias ordinárias e também para as instâncias superiores. Assim, faz-se necessário analisar se este modelo é o mais adequado para os órgãos, empresas e entidades em geral com grande vocação para o litígio em massa.

² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pesquisa sobre os 100 maiores litigantes*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>, último acesso em: 15 jan. 2017.

³ *Idem*. *A Justiça em números 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros>>, último acesso em: 20 jan. 2017.

Nesse sentido, este artigo apresenta uma análise sobre a técnica de julgamento dos recursos repetitivos a partir do julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da tese jurídica-doutrinária da desaposentação. O desenvolvimento do assunto deu-se a partir de pesquisa bibliográfica e documental, envolvendo o estudo de livros, monografias, teses, dissertações, artigos publicados em revistas especializadas, entre outros.

O tema será abordado em duas partes: a primeira, que corresponde ao item dois deste artigo, apresenta a tese da desaposentação, traçando um panorama geral acerca deste instituto jurídico, sua fundamentação, bem como os argumentos favoráveis e contrários; já a segunda parte, que corresponde ao item três deste artigo, trata dos recursos repetitivos desde sua origem, sua disciplina na vigência do Código de Processo Civil anterior, bem como seu novo regime jurídico com as novidades trazidas pelo Novo Código de Processo Civil.

2. A DESAPOSENTAÇÃO

Com efeito, situação que só corriqueira é a do trabalhador que se aposenta ainda relativamente jovem, aos quarenta e oito ou cinquenta anos, em pleno estado de higidez física e mental, continuando assim a trabalhar normalmente e, em consequência, contribuindo ao sistema previdenciário. É comum tal situação estender-se por anos a fio e, desse modo, passado algum tempo, consideradas as variáveis econômicas do país, o segurado passe a questionar o valor de sua aposentadoria que já não é tão satisfatório e, tendo em vista o tempo extra de contribuição além da aposentadoria, entende como injustiça o fato de todos esses valores não se reverterem de algum modo a seu favor.

A desaposentação visa, em suma, a desfazer o ato concessório da aposentadoria por vontade do seu beneficiário, com vistas ao aproveitamento do novo tempo de serviço laborado no mesmo ou em outro regime previdenciário. Segundo a definição do professor Fábio Zambitte Ibrahim:

Desaposentação é a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral da Previdência Social ou mesmo em Regimes Próprios de Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário⁴.

Com efeito, em compilação jurídica que trata da defesa do INSS em Juízo, André Studart Leitão esclarece que a desaposentação será interessante ao segurado em duas hipóteses: a) quando ele pretende migrar para outro regime de previdência; b) ou quando pretenda majorar o coeficiente de cálculo do seu benefício⁵.

⁴ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 639.

⁵ LEITÃO, André Studart. Desaposentação: renúncia à aposentadoria. In: _____; MEIRINHO,

É, justamente, no campo da primeira hipótese, quando o segurado quer migrar de regime, que a construção jurídica da desaposentação começou a vicejar. Wladimir Novaes Martinez, doutrinador em Direito Previdenciário, começa sua obra específica sobre o instituto dizendo que a desaposentação começou a ganhar maior força com o advento da Emenda Constitucional nº 20/1998, a qual obstou a acumulação de mais de uma aposentadoria em Regimes Próprios, mormente em razão da possibilidade de contagem recíproca de tempo de contribuição possível entre todos os regimes e o acerto de contas entre estes, permitido pela Lei nº 9.796/99 que prescreveu a compensação financeira entre o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e os Regimes Previdenciários dos Servidores da União, dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios, tendo sido produzidas, desde então, um número relevante de decisões judiciais favoráveis à tese da desaposentação⁶.

Cabe lembrar que são grandes as diferenças entre os benefícios dos filiados ao Regime Geral para as aposentadorias dos servidores públicos. Estes, em boa parte dos Regimes Próprios vigentes no Brasil, aposentam-se com proventos integrais, ou seja, na totalidade dos vencimentos recebidos ainda em atividade; já as aposentadorias do INSS estão sujeitas a um teto remuneratório previsto para o Regime Geral.

Tome-se como exemplo a situação de alguém que se aposentou aos cinquenta anos de idade pelo RGPS por ter atingido o tempo de contribuição necessário e, posteriormente, preste concurso e assuma um cargo público. Seria assaz vantajoso a essa pessoa que recebe uma aposentadoria limitada pelo teto do INSS, em um momento futuro, ao atingir as condições de idade e carência normalmente exigidas em benefícios dos Regimes Próprios, poder renunciar ao benefício que vinha recebendo pelo Regime Geral, para com isso utilizar seu tempo contributivo no Regime próprio, de modo a passar a receber um valor integral de uma aposentadoria pública.

Dessa forma, a partir desses interessados em migrar de regime previdenciário, surgem as primeiras ações judiciais versando sobre a desaposentação. A ausência de qualquer previsão legal permissiva tornava imprescindível a participação do Judiciário para deferimento do pleito. Posteriormente, a tese foi aproveitada por aqueles que almejavam utilizar-se dessa técnica dentro do mesmo regime de filiação, ou seja, desejavam abdicar da aposentadoria para utilizar novos tempos de serviço no coeficiente de cálculo de um benefício mais vantajoso.

A situação atual é essa, por um lado, tem-se uma elaboração teórica à qual Martinez⁷ se refere constantemente como sendo um “instituto técnico”, instituto este que tem ganhado um crescente número de adeptos na doutrina do Direito

Augusto Grieco Sant'Anna (Coord.). *Prática previdenciária: a defesa do INSS em juízo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 295.

⁶ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 27.

⁷ *Ibidem*, p. 27.

Previdenciário e que, com grande respaldo jurisprudencial, tem tornado cada vez mais sofisticada sua linha de argumentação e sua justificação; por outro lado, o poder público, por meio tanto do Regime Geral quanto dos diversos Regimes Próprios, não tem positivado a desaposentação como um direito dos aposentados que pretendem cancelar sua jubilação, não havendo assim legislação aprovada tratando do assunto, de modo que há quem entenda ser impossível, há quem sustente ser possível desde que se restitua os valores recebidos na aposentadoria a que se pretende renunciar e há quem entenda ser possível sem que se precise ser devolvido qualquer valor, pois a aposentadoria tem natureza alimentar e foi recebida legitimamente pelo segurado. Desse modo, há decisões judiciais em todos os sentidos possíveis.

Existem, por parte da previdência, especialmente no caso da hipótese de ser possível a desaposentação sem que haja a devolução de qualquer valor pelo segurado, sérias argumentações contrárias em razão dos impactos financeiros a serem gerados, sendo a posição atual do INSS de que a aposentadoria é irreversível e irrenunciável, entendimento esse polêmico por si só. Com efeito, prescreve o artigo 181-B do Regulamento do RGPS, Decreto nº 3.048/99:

Art. 181-B As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis.

André Studart Leitão, na obra citada sobre a defesa do INSS em Juízo, explica que a irreversibilidade é a impossibilidade de voltar ao *statu quo ante*, isto é, não há condições de se restaurar a realidade fática do segurado ao estado anterior à concessão da aposentadoria, por se tratar esse ato concessório de um ato jurídico perfeito e acabado naqueles mesmos termos propostos pelo artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, só podendo ser desfeito “em razão de óbito ou pelo Poder Público, em caso de erro ou fraude no ato concessório”. Assim, o defensor do INSS prossegue em sua explicação:

Destarte, verifica-se que a irreversibilidade tem como referencial a situação jurídica considerada, e não o direito ao benefício. O que é irreversível, segundo o Decreto, não é o direito à aposentadoria, mas o respectivo ato concessório. A situação jurídica de gozo de benefício, uma vez presente e ressalvadas as hipóteses excepcionais, não pode deixar de existir, tendo em vista a perfeição e acabamento do ato administrativo que lhe deu causa⁸.

Fábio Zambitte Ibrahim discorda totalmente da justificativa da irreversibilidade com supedâneo no ato jurídico perfeito ou mesmo no direito adquirido, por

⁸ LEITÃO, André Studart. Desaposentação: renúncia à aposentadoria. In: _____; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna (Coord.). *Prática previdenciária: a defesa do INSS em juízo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 292.

entender que tais garantias constitucionais se destinam à proteção individual, não podendo ser utilizados pelo Poder Público em desfavor do indivíduo ou da sociedade⁹.

Por outro lado, quando o artigo 181-B do regulamento dispõe que as aposentadorias do Regime Geral são irrenunciáveis, está se referindo à questão de fundo do próprio direito, isto é, à prerrogativa do segurado de percepção da prestação do benefício ao ter implementadas suas condições, ou seja, é esta prerrogativa que é irrenunciável, tendo em vista seu caráter eminentemente alimentar. Em razão disso, André Studart Leitão considera cautela excessiva na positivação da irrenunciabilidade no regulamento da previdência, já que seria irrazoável essa possibilidade¹⁰.

Castro Alberto de Castro e João Batista Lazzari¹¹ rechaçam totalmente essa tese, seguindo o entendimento de que “ninguém é obrigado a permanecer aposentado contra o seu próprio interesse”, ainda mais quando se almeja um benefício mais vantajoso, pois nessa hipótese se renuncia à aposentadoria, mas não ao seu respectivo tempo de serviço. Nesse sentido, a aposentadoria seria um direito patrimonial disponível, passível de renúncia e o tempo de contribuição computado em sua concessão um direito já incorporado ao patrimônio do trabalhador.

Martinez¹² segue por essa mesma senda, entendendo que “a desaposeção não implica a renúncia ao tempo de serviço, que é intocável e apenas às mensalidades de um benefício mantido”. Desse modo, deixando claro que se abdica apenas das prestações a serem recebidas, entende que quaisquer direitos materiais são renunciáveis e tempera poeticamente sua tese dizendo: “quando o escopo do titular for buscar a maior felicidade possível, ele tem o direito de desistir do que quer que seja”, pois a ideia de renúncia, segundo ele, permeia o direito, havendo apenas limites no que concerne ao interesse público e à possibilidade de afetação de terceiros¹³.

Reforça o posicionamento favorável ao instituto doutrinário ora em comento o fato de que, se por um lado não existe autorização constitucional que permita ao segurado desfazer-se da aposentadoria, em outra mão impende reconhecer que não há vedação a tal intento, ao menos de forma expressa, por parte da Carta Magna. Ao contrário, o parágrafo 9º, já outras vezes citado do artigo 201, garante ao segurado

⁹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 639-640.

¹⁰ LEITÃO, André Studart. Desaposeção: renúncia à aposentadoria. In: _____; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna (Coord.). *Prática previdenciária: a defesa do INSS em juízo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 293.

¹¹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 670

¹² MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposeção*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 50.

¹³ *Ibidem*, p. 53.

a contagem recíproca de tempo de contribuição entre o RGPS e os diversos Regimes Próprios, bem como entre as atividades rural e urbana.

A lei que estabelece o Plano Básico de Benefícios (PBPS), Lei nº 8.213/91, também não contempla disposição, seja permitindo ou vedando expressamente a manobra revisional, havendo, de outra sorte, a proibição da utilização de contagem para o mesmo benefício de atividades públicas e privadas quando concomitantes (artigo 96, inciso II) e o aproveitamento de tempos de serviço já utilizados em outro regime (artigo 96, inciso III).

Seguindo na análise da Lei nº 8.213/91, embora esta não proíba expressamente o desfazimento do ato concessório da aposentadoria, seu artigo 18, parágrafo 2º prescreve que:

§ 2º. O aposentado pelo Regime Geral da Previdência Social – RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

A redação atual conferida pela Lei nº 9.528/97 deixa claro que o PBPS veda a utilização de tempos de serviços laborados após a jubilação para novas aposentadorias. O referido dispositivo já foi alterado algumas vezes; entretanto, tal prescrição sempre esteve presente desde sua redação original por ocasião da aprovação da Lei de Benefícios em 1991, que defere ao aposentado que volta a trabalhar pelo RGPS apenas os benefícios do salário-família e da reabilitação profissional, sendo restritivo quanto ao uso que poderia ser feito dos tempos de contribuição posteriores à aposentadoria.

Nesse sentido, não há norma expressa proibindo a desaposentação em si, porém, a disciplina geral do INSS é clara na afirmação de que novas contribuições do aposentado que continua a trabalhar após a jubilação não se prestam à aquisição de novas aposentadorias.

Elisa Maria Corrêa Silva, em obra na qual se posiciona contrariamente sobre a desaposentação, fundamenta o artigo 18 da Lei nº 8.213/91 na teoria do risco social¹⁴. A doutrinadora explica que as aposentadorias do RGPS e seus benefícios, em geral, visam a garantir a subsistência do trabalhador ou de seus dependentes em momentos nos quais sobre ele recaiam alguns riscos, como a incapacidade para o trabalho, acidentes de qualquer natureza e a velhice.

Na prática, há algumas situações nas quais o segurado enquadra-se no evento previsto em lei, contudo, continua a ter plenas condições de trabalhar e prover seu sustento e o de sua família, situações em que atinge o tempo de trabalho necessário

¹⁴ SILVA, Elisa Maria Corrêa. *Inconstitucionalidade da desaposentação*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 102.

à aposentadoria por tempo de contribuição, mas não requer o benefício, ou atinge a idade na qual faz jus a aposentadoria por idade, mas continua trabalhando. Tais hipóteses aventadas são bastante corriqueiras de modo que, efetivamente, os segurados não estão passando por risco algum, conforme ensina a doutrinadora, o “risco social não constitui contingência sociológica, mas tem um caráter formal”¹⁵, estando o segurado aposentado, não há mais risco que justifique a atuação da previdência social.

Tem-se com isso o quadro normativo que interessa à desaposentação. Assim, percebe-se que sua impossibilidade decorre do sistema jurídico previdenciário como um todo, sendo este o posicionamento do INSS e, pode-se dizer, de todos os outros Regimes Próprios, isto é, contrário à hipótese de cancelamento do ato concessório de uma aposentadoria para aquisição de outra mais vantajosa, tendo base normativa, no caso do RGPS, no artigo 18, parágrafo 2º da Lei nº 8.213/91 e no já mencionado artigo 181-B do Regulamento da Previdência Social.

Aqueles que até o momento lograram esse privilégio conseguiram via Poder Judiciário, sendo a tendência do INSS recorrer de todas as decisões e em todas as instâncias possíveis, incluindo o Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, hoje a causa da desaposentação é de grande clamor jurídico e social, sendo esta a problemática tratada mais adiante.

Não há explicação lógica que justifique a não aplicação aos casos de desaposentação da norma constante no parágrafo 2º, artigo 18, do PBPS, pois uma análise apurada demonstrará que não recai sobre ela qualquer inconstitucionalidade. Ao contrário, tem guarida no texto constitucional nos dispositivos que consagram o princípio da solidariedade como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, artigo 3º; e no artigo 194, que preconiza a seguridade como conjunto de iniciativas da sociedade, bem como suas prescrições de equidade na forma de participação no custeio (inciso V) e diversidade da base de financiamento da seguridade social (inciso VI).

Nesse sentido, não poderia ser mais claro o artigo 195 *caput* da Constituição, assim como seu inciso II, em seguida transcritos:

Art. 195. **A seguridade social será financiada por toda a sociedade**, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais [...]

II – **do trabalhador** e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (grifos nossos).

¹⁵ SILVA, Elisa Maria Corrêa. *Inconstitucionalidade da desaposentação*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 102.

Seguindo este raciocínio, sendo a previdência um seguimento da seguridade e esta um conjunto de iniciativas da sociedade, deve contar com equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Além disso, o texto constitucional prescreve que será financiada por toda a sociedade de forma direta e indireta, incluindo os trabalhadores (como destacado acima) e demais segurados da previdência. Assim, é forçoso reconhecer que são perfeitamente legítimas as contribuições dos segurados aposentados que se mantêm em atividade de filiação obrigatória à previdência ou a ela retornam, não incidindo, dessa forma, inconstitucionalidade sobre o parágrafo 2º do artigo 18, da Lei nº 8.213/91.

Portanto, constata-se que não há omissão por parte do legislador; há, por um lado, uma norma perfeitamente aplicável ao caso e por outro lado há quem a ela não queria submeter-se por contrariar seus interesses. Substituir a referida norma por uma decisão judicial que redefine esses direitos parece contrariar a cláusula democrática ao negar a incidência e vigência do parágrafo 2º, artigo 18, do PBPS, que já é suficiente para tornar insubsistente a ideia da desaposentação.

A análise do instituto doutrinário da desaposentação mostrou como essa tese é bastante polêmica, bem como tem grande impacto nas finanças do INSS, visto que foram ajuizadas junto ao Poder Judiciário milhares de ações dessa natureza. Tais ações resultaram em provimentos que contrariam o princípio democrático, negando aplicação a uma norma legal debatida e votada no âmbito legislativo e sobre a qual não recai inconstitucionalidade, sendo questionável, portanto, sua substituição pela vontade judicial.

Além disso, há também o primado da legalidade que, se para o indivíduo representa poder fazer tudo que a lei não proíbe, impõe-se à Administração determinando que ela faça apenas o que a lei manda. A lei já existe, caberá, assim, ao Judiciário pronunciar-se acerca de como deve ser aplicada.

3. RECURSOS REPETITIVOS

3.1. Considerações gerais, cabimento, procedimento

Conforme já discorrido, é sobejamente conhecido por toda a sociedade a quantidade de processos que assola o Poder Judiciário brasileiro. É alarmante esse alto índice de litigiosidade, sendo essa realidade devidamente confirmada pelos relatórios anuais do Conselho Nacional de Justiça que vêm sendo divulgados desde o ano de 2004¹⁶.

¹⁶ Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>, último acesso em: 20/01/2017.

Por ocasião da divulgação do relatório de 2015¹⁷, publicado em setembro daquele ano, tendo por base as estatísticas de 2014, o Portal de Notícias Consultor Jurídico divulgou matéria sobre o estudo calculando que ainda em 2015 a Justiça brasileira entraria na casa dos cem milhões de processos, estimando um crescimento anual de (3,4%) três vírgula quatro por cento, se mantidas as médias dos cinco anos anteriores¹⁸.

Sem esquecer que se trata apenas de estimativa calculada a partir dos relatórios do CNJ, é necessário reconhecer que são números assustadores. E se levado em conta que cada um desses processos foi desenvolvido segundo as feições do processo tradicional, de caráter individual, na composição parte-juiz-parte, tendo cada um deles direito de contestação, apelações, agravos e recursos extraordinários, além de inúmeros outros incidentes possíveis, será possível constatar quão hercúlea é a tarefa da Justiça brasileira.

Uma das respostas do legislador processual para o problema do excessivo número de ações judiciais foi a Lei nº 11.672/2008, que incluiu o artigo 543-C no CPC de 1973, estabelecendo, assim, o procedimento para o julgamento dos recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, chamado por alguns processualistas de julgamento por amostragem dos recursos especiais, sendo esta uma ferramenta concebida para ajudar na gestão desse excesso de demandas ao mesmo tempo que possibilita promover a efetiva prestação jurisdicional.

Por ocasião da criação do julgamento dos recursos repetitivos no âmbito do STJ, Luiz Felipe Salomão, justificando a adoção para os recursos especiais de procedimento assemelhado ao do julgamento de causas repetitivas junto ao STF, publicou artigos nos quais basicamente analisava as intenções do legislador segundo a exposição de motivos da lei, descrevendo a evolução do número dos recursos especiais desde a criação do STJ. Abaixo segue uma parte¹⁹:

Os números, extraídos do sítio eletrônico instancia.stj.gov.br, demonstram a evolução de recursos distribuídos e julgados, numa sequência de cinco em cinco anos: Em 1989, foram distribuídos 6.103 processos e julgados 3.550; em 1994, a distribuição subiu para 38.670 e o número de processos julgados para 39.034; em 1999, para 118.977 e 116.024, respectivamente; em 2004, para 215.411 e 203.041. Por fim, no ano passado, foram distribuídos 313.364 processos e julgados 330.257.

¹⁷ Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-justica-numeros-2015-final-web.pdf>>, último acesso em: 20/01/2017.

¹⁸ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>>, último acesso em: 20/01/2017.

¹⁹ Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/imprensa/imprimir.asp?mat_id=16649>, último acesso em: 20/01/2017; disponível também em: <http://www.conjur.com.br/2008-nov-27/stj_julgamento_recursos_repetitivos>, último acesso em: 20/01/2017.

Nada indica que esse crescimento exponencial irá diminuir. Ao contrário, o boletim estatístico do chamado Tribunal Cidadão referente ao ano de 2015 indica que, de janeiro a dezembro, foram distribuídos 408.434 processos²⁰, tudo isso para um tribunal cuja composição prevista constitucionalmente é de (33) trinta e três Ministros (artigo 104 CF). Em uma média simples, levando-se em conta apenas os 408.434 recursos que chegaram à Corte naquele ano, tem-se, arredondando o cálculo para baixo, um número de 12.376 ações novas para cada Ministro.

Em contrapartida, ainda se apoiando em dados oficiais constantes do site do Superior Tribunal de Justiça, estão suspensos nos tribunais de segunda instância um total de 461.629 processos, em razão de recursos repetitivos afetados no Colegiado Superior como representativos de controvérsia jurídica.

O sítio do STJ informa o total de processos, bem como os números de cada Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, embora, segundo consta na referida planilha, nem todos os Tribunais tenham atualizadas as informações até dezembro de 2016. Alguns enviaram informações apenas até meados do ano, ou seja, a cifra total acima mencionada deve ser ainda maior²¹.

Mesmo que não fique claro se estão incluídos os processos de primeira instância, de qualquer modo os dados acima são bastante significativos, tratam-se de ações suspensas que provavelmente chegariam ao STJ, caso não houvesse disponível a técnica de julgamento por amostragem. Lembrando que, pela sistemática do CPC anterior, não haveria obrigatoriedade de sobrestamento das ações que tramitavam em primeira instância fundamentadas na mesma questão de direito, medida esta que se tornou possível no Novo Código de Processo Civil (artigo 1.037, inciso II).

Dierle Nunes, processualista mineiro, afirma que, desde a criação da repercussão geral e da súmula vinculante pelo advento da EC nº 45/2004, o sistema processual brasileiro tem apostado no dimensionamento da litigiosidade repetitiva mediante uma padronização decisória através dos recursos excepcionais, mudando assim a caracterização dos recursos como impugnações de decisões que possam causar prejuízos às partes, passando a ser também um instrumento de formação de precedentes²². Há também exemplos de institutos imbuídos desse espírito na legislação ordinária, como a sentença de total improcedência por precedente do próprio juízo, artigo 285-A, do CPC/73; e como o juízo de inadmissibilidade de apelação em confronto com súmula, artigo 518, parágrafo 1º, do CPC/73, entre outros.

²⁰ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/sumario.asp>>, último acesso em: 20/01/2017.

²¹ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Processos/Recursos-Repetitivos/Saiba-mais/Processos-suspensos>, último acesso em: 20/01/2016.

²² NUNES, Dierle. Do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2320.

Objetiva-se com isso aperfeiçoar o funcionamento dos tribunais, reduzindo sua carga numérica de trabalho para que se analise o menor número possível de casos idênticos²³. Sem dúvida, esse é um dos caminhos a seguir para resolver o excesso de demandas perante o Judiciário brasileiro.

No que se refere aos recursos extraordinários que tratam de questões a serem deduzidas em controle difuso de constitucionalidade perante a Suprema Corte, já houve solução semelhante com a criação do instituto da Repercussão Geral determinado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, cuja disciplina veio com a Lei nº 11.418/2006 que inseriu no CPC os artigos 543-A e 543-B, sendo criada, desse modo, a Repercussão Geral por amostragem e o julgamento de recursos extraordinários repetitivos²⁴.

Nesses mesmos moldes, no que se refere à legislação infraconstitucional, para regulamentar o julgamento por amostragem no âmbito dos Recursos Especiais perante o Superior Tribunal de Justiça, foi inserido o artigo 543-C no Código de Processo Civil de 1973²⁵.

O julgamento dos recursos repetitivos, nos termos que determinava o artigo 543-C do CPC/73, seguiu regulamentação semelhante ao que fora estatuído para os julgamentos por amostragem dos recursos extraordinários repetitivos (artigo 543-B do CPC/73), de modo que alguns doutrinadores tratam dos institutos conjuntamente com remissões recíprocas²⁶.

Nesta senda, o Código de Processo Civil de 2015 conferiu um tratamento conjunto aos recursos extraordinário e especial, em capítulo próprio que trata dos recursos para o STF e STJ e, em seção específica, disciplinando ambos, dedicou subseção cuidando dos extraordinários e especial repetitivos.

O CPC 2015 trouxe algumas inovações com o fito de aprimorar a técnica, disciplinando-as nos artigos de 1.036 a 1.041²⁷. A nova disciplina certamente trará benefícios ao sistema, posto que antes era disciplinado apenas pelos artigos 543-A, 543-B e 543-C do Código Buzaid. Como foram inseridos ao diploma por reformas recentes, estão carentes de sistematização com o resto do Código, sendo tal escassez

²³ NUNES, Dierle. Do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2320.

²⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 753.

²⁵ Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

²⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. V. 3, 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 317 e 337.

²⁷ NUNES, *op. cit.*, p. 2321.

normativa eventualmente integrada pelos Regimentos Internos, portarias e resoluções dos tribunais.

O artigo 1.036 do CPC/2015 inicia com o tratamento conjunto da chamada “multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais”, promovendo uma unificação procedimental:

Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

§ 2º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso especial ou o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

§ 3º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 2º caberá apenas agravo interno.

§ 4º A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia.

§ 5º O relator em tribunal superior também poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem.

§ 6º Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que conttenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.

A novidade encontra-se no procedimento de afetação dos repetitivos que estará dividido em duas etapas: primeiro a escolha dos recursos representativos da controvérsia, observando-se também o requisito de multiplicidade de recursos de idêntico fundamento, conforme o artigo 1.036, procedimento esse que alguns chamam

de “pinçamento”; para em seguida ocorrer a decisão de afetação, segundo prescrito no artigo 1.037²⁸.

Significa, desta forma, que o procedimento não se aperfeiçoará como mera escolha de alguns recursos pelo tribunal *a quo* e, conseqüente, represamento dos demais, mas, sim, quando o relator perante o STF ou STJ confirmar a seleção. Segundo o artigo 1.036, parágrafo 4º, a escolha pelo Presidente ou Vice do tribunal de origem não vincula o relator no tribunal ad quem, o qual pode também selecionar outros, independentemente da atuação do Presidente ou Vice do tribunal de origem (parágrafo 5º, artigo 1.036). Para Dierle Nunes, os aludidos dispositivos fomentam a amplitude do debate e a riqueza de fundamentação como corolário do princípio do contraditório, no mesmo sentido, o parágrafo 6º²⁹.

O fechamento e aperfeiçoamento do procedimento que deixará a questão pronta para ser analisada junto ao respectivo tribunal superior vem disciplinado no novel artigo 1.037:

Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual:

I – identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento;

II – determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional;

III – poderá requisitar aos presidentes ou aos vice-presidentes dos tribunais de justiça ou dos tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia.

§ 1º Se, após receber os recursos selecionados pelo presidente ou pelo vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, não se proceder à afetação, o relator, no tribunal superior, comunicará o fato ao presidente ou ao vice-presidente que os houver enviado, para que seja revogada a decisão de suspensão referida no art. 1.036, § 1º.

§ 2º (Revogado pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 3º Havendo mais de uma afetação, será prevento o relator que primeiro tiver proferido a decisão a que se refere o inciso I do caput.

§ 4º Os recursos afetados deverão ser julgados no prazo de 1 (um) ano e

²⁸ NUNES, Dierle. Do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2323.

²⁹ *Ibidem*, p. 2323.

terão preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 5º (Revogado pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 6º Ocorrendo a hipótese do § 5º, é permitido a outro relator do respectivo tribunal superior afetar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia na forma do art. 1.036.

§ 7º Quando os recursos requisitados na forma do inciso III do caput contiverem outras questões além daquela que é objeto da afetação, caberá ao tribunal decidir esta em primeiro lugar e depois as demais, em acórdão específico para cada processo.

§ 8º As partes deverão ser intimadas da decisão de suspensão de seu processo, a ser proferida pelo respectivo juiz ou relator quando informado da decisão a que se refere o inciso II do caput.

§ 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.

§ 10. O requerimento a que se refere o § 9º será dirigido:

I – ao juiz, se o processo sobrestado estiver em primeiro grau;

II – ao relator, se o processo sobrestado estiver no tribunal de origem;

III – ao relator do acórdão recorrido, se for sobrestado recurso especial ou recurso extraordinário no tribunal de origem;

IV – ao relator, no tribunal superior, de recurso especial ou de recurso extraordinário cujo processamento houver sido sobrestado.

§ 11. A outra parte deverá ser ouvida sobre o requerimento a que se refere o § 9º, no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 12. Reconhecida a distinção no caso:

I – dos incisos I, II e IV do § 10, o próprio juiz ou relator dará prosseguimento ao processo;

II – do inciso III do § 10, o relator comunicará a decisão ao presidente ou ao vice-presidente que houver determinado o sobrestamento, para que o recurso especial ou o recurso extraordinário seja encaminhado ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.030, parágrafo único.

§ 13. Da decisão que resolver o requerimento a que se refere o § 9º caberá:

I – agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau;

II – agravo interno, se a decisão for de relator.

O artigo 1.037, cujo correspondente não existia no CPC/1973, detalha o procedimento do julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos, conferindo, assim, mais solidez ao instituto do julgamento de processos por amostragem e, conseqüentemente, ao sistema de precedentes no ordenamento brasileiro. O professor Dierle Nunes aponta algumas inovações, das quais se destacam³⁰: a decisão de afetação; a criação de prazos para o julgamento definitivo do recurso repetitivo afetado; e a técnica da distinção.

A chamada *decisão de afetação* (artigo 1.037, *caput*, I) é proferida, depois de recebidos os processos controversos com os requisitos do artigo 1.036, quando o relator, no tribunal superior, identifica a questão repetitiva a ser resolvida e, assim, em seguida, determina a suspensão de todos os processos que tratam da mesma matéria em território nacional (artigo 1.037, II).

A criação de prazos para que ocorra o julgamento definitivo dos recursos repetitivos afetados visa a conferir celeridade ao procedimento com multiplicidade de partes envolvidas, devendo o recurso repetitivo ter preferência sobre os demais recursos, exceto aqueles envolvendo réu preso e os pedidos de *habeas corpus* (artigo 1.037, § 4º), devendo este prazo ser contado a partir da data da decisão de afetação do recurso. O parágrafo 5º, do artigo 1.037, previa que, após o decurso do referido prazo, cessariam automaticamente a afetação e a suspensão dos processos em toda a jurisdição, todavia o referido dispositivo foi revogado pela Lei nº 13.256, de 2016, o que evidencia que o prazo de julgamento previsto no parágrafo 4º tornou-se um prazo impróprio.

Certamente uma das inovações mais importantes diz respeito ao parágrafo 9º do artigo 1037, que cria no direito brasileiro uma técnica da distinção ou *distinguishing*, essencial em sistemas de precedentes, pois propicia à parte demonstrar que seu recurso tem questão diferente em relação àquela afetada no extraordinário ou especial. As normas do artigo 1.037 que se seguem ao parágrafo 9º cuidam do processamento da distinção, seus efeitos e impugnações cabíveis.

O artigo 1.038 traz mecanismos que cuidam do enriquecimento argumentativo que um julgamento apto a gerar efeitos abstratos deve ter, permitindo assim a participação da figura do *amicus curiae* (inciso I), audiências públicas sobre o assunto recorrido (II), requisição de informações aos tribunais de segundo grau a respeito da controvérsia (III), tudo isso para que não haja argumentação ou fundamento fora da apreciação em abstrato.

A partir do artigo 1.039, o novo Código de Processo Civil passa a tratar das conseqüências da aplicação das decisões proferidas em recursos repetitivos, devendo

³⁰ NUNES, Dierle. Do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2328 *et seq.*

os demais órgãos da jurisdição declararem prejudicados os recursos versados sobre a mesma controvérsia ou decidirem os processos com base no entendimento firmado.

O artigo 1.039 cuida dos processos já suspensos por ocasião do julgamento extraordinário ou especial repetitivo. Eventuais novos recursos poderão ser decididos pelos relatores nos moldes do artigo 932, do CPC/2015, norma esta semelhante ao artigo 557 do CPC, de 1973³¹.

Por fim, artigo 1.040 do Código de Processo Civil de 2015 cuida das consequências com base no julgamento dos recursos excepcionais afetados após a publicação do seu acórdão:

Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I – o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II – o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III – os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

IV – se os recursos versarem sobre questão relativa à prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos à regulação, da tese adotada.

§ 1º A parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia.

§ 2º Se a desistência ocorrer antes de oferecida contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência.

§ 3º A desistência apresentada nos termos do § 1º independe de consentimento do réu, ainda que apresentada contestação.

Art. 1.041. Mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.036, § 1º.

§ 1º Realizado o juízo de retratação, com alteração do acórdão divergente, o tribunal de origem, se for o caso, decidirá as demais questões ainda não decididas cujo enfrentamento se tornou necessário em decorrência da alteração.

³¹ NUNES, Dierle. Do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2334.

§ 2º Quando ocorrer a hipótese do inciso II do caput do art. 1.040 e o recurso versar sobre outras questões, caberá ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, depois do reexame pelo órgão de origem e independentemente de ratificação do recurso, sendo positivo o juízo de admissibilidade, determinar a remessa do recurso ao tribunal superior para julgamento das demais questões. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

Em resumo, as principais consequências da publicação do acórdão paradigma³² são:

– Se o acórdão combatido coincidir com a orientação dos tribunais superiores, o Presidente ou Vice-Presidente dos tribunais de segundo grau negará seguimento aos recursos sobrestados na origem.

– Haverá reanálise de mérito para o acórdão da origem divergente do acórdão do tribunal superior, segundo o inciso II, artigo 1.040. Mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior.

– E ocorrerá a aplicação do entendimento consolidado no julgamento do repetitivo aos processos suspensos em primeiro e segundo grau, conforme prescreve o inciso III. No que concerne à essa hipótese, nota-se aqui outra inovação relevante quanto ao regime das ações repetitivas.

Cassio Scarpinella Bueno é bastante crítico aos dispositivos do CPC de 2015 que tratam de consolidar a força dos precedentes. Em comentários ao artigo acima transcrito, afirma ser “irrecusável a compreensão de que artigo 1.040, de forma mais elaborada que o CPC atual, quer impor o resultado alcançado no julgamento do “caso piloto”³³.

Afirma o processualista que o caráter vinculante não está expresso nem escrito, mas que é inequivocamente pretendido pelo novo diploma. Encetando outras duras críticas, reitera que os incisos I e II parecem criar verdadeira hipótese de “*delegação legal de competência*” para que Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, em consonância com o que fora decidido pelo STF e STJ, julguem recursos extraordinários e recursos especiais sobrestados.

Os incisos I e II do artigo 1.040 estão previstos em lei ordinária, assim o novo CPC contraria a competência de julgar recursos extraordinários e especiais reconhecida aos tribunais superiores pela Lei Maior³⁴.

O autor ainda acrescenta que a determinação contida no inciso I do artigo 1.040, no sentido de “negar seguimento” aos recursos excepcionais sobrestados,

³² NUNES, Dierle. Do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2336 *et seq.*

³³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 681.

³⁴ *Ibidem*, p. 682.

representa verdadeiro julgamento de mérito com intenção mesmo de melhorar o recurso, implicando assim em delegação constitucional de competência.

Do mesmo modo, continua sua censura aos dispositivos ao dizer que o inciso II tenta contornar a situação de declinação da competência, permitindo aos tribunais de segundo grau o reexame dos acórdãos proferidos e já recorridos, na hipótese destes contrariarem a orientação do tribunal superior, mas fazendo com isso o processo retroceder uma ou duas etapas, uma vez que é permitido um segundo julgamento de decisões já impugnadas, medida esta questionável à luz do princípio da eficiência processual, artigo 5º, LXXVIII, da Constituição.

Somando-se a isso, Cassio Scarpinella Bueno apresenta críticas também ao inciso III do artigo 1.040 por entender que igualmente tem pretensões vinculantes, algo claramente pretendido pelo novo CPC.

Assim se apresenta uma das mais fortes dicotomias vigentes no direito processual brasileiro no que diz respeito a qual é o papel dos precedentes judiciais em todo o ordenamento. Pois há, por um lado, doutrinadores como Guilherme Marinoni que se dedicam ao estudo dos precedentes e, de forma bem ordenada e científica, defendem o seu respeito e aplicação nas instâncias inferiores. Mas, por outro lado, existem aqueles que, tal qual Cassio Scarpinella Bueno, criticam o pretense papel vinculante atribuído aos julgados das cortes superiores, entendendo constituir uma tentativa de imposição da visão dos tribunais de cúpula. Outros ainda entendem que soluções jurídicas baseadas em precedentes violam a independência funcional dos magistrados e até mesmo tolgem a capacidade de inovação jurídica.

Embora tais censuras muitas vezes venham acompanhadas de consistentes ponderações de natureza constitucional, não obstante, a despeito de todas essas críticas, os números recaem sobre a sociedade brasileira como uma realidade avassaladora. Desse modo, parelho a todos os argumentos esgrimidos por doutrinadores como Marinoni e Didier favoráveis à técnica, existem excelentes razões de ordem prática para aceitar que aquelas causas repetitivas, envolvendo matéria eminentemente jurídica, sejam decididas via o julgamento de suas teses, por amostragem de recursos paradigmas que tenham as mais variadas fundamentações possíveis.

As críticas apresentadas a respeito da adoção desse novo modelo não devem ser ignoradas, sobretudo as de relevante lastro constitucional e de elevado gabarito doutrinário, pois é fundamental reconhecer que adaptações na lei e na constituição são necessárias. Algumas inadequações iniciais devem-se à fase de transição do tratamento individual dos recursos para esse mundo novo da força dos precedentes.

Além disso, deve haver empenho para a mudança das mentalidades, para superação das vaidades em favor da segurança jurídica, para que um tema decidido em uma instância superior seja de fato respeitado pelos outros tribunais, de modo a se produzir um julgamento coletivo por todas as cortes com acervo a respeito do mesmo dissídio.

É necessário lembrar que a repercussão geral foi regulamentada em 2006 e os recursos especiais repetitivos em 2008, então estes dois institutos foram regulamentados por apenas três dispositivos inseridos no Código de Processo Civil de 1973. Os especiais repetitivos tiveram tramitação relativamente bem resolvida por integração da Resolução nº 8/2008 do STJ. Já o CPC de 2015 chega com tratamento mais completo para estas matérias, mostrando que aos poucos o regime jurídico vai se aperfeiçoando.

Conquanto, o número exacerbado de demandas judiciais não se resolverá por um único instituto de tratamento coletivo de ações e recursos, mas com um conjunto de medidas que prossigam nesse mesmo caminho, como as já citadas súmulas vinculantes, repercussão geral, súmula impeditiva de recursos, entre outros.

3.2. Os recursos especiais repetitivos e a desaposentação – Resp. 1.334.488

Assim, após análise do instituto do Julgamento de Recursos Especiais Repetitivos em sua previsão legal, regramento, aplicabilidade e sob o prisma doutrinário necessário, faz-se imprescindível analisar seus aspectos práticos, ou seja, impende aferir qual sua contribuição para o aprimoramento das relações jurídicas e harmonização social.

Para explicá-la melhor, foi selecionada a tese doutrinária da desaposentação, explorada em profundidade no introito do presente estudo, tendo em vista que esta controvérsia jurídica restou demandada contra a Previdência Social e contra outros regimes próprios de forma crescente ao longo dos últimos anos, gerando milhares de ações judiciais.

No que diz respeito à previdência do regime geral, as estatísticas apresentadas na introdução do presente trabalho mostram que o INSS tem sido um dos “clientes” mais fiéis do Poder Judiciário, com milhares de ações todos os anos³⁵ para revisões de benefícios, corrigir a má aplicação de índices de correção e defasagens decorrentes de planos econômicos. No que se refere à desaposentação, esta causa tem o mesmo perfil de um outro rosário de ações já articuladas contra o INSS, litígios que costumam ter índole eminentemente jurídica.

Conforme explicado, trata-se de uma construção jurídica, não há aspectos práticos individuais que possam conduzir cada um dos processos a deslindes diferentes. Tais características, ora lembradas, habilitam esta lide a ser resolvida mediante um julgamento por amostragem, com envio “recursos paradigmas” em um

³⁵ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>, último acesso em: 20 jan. 2017.

<http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>, último acesso em: 20 jan. 2017.

juízo dotado de objetividade e abstração, mas trazendo ampla fundamentação tanto do recurso quanto da questão de direito pleiteada, em persecução à melhor *ratio* da norma, sendo capaz desta forma de estender seus efeitos a todos os casos iguais pendentes de julgamento.

Dentre as competências do STJ, quanto ao presente estudo, destaca-se a atribuição de julgar em recurso especial as matérias decididas em única ou última instâncias quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência (artigo 105, inciso III, alínea 'a').

Como observado anteriormente, o INSS tem a incumbência de administrar a Previdência Social brasileira, disciplinado nesse mister por duas leis federais, a Lei nº 8.212/91 que cuida do seu custeio e a Lei nº 8.813/91 que dispõe do plano de benefícios.

Em resumo, a tese da desaposentação subsume-se nos elementos que torna necessária a atuação do STJ prevista constitucionalmente para decidir esse litígio, havendo multiplicidade de ações e recursos, o mecanismo mais adequado é o recurso especial repetitivo. Sendo responsável por interpretar e preservar a legislação federal, exercendo quanto a ela um papel uniformizador, estando, assim, o STJ na condição de tribunal de vértice no que se refere à legislação federal.

É possível considerar, desse modo, o Tribunal Cidadão como o foro ideal para dissipar dúvidas quanto à aplicação da legislação previdenciária, resolvendo, assim, um grande número de conflitos envolvendo o INSS, comprovadamente um dos órgãos públicos mais demandados judicialmente.

No que se refere à Desaposentação, esse recurso especial repetitivo ocorreu até o Tribunal Superior, trata-se do Recurso Especial Repetitivo de nº 1.334.488, proveniente do Estado de Santa Catarina, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, tendo sido julgado ainda na vigência do antigo CPC em 14 de maio de 2013, segundo a técnica de julgamento de demandas repetitivas nos termos do antigo artigo 543-C.

O recurso especial tinha como partes no polo passivo o INSS e no polo ativo o segurado aposentado pelo Regime Geral Waldir Ossemer, tendo atuado também a Confederação Brasileira dos Aposentados, Pensionistas e Idosos (COBAP) admitida no recurso na condição de *amicus curiae* nos termos do parágrafo 4º do artigo 543-C do CPC, permitindo com isso um debate mais plural e mais argumentativo possível³⁶:

Antes de falarmos do julgamento em si, urge esclarecer que o segurado teve provido seu recurso especial no sentido de que é possível a renúncia à aposentadoria para aquisição de benefício mais vantajoso, sem a obrigatoriedade de devolução dos valores recebidos no primeiro benefício. Esta foi a conclusão do STJ a despeito de não haver previsão legal para tal procedimento, apesar do parágrafo 2º do artigo

³⁶ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=25154633&num_registro=201201463871&data=20121015&formato=PDF>, último acesso em: 20 jan. 2017.

18, da Lei nº 8.213/91 estabelecer que o segurado aposentado pelo Regime Geral de Previdência que a ele retorna tem direito apenas aos benefícios de salário-família e reabilitação profissional.

A corte entendeu que benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistências pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que desejava preterir para concessão de novo e posterior jubilação.

Por outro lado, destaca-se que o processo é um perfeito exemplo do quanto tormentoso é o item, a sentença fora de improcedência, tendo sido reformada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região para permitir a renúncia com nova aposentadoria, porém desde que devolvidos os valores recebidos no primeiro benefício. Em sede de Recurso Especial, o Ministério Público opinou por não provimento do pleito.

As informações constantes no *site* do STJ dão conta de que o recurso especial repetitivo foi cadastrado naquele tribunal superior como *tema 563*. E, em razão de sua afetação como recurso paradigma, o Tribunal informa que existiam 26.250 recursos suspensos nos Tribunais de Segunda instância, ou seja, 26.250 processos envolvendo os anseios de 26.250 jurisdicionados. Um volume expressivo que provavelmente desaguaria nos escaninhos do Tribunal Superior, esperando julgamento caso não fosse permitido o julgamento por amostragem.

As estatísticas referem-se apenas a processos sobrestados em segunda instância, pois pela sistemática do antigo CPC, tal qual o atual inciso II, do artigo 1.037, não havia obrigatoriedade de suspensão para os processos em trâmite em 1º grau de jurisdição. Chama a atenção o fato de que o regime dos recursos especiais repetitivos foi criado em 2008 com a Lei nº 11.672 e a afetação do tema da desaposentação deu-se somente em 23 de agosto de 2012.

As primeiras ações relacionadas ao tema surgiam a partir de 1996, destarte diversas ações foram julgadas e transitaram em julgado, muitas como procedentes, muitas como improcedentes. Assim, existem segurados recebendo em razão de decisão judicial e segurados que tiveram seu pleito negado, ou seja, pessoas em condições iguais, porém, com resultados diferentes.

Não é o objetivo dos argumentos aqui presentes fazer girar de volta a roda do tempo, mas, apenas, por meio desses fatos históricos, demonstrar a necessidade de se ter um posicionamento uniforme da justiça acerca de qualquer tema, demonstrando quão útil pode ser a objetivação dos julgamentos no STF e STJ, principalmente, conforme o objeto deste trabalho, por intermédio dos recursos repetitivos.

Conforme antes mencionado, o recurso especial da Autarquia restou improvido e o do segurado “provido para declarar a desnecessidade de devolução dos valores da aposentadoria renunciada”.

Todavia, para a compreensão da sistemática dos recursos repetitivos, é de interesse, neste momento, a análise de outro decisório de destaque no curso do mesmo

recurso especial. Trata-se da decisão monocrática de 23 de agosto de 2012, na qual o relator:

- a) admite os recursos especiais interpostos;
- b) promove sua afetação como representativo de controvérsia com fulcro no artigo 543-C do CPC e artigo 2º, parágrafo 1º, da resolução STJ 8/2008;
- c) delimita a controvérsia a ser dirimida em repetitivo nos seguintes termos: “Possibilidade de renunciar à aposentadoria concedida (desaposentação) no Regime Geral de Previdência Social e necessidade de devolução dos valores recebidos pelo segurado para novo e posterior jubileamento”;
- d) promove a remessa dos autos à Primeira Seção e comunicação a seus Ministros integrantes, bem como aos presidentes dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais com o fito de suspender os recursos que versem sobre a mesma controvérsia. Tal medida talvez seja a que melhor define o espírito do julgamento por amostragem, que é o de suspender processos que tratem da mesma tese jurídica para que sejam decididos *a posteriori* conforme o desfecho do “caso piloto”;
- e) concede vistas ao Ministério Público pelo prazo de 15 dias, parágrafo 5º do artigo 543-C;
- f) determina a suspensão do julgamento dos recursos especiais sobre o tema distribuídos ao próprio Relator ³⁷.

Mais do que o acórdão decisório do tema, comentado anteriormente, a decisão monocrática, ora em discussão, é um excelente exemplo prático para entender a sistemática do julgamento, segundo a técnica dos recursos repetitivos.

Resta assim a prática do processo de afetação de um recurso para que tenha seu tema julgado nos ditames da técnica de recursos repetitivos: a partir da medida de afetação, o recurso pinçado dentre tantos terá um tratamento de objetivação do seu julgamento, ou seja, deixa de ter o modelo individualista de ‘a contra b’, de ‘Caio contra Tício’ ou do segurado contra o INSS, passando a ser um julgamento em abstrato do tema afetado, cuja conclusão deverá surtir efeito em todos aqueles processos represados.

4. CONCLUSÕES

Em face de tudo apresentado sobre aposentação e desaposentação, mormente à luz do princípio da solidariedade vigente no sistema brasileiro, fica evidente que esta não era a melhor interpretação para o tema, em que pese a falta de coerência da conclusão a que chegou o STJ, foram preservados os primados da segurança

³⁷ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisooes/?num_registro=201201463871&dt_publicacao=23/08/2012>, último acesso em: 20 jan. 2017.

jurídica e do interesse público iminentes à resolução do litígio de uma multidão de demandantes.

Por envolver celeuma quanto à aplicação de lei federal, alçada precípua de atuação do Superior Tribunal de Justiça, a Colenda Corte deveria apresentar uma solução quanto à melhor aplicação da Lei nº 8.213/91, tanto para o tema em estudo quanto para outras demandas de vulto contra o INSS. Ao tratar de lides inúmeras vezes repetidas perante vários tribunais, a solução pela técnica do julgamento das demandas repetitivas parece ser a mais adequada.

A despeito disso, a solução definitiva para a lide coletiva ora em comento não partiu do Superior Tribunal de Justiça, talvez pela ideia que parece permear o mundo jurídico brasileiro de que qualquer causa, desde a mais simples briga entre vizinhos até uma complexa ação a respeito de patentes industriais, só terá um final justo se julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

No Brasil a conduta jurídica parece ter sempre a intenção de levar quaisquer ações para a mais alta instância possível, para ao fim, se restarem improcedentes, encontrar algum lampejo de infração ao texto constitucional com o fito de levá-la ao STF.

No caso aqui estudado, antes mesmo do recebimento no STJ pelo rito dos repetitivos, foi deduzida acerca da tese da desaposentação a repercussão geral que restou reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, ficando a matéria tema afetada ao Plenário do Tribunal Excelsior.

Em que pese as ações previdenciárias de vulto estarem na exata medida de atuação e competência do STJ, percebe-se que, quanto ao tema ora objeto de análise, o STF soube captar mais rápido a relevância do pleito.

Contudo, não há motivo para desânimo, já que todos os mecanismos de solução de litígios em massa devem somar-se para uma pacificação social. Evidentemente restam ainda outros percalços, cujo remédio jurídico será apenas a mudança de mentalidade, que se espera ocorrer com o amadurecimento do instituto jurídico do julgamento dos recursos repetitivos e todas as fórmulas de igual jaez.

Assim, com base nos argumentos até aqui expostos, é possível afirmar que a criação desse mecanismo no âmbito do STJ é muito bem-vindo ao ordenamento jurídico brasileiro e tem muito a contribuir para a harmonização das decisões recursais, servindo desse modo ao primado da segurança jurídica.

A referida Repercussão Geral referente ao tema da desaposentação foi cadastrada perante o STF, como *tema 503* e foi julgada em 26 de outubro, de 2016, tendo o plenário do STF fixado a tese no sentido de ser inviável o recálculo do benefício por meio da desaposentação, segundo o entendimento de que somente a lei pode fixar critérios para que os benefícios sejam recalculados, reconhecendo-se, assim, a constitucionalidade do artigo 18, parágrafo 2º, da Lei nº 8.213/1991³⁸.

³⁸ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4157562&numeroProcesso=661256&classeProcesso=RE&numeroTema=503>>, último acesso em: 20 jan. 2017.

Desse modo, é legítimo admitir que a tutela jurídica pluri-individual já é realidade na sociedade brasileira, muito embora ajustes ainda precisem ser feitos, alguns de natureza constitucional. Nesse sentido, o Código de Processo Civil tem muito a contribuir para a (r)evolução ora em marcha e para a implantação de um regime de precedentes brasileiro.

Assim, os recursos repetitivos consistem numa técnica que muito tem contribuído e ainda tem muito a contribuir para consecução da pacificação entre as pessoas por intermédio do direito. Entretanto, tal harmonização não depende de uma só ferramenta, mas de todo um sistema preparado a conceder aos cidadãos a verdadeira dicção do direito nas diferentes formas em que se apresente.

Continuarão a existir conflitos de ordem individual, nos quais o Estado Juiz precisará se debruçar sobre os fatos, sobre as ações, sobre os convencimentos individualmente esboçados. Contudo, em alguns momentos, a visão da justiça não recairá sobre partes processuais individualmente identificadas, mas, sim, sobre temas sociais relevantes que serão debatidos objetivamente com o maior apuro técnico possível e riqueza de fundamentos, cujo entendimento final estenderá sua força de forma coletiva e com a mesma eficácia exercida caso a caso. Consequentemente, em ações com tal caráter, o poder jurisdicional impor-se-á com maior propriedade, posto que não haverá situações de discrepância na aplicação do direito, não ocorrendo, assim, injustiças por decisões e aplicações divergentes do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Pesquisa sobre os 100 maiores litigantes. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>, último acesso em: 15 jan. 2017.

_____. A Justiça em números 2015. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-justica-numeros-2015-final-web.pdf>>, último acesso em: 20/01/2017.

_____. A Justiça em números 2016. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>, último acesso em: 20/01/2017.

DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DONIZZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GUNTHER, Klaus. *The Sense of appropriateness: application discourses in Morality and Law*. Trad. John Farrel. Albany: State University of New York Press, 1993.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

JORGE, Flávio Cheim. Dos Recursos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) et al. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna (Coord.). *Prática previdenciária: a defesa do INSS em juízo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. V. 2. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposeção*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, Dierle. Do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2320.

PRADO, Leandro Cadenas. *Servidores públicos federais: Lei 8.112/90*. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

SILVA, Elisa Maria Corrêa. *Inconstitucionalidade da desaposeção*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Boletim Estatístico*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/sumario.asp>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

STEPHANES, Reinhold. *Reforma da previdência sem segredos*. Rio de Janeiro: Record, 1998, p. 94 *apud* CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

A EXECUÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA DE ACORDO COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Graziella Moliterni Benvenuti¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A multa cominatória. 2.1. Critérios para a fixação da multa. 2.2. A multa cominatória em face da Fazenda Pública. 2.2.1. Possibilidade jurídica e efetividade. 2.2.2. Valor e prazo a serem fixados. 3. A execução da multa cominatória em face do particular. 3.1. Título executivo: certeza, liquidez e exigibilidade. 3.1.1. Execução provisória. 3.2. Cálculo. 3.3. Defesa do executado. 3.4. Valor total e a possibilidade de sua alteração. 4. A execução da multa cominatória em face da Fazenda Pública. 4.1. A execução de quantia certa em face da Fazenda Pública no novo CPC. 4.2. Defesa da Fazenda Pública. 4.3. Redução do valor total: prejuízo ao erário. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

RESUMO

À Fazenda Pública são impostas diversas obrigações de fazer e de não fazer, de maneira que é possível a imposição de multa cominatória em caso de descumprimento da ordem judicial, de acordo com a doutrina e jurisprudência majoritária. A multa cominatória tem natureza acessória e coercitiva, tendo em vista que seu objetivo é atuar na vontade do executado para pressioná-lo a cumprir o comando judicial. O valor da multa cominatória é devido ao exequente e será cobrado mediante cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, pois o título executivo é judicial. Em relação à Fazenda Pública, o procedimento também passa a ser por meio de cumprimento de sentença. A Fazenda Pública será intimada, após o trânsito em julgado do processo de conhecimento, para, se for o caso, impugnar no prazo de 30 dias úteis. Em sua impugnação, o Poder Público pode alegar, entre outras matérias, a inexigibilidade da multa e excesso de execução, e pode requerer a redução do valor da multa, em virtude de sua desproporcionalidade.

Palavras-chaves: Multa cominatória. Astreintes. Obrigação de fazer e de não fazer. Fazenda Pública. Execução.

1. INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho é a execução de quantia certa decorrente de imposição de multa cominatória à Fazenda Pública em casos de obrigação de fazer e não fazer.

À Fazenda Pública são impostas diversas obrigações, tais como fornecimento de medicamentos, realização de tratamentos médicos, concessão de aposentadoria, concessão de gratificações salariais, apresentação de informações, etc. E a lei processual autoriza a fixação de multa cominatória, as chamadas *astreintes*, em caso de descumprimento da ordem judicial.

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela ESPGE-SP. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo.

Dessa forma, iremos analisar em quais hipóteses a multa imposta perante a Fazenda Pública pode ser afastada ou seu valor reduzido, conforme o novo Código de Processo Civil (CPC/2015).

Em um primeiro momento, estudaremos a multa cominatória e sua previsão legal, sua natureza jurídica e de que forma ela pode ser fixada pelo juiz. Após, veremos a possibilidade jurídica de imposição das *astreintes* ao Poder Público e se ela é efetiva como meio de execução indireta.

Em seguida, estudaremos a execução dos valores da multa perante o particular: o título executivo, a possibilidade de execução provisória, a defesa do executado e a possibilidade de alteração do valor total.

Por fim, analisaremos a execução do montante total da multa perante a Fazenda Pública a partir do estudo do procedimento da execução de quantia certa contra a Fazenda no CPC/2015, da defesa do Poder Público nesse caso e da possibilidade de alteração do montante cobrado.

2. A MULTA COMINATÓRIA

A multa cominatória, consistente em um meio executivo coercitivo que visa a influenciar a vontade do executado a cumprir determinada obrigação imposta pelo juiz, está prevista nos artigos 536 e 537 do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), no capítulo do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer, de não fazer e de entregar coisa.

O artigo 537 do CPC/2015 regula a aplicação da multa cominatória, que pode ser fixada independentemente de requerimento da parte, pelo juiz, “desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável pelo cumprimento do preceito”, e em qualquer fase do processo, inclusive em sede recursal.

Segundo Cassio Scarpinella Bueno, essa medida não tem natureza compensatória, indenizatória ou sancionatória, sendo que “sua natureza jurídica repousa no caráter *intimidatório*, para conseguir, do próprio réu (executado), o específico comportamento (ou abstenção) pretendido pelo autor (exequente) e determinado pelo magistrado” (2014, p. 407).

Conforme a lição de Cândido Rangel Dinamarco, as multas atuam “mediante o agravamento da situação do obrigado renitente”, de modo a onerá-lo à medida que não cumpre o comando judicial, “sempre com o objetivo de criar em seu espírito a consciência de que lhe será mais gravoso descumprir do que cumprir a obrigação emergente do título executivo” (2009, p. 535).

Além disso, a multa cominatória é uma medida executiva típica, na medida em que está prevista no rol das medidas necessárias à satisfação do exequente do art. 536, § 1º, do CPC/2015, e pode ser imposta pelo juiz de ofício. Segundo Paulo Eduardo D'arce Pinheiro, “(...) a multa é poder-dever coercitivo típico, de maneira que o legislador, ao dar consecução ao princípio constitucional da efetividade, já fez uma escolha pelo seu cabimento, que, inequivocamente, representa uma intervenção na esfera patrimonial do jurisdicionado” (2011, p. 279).

Ademais, a multa tem caráter acessório em relação à ordem contida na decisão judicial que a fixou, na medida em que só tem razão de existir quando o fim a que se destina ainda pode ser alcançado, de modo que sua incidência está vinculada à possibilidade prática de cumprimento da obrigação (AMARAL, 2010, p. 81-83).

De acordo com Guilherme Rizzo Amaral, um conceito de multa cominatória consistiria em “técnica de tutela coercitiva e acessória, que visa a –pressionar o réu para este cumpra mandamento judicial, sendo a pressão exercida através de ameaça ao seu patrimônio, consubstanciada em multa periódica a incidir em caso de descumprimento” (2010, p. 101).

2.1. Critérios para a fixação da multa

A lei processual não fixa o valor e a periodicidade da multa, nem o prazo que deve ser concedido para o cumprimento da ordem. O art. 537, *caput*, do CPC/2015, dispõe que a fixação da multa deve ser “suficiente e compatível com a obrigação” e que o prazo seja razoável para o cumprimento do preceito.

Como o meio executivo deve ser o mais eficiente e eficaz, capaz de “levar o executado ao cumprimento específico e espontâneo da obrigação exequenda”, não é possível haver limites preestabelecidos para a fixação do valor e do prazo, o que não significa que sua fixação deve ser isenta de parâmetros (BALEOTTI, 2011).

Como a multa deve agir sobre a vontade do executado, ela deve ser imposta de maneira a exercer adequadamente e proporcionalmente essa função. Assim, a multa “não pode ser insuficiente a ponto de não criar no obrigado qualquer receio quanto às consequências de seu não acatamento”, bem como não deve ser “desproporcional ou desarrazoada a ponto de colocar o executado em situação vexatória” (BUENO, 2014, p. 407).

Dessa maneira, o juiz deve fixar o valor da multa, a sua periodicidade e o prazo para o cumprimento da obrigação de acordo com as circunstâncias do caso, objetivando o cumprimento da tutela específica.

Quanto à fixação do valor inicial, o magistrado deve levar em conta o conteúdo econômico da obrigação, na medida em que a ameaça da multa deve ser financeiramente desvantajosa ao executado; a relevância do bem jurídico; a capacidade financeira do devedor, que revelará a sua capacidade de resistência; e as vantagens que o devedor teria com o descumprimento da ordem judicial (custo-benefício) (MARGAZÃO, 2013, p. 181-185).

Como a principal finalidade da multa é exercer pressão sobre a vontade do executado em cumprir a ordem judicial, o valor da multa pode resultar em quantia superior ao que se atribui ao bem jurídico visado (TALAMINI, 2003, p. 248).

Após fixar determinado valor, o juiz, de ofício ou a requerimento, pode alterar esse valor, diminuindo-o ou aumentando-o, caso a multa tenha se revelado muito excessiva ou inócua.

O CPC/2015 dispõe que o valor também pode ser modificado caso o executado demonstre cumprimento parcial superveniente ou justa causa para o seu descumprimento.

Em primeiro lugar, necessário distinguir duas situações em relação à primeira hipótese: a do cumprimento parcial no prazo estipulado e a do cumprimento parcial após esse prazo.

O art. 537, § 1º, II, do CPC/2015 trata da segunda hipótese e permite ao juiz alterar o valor ou a periodicidade da multa ou excluí-la se o executado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação.

Importante destacar que o montante da multa que incidiu durante o período em que nenhuma parte da obrigação foi cumprida não pode ser reduzido a princípio.

Assim, no caso de cumprimento parcial, para o futuro, o magistrado pode redefinir o valor conforme o que restou para o réu cumprir; e retroativamente, pode “suprimir o montante já incidente proporcionalmente ao que foi cumprido da obrigação e desde a data do cumprimento parcial” (AMARAL, 2015, p. 1409).

Em outras palavras, a partir do cumprimento parcial da obrigação, o juiz pode diminuir o valor unitário da multa, ou excluí-la a partir dessa data.

Já quanto à justa causa para o descumprimento da ordem judicial, a sua demonstração ocasiona a não incidência da multa no período que perdurar a justa causa, independentemente da culpa do executado, tendo em vista que a *astreinte* não possui natureza punitiva, de modo que ela só pode continuar incidindo se há a possibilidade de cumprimento da obrigação pelo devedor (AMARAL, 2015, p. 1410).

Em relação à sua periodicidade, a sua fixação deve observar as características da obrigação, de forma que pode ser imposta em um momento único de incidência (“multa fixa”) ou vinculada a outro critério de incidência (por unidade de tempo, por evento, etc.) (MARZAGÃO, 2013, p. 178-179)

Em casos em que a obrigação deva ser cumprida em uma única oportunidade ou em que a violação de um dever de não fazer ocorra por ato de eficácia espontânea, não há razão para a fixação de multa por unidade de tempo ou outro critério (TALAMINI, 2003, p. 242).

A diferença entre a multa fixa e a por unidade de tempo ou outro critério consiste em que a primeira incide após o inadimplemento da obrigação e a última incide enquanto ainda é possível o cumprimento da obrigação (TALAMINI, 2003, p. 243).

Por fim, o prazo para o cumprimento da ordem judicial deve ser razoável, de maneira a se amoldar às peculiaridades da obrigação a ser cumprida. Dessa forma, o prazo deve ser suficiente para que o executado cumpra a prestação e não muito extenso a ponto de o exequente ver seu direito a razoável duração do processo violado.

2.2 A multa cominatória em face da Fazenda Pública

2.2.1. Possibilidade jurídica e efetividade

A possibilidade jurídica de fixação de multa cominatória em face da Fazenda Pública é defendida pela imensa maioria da doutrina² e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já pacificou o seu cabimento.

Apenas isoladamente, sem fazer extensa análise sobre o tema, Vicente Greco Filho entende não ser cabível a multa em face do Poder Público, pois nessa hipótese “a multa não tem nenhum efeito cominatório, porque não é o administrador renitente que irá pagá-la, mas os cofres públicos, ou seja, o povo”, e assim sendo, “não tem sentido sua utilização como meio coercitivo” (GRECO FILHO, 2008, p. 75).

Todavia, o entendimento do STJ já se sedimentou no sentido de que é possível a fixação de *astreintes* em face da Fazenda Pública: “É cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de multa diária (astreintes) como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer (fungível ou infungível) ou entregar coisa” (STJ, AgRg no AgRg no REsp 1108445/MS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 10/08/2015)³.

² Os seguintes autores entendem como cabível a fixação de multa cominatória em face da Fazenda: Eduardo Talamini (2003, p. 246-247); Cassio Scarpinella Bueno (2014, p. 422-423); Evandro Carlos de Oliveira (2011, p. 170-174); Guilherme Rizzo Amaral, (2010, p. 127-130); Leonardo Carneiro da Cunha (2013, p. 167, 395).

³ Em pesquisa realizada em 23/10/2015, no sítio do STJ (www.stj.jus.br/SCON), com as palavras: “fazenda” “pública” “multa” “diária”, selecionou-se acórdãos de 6/10/2015 a 21/10/2014, em que todos admitem a possibilidade de fixação de multa em face da Fazenda Pública para o descumprimento de determinação judicial: AgRg no REsp 1073448/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 06/10/2015, DJe 15/10/2015; AgRg no AREsp 730.021/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 08/09/2015, DJe 23/09/2015; AgRg no AREsp 619.408/SE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 25/08/2015, DJe 03/09/2015; AgRg no AgRg no REsp 1108445/MS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 10/08/2015; REsp 1526806/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 23/06/2015, DJe 05/08/2015; AgRg no AREsp 622.345/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/05/2015, DJe 04/08/2015; AgRg no AREsp 561.797/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 19/05/2015, DJe 03/06/2015; AgRg no AREsp 296.918/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 19/05/2015, DJe 03/06/2015; AgRg no AREsp 542.200/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 12/05/2015, DJe 21/05/2015; AgRg no AREsp 608.829/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 15/05/2015; AgRg no AREsp 595.272/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/03/2015, DJe 06/04/2015; AgRg no AREsp 626.048/PA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 24/02/2015, DJe 03/03/2015; AgRg no AREsp 555.542/AC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10/02/2015, DJe 18/02/2015; AgRg no REsp 1465952/MS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 04/12/2014, DJe 11/12/2014; AgRg no AREsp 597.211/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 20/11/2014, DJe 28/11/2014; AgRg no REsp 1479299/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/11/2014, DJe 26/11/2014; AgRg no AREsp 575.721/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 06/11/2014, DJe 12/11/2014; AgRg no REsp 1467280/AL, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 23/10/2014, DJe 05/11/2014; AgRg no AREsp 564.753/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 21/10/2014, DJe 29/10/2014.

Recentemente, em sede de Recurso Repetitivo⁴, o STJ entendeu cabível a fixação de multa diária em face da Fazenda Pública em caso de fornecimento de medicamento para o tratamento de doença. Segundo o tribunal superior:

A particularidade de impor obrigação de fazer ou de não fazer à Fazenda Pública não ostenta a propriedade de mitigar, em caso de descumprimento, a sanção de pagar multa diária”, conforme prescreve o § 5º do art. 461 do CPC/1973. E, em se tratando do direito à saúde, com maior razão deve ser aplicado, em desfavor do ente público devedor, o preceito cominatório, sob pena de ser subvertida garantia fundamental.

Não poderia ser diferente, pois o CPC/1973 e o CPC/2015 não fizeram distinção entre a execução de obrigações de fazer e de não fazer em face de particulares e da Fazenda Pública, de modo que todos os meios coercitivos podem ser aplicados para o Poder Público.

Segundo Leonardo Carneiro da Cunha, “em se tratando de ação contra a Fazenda Pública, não há regra diferente, já que as obrigações de fazer e não fazer não se submetem à sistemática de precatórios. Então, o regime é o mesmo, caso o devedor seja a Fazenda Pública” (2013, p. 395)

Ademais, embora a Fazenda Pública tenha determinadas prerrogativas, não há nenhuma referente ao cumprimento de obrigação de fazer e não fazer.

O cerne da questão não parece ser o cabimento da multa coercitiva em face do Poder Público, mas, sim, a sua efetividade, tendo em vista que ela não atinge diretamente o patrimônio do agente público.

Como a multa é fixada em face de uma pessoa jurídica de direito público, questiona-se se ela seria capaz de exercer a pressão psicológica necessária para que o agente cumpra determinada ordem judicial.

Quando a multa é imposta a uma pessoa jurídica, ela tende a ser eficaz “apenas nas hipóteses em que possa, dada a estrutura peculiar de cada pessoa jurídica, atingir também uma vontade humana” (GUERRA, 2003, p.130). E quando a pessoa jurídica é de direito público, a multa seria capaz de influenciar a vontade do servidor?

Segundo Marcelo Lima Guerra, em se tratando de pessoa jurídica de direito público, dotada de impessoalidade, acaba sendo remota a possibilidade da fixação da multa exercer uma pressão psicológica sobre a vontade da pessoa responsável pelo cumprimento da obrigação, tendo em vista que a multa recairá sobre o patrimônio da pessoa jurídica. Assim, a pessoa jurídica deverá propor ação regressiva contra o agente que deu causa à incidência da medida. Ocorre que por diversas razões, políticas e de outra natureza, não há certeza de que tal ação será proposta, o que retiraria a sua força coercitiva (2003, p. 130).

⁴ STJ, REsp 1474665/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 26/04/2017, DJe 22/06/2017.

Embora a multa não atinja diretamente o servidor, ele está sujeito a uma possível ação regressiva, bem como deve observar o regime jurídico dos servidores públicos, que disciplina que é seu dever exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo.

O art. 116 da Lei nº 8.112/90 (regime jurídico dos servidores públicos da União, das autarquias e das fundações públicas federais) dispõe que são deveres do servidor, entre outros, ser leal às instituições a que servir, atender com presteza e zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público, do que se compreende que o servidor deve zelar pelo erário, cumprindo as ordens judiciais.

Com efeito, o art. 241, XI, da Lei nº 10.261/1968, do Estado de São Paulo (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado) dispõe que é dever do servidor: “atender prontamente, com preferência sobre qualquer outro serviço, às requisições de papéis, documentos, informações ou providências que lhe forem feitas pelas autoridades judiciárias ou administrativas, para defesa do Estado, em Juízo”.

Dessa forma, o servidor público que deliberadamente não cumpre uma ordem judicial está sujeito às sanções administrativas de seu regime jurídico.

Portanto, é evidente que a fixação de multa cominatória em face do Poder Público não exerce a mesma pressão psicológica da fixada em face do particular, que responde com o seu patrimônio, mas ela certamente influencia o comportamento do servidor, a fim de cumprir a decisão no prazo estipulado.

Diante da possibilidade de incidência de multa, o servidor irá agir com o objetivo de realizar a ordem judicial, pois, o erário poderá ser atingido, sendo certo que o Estado poderá ajuizar ação de regresso em face do agente que deliberadamente não deu cumprimento à ordem judicial, além da possibilidade de instauração de processo administrativo disciplinar e de ajuizamento de ação de improbidade administrativa.

2.2.2. Valor e prazo a serem fixados

Os critérios de adequação e proporcionalidade citados anteriormente devem ser seguidos, a fim de causar a pressão psicológica nos agentes públicos, ainda que eles não respondam diretamente pelo valor da multa.

E também deve ser levado em conta que o valor final da multa, caso seja devido, será cobrado dos cofres públicos.

Por exemplo, em caso do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que um município fora obrigado a adotar providências para sanar irregularidades na prestação de serviço de saúde, a multa diária foi reduzida de R\$ 1.000,00 para R\$ 500,00, porque “a sua cobrança refletirá de forma impactante no orçamento público, que deve abranger todas as demandas sociais” (TJSP, Agravo de Instrumento 2004841-82.2015.8.26.0000, Relator(a): Djalma Lofrano Filho; Comarca: Birigüi; Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 05/08/2015; Data de registro: 12/08/2015).

Alguns magistrados fixam um determinado valor por dia, ou outro critério, limitando o valor total a certo número de dias ou a uma quantia. Por exemplo, o magistrado fixa a multa em R\$ 500,00 por dia, limitando-se o valor total a 30 dias ou a R\$ 10.000,00⁵.

Em relação ao prazo para o cumprimento da obrigação, deve ser considerado que a Administração Pública não tem o mesmo fluxo de trabalho que uma empresa, dependendo de certos procedimentos administrativos e imposições legais para cumprir a ordem judicial.

Não estamos defendendo que devem ser concedidos prazos elásticos à Fazenda Pública em função de sua burocracia, mas apenas ressaltando que a Administração está sujeita a certos procedimentos definidos em lei que uma pessoa jurídica de direito privado ou uma pessoa física não está.

O que será realizado pelo Poder Público deve ser considerado pelo magistrado, bem como eventual manifestação ou impugnação da Fazenda comprovando que não é possível o cumprimento da obrigação no prazo estabelecido.

Caso a Fazenda comprove que o prazo é insuficiente para o cumprimento da ordem judicial dentro do prazo fixado, o magistrado pode excluir a multa fixada e definir novo prazo para a realização da prestação, com nova multa.

3. A EXECUÇÃO DA MULTA COMINATÓRIA EM FACE DO PARTICULAR

A multa cominatória deverá ser cobrada mediante execução de obrigação de pagar quantia certa, pelo credor da obrigação de fazer ou de não fazer, pois o valor da multa reverte a ele.

3.1. Título executivo: certeza, liquidez e exigibilidade

Para dar início a uma execução forçada, é necessário um título executivo que tenha os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade.

Na execução da multa, o título executivo é judicial consistente na decisão que fixou a multa, com base no art. 537 do CPC/2015, “ainda quando se tratar de

⁵ Confira-se trecho de voto de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Note-se ser adequado a fixação da multa, entretanto, comporta redução devendo ser fixada para R\$ 250,00 por dia, até o limite de R\$ 15.000,00, pois tal multa não pode atingir valores irrealis e passar a ter mais relevância que o próprio objeto da lide” (TJSP, Apelação 1001800-51.2015.8.26.00477, Relator(a): Claudio Augusto Pedrassi; Comarca: Praia Grande; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 15/12/2015; Data de registro: 18/12/2015). Em caso de implementação de benefício em folha para o Município de São Paulo, o STJ considerou que a multa diária fixada em R\$ 1.000,00, limitada a trinta dias não deveria ser alterada, pois seu valor não se mostrava infimo nem exorbitante (STJ, EDcl no AgRg no AREsp 20.461/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19/11/2013, DJe 25/11/2013).

decisão *interlocutória* antecipatória dos efeitos da tutela jurisdicional” (BUENO, 2014, p. 408).

Com efeito, de acordo com o art. 515, I, do CPC/2015, as decisões que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa são títulos executivos judiciais, cuja execução se dá mediante cumprimento de sentença.

Quanto ao atributo da certeza, a decisão que fixa as *astreintes* é certa quando se verifica quem são o credor da multa e o devedor, o termo inicial da multa (descumprimento da ordem judicial), seu termo final e o valor individual da multa (AMARAL, 2010, p. 249).

Já a liquidez é verificada na decisão que individualiza o valor da multa, de maneira a possibilitar o cálculo a partir do decurso do prazo estabelecido até o cumprimento da obrigação (CARVALHO, 2011).

Por fim, a multa é exigível no momento em que a decisão que a impôs é eficaz, ou seja, quando transcorreu o prazo estabelecido sem o cumprimento da ordem judicial pelo executado e desde que eventual recurso em face da decisão não tenha sido recebido com efeito suspensivo. Em outras palavras, “a exigibilidade da multa repousa exclusivamente na eficácia da própria decisão que determina sua incidência, respeitado eventual intervalo fixado pelo magistrado para que o executado cumpra voluntariamente a ordem” (BUENO, 2014, p. 409).

Para cobrar a multa, é necessário que esteja comprovado o descumprimento da ordem judicial pelo réu. Por isso, a execução de *astreintes* é condicional, na medida em que para exigi-la é preciso demonstrar que a obrigação não foi cumprida pelo devedor, quanto durou o inadimplemento e qual o montante definido pelo período (WAMBIER, 2012).

Nos casos em que a violação à obrigação está em curso, a multa será exigível ao vencimento de cada unidade periódica, a partir do momento em que estiver demonstrado a desobediência à ordem judicial (DINAMARCO, 2009, p. 541).

3.1.1. Execução provisória

Na vigência da lei processual anterior, o STJ, em sede de recurso repetitivo, fixou a tese de que “a multa diária prevista no § 4º do art. 461 do CPC, devida desde o dia em que configurado o descumprimento, quando fixada em antecipação de tutela, somente poderá ser objeto de execução provisória após a sua confirmação pela sentença de mérito e desde que o recurso eventualmente interposto não seja recebido com efeito suspensivo” (REsp 1200856/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/07/2014, DJe 17/09/2014).

Não obstante, o art. 537, § 3º, do CPC/2015, dispõe que a decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório⁶.

⁶ Sobre a discussão sobre a possibilidade de execução da multa cominatória antes do trânsito em julgado do processo ver: OLIVEIRA, 2011, p. 165-169; ALMEIDA, 2014.

De acordo com o dispositivo legal, na execução provisória da multa, o valor deverá ser depositado em juízo, e o levantamento somente ocorrerá após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte⁷, resguardando o devedor de uma execução injusta.

Esta disposição legal está de acordo com o entendimento de que a multa cominatória pode ser executada imediatamente após o descumprimento da obrigação, para que seja efetivamente uma medida coercitiva.

Conforme a lição de Cassio Scarpinella Bueno:

Deixar a multa do art. 461 para ser cobrada apenas depois do trânsito em julgado e, pois, depois da fixação definitiva das responsabilidades de cada parte pelos fatos que ensejaram a investida jurisdicional, seria esvaziar o que ela tem de mais relevante: a possibilidade de influenciar a vontade do executado e compeli-lo ao acatamento da determinação judicial e, conseqüentemente, à satisfação do exequente, que teve reconhecido em seu favor o direito à prestação da tutela jurisdicional. (BUENO, 2014, p. 409).

Embora não concordamos que não haja nenhuma coerção na fixação da multa diária, ainda que sua cobrança ficasse condicionada ao trânsito em julgado, pois o executado teria ciência que o não cumprimento da obrigação afetaria diretamente o seu patrimônio, é certo que a possibilidade de execução provisória traz mais efetividade à multa cominatória como medida executiva indireta, na medida em que o patrimônio do devedor pode ser atingido imediatamente.

3.2. Cálculo

A quantia total da multa deve ser calculada a partir da soma dos valores referentes ao período de descumprimento da decisão, entre a data do termo inicial e a data do final (ABELHA, 2015, p. 240).

Dessa forma, a execução se dará por mero cálculo aritmético, sendo dispensável a fase de liquidação (TALAMINI, 2003, p. 262).

O exequente da multa, então, apresentará planilha de cálculo, de acordo com o art. 524 do CPC/2015, e o executado será intimado para pagar o débito, no prazo de 15 dias (art. 523 do CPC).

Quanto à incidência de correção monetária, o valor fixado deve ser corrigido a partir da data de seu arbitramento (AMARAL, 2010, p. 272).

⁷ Na redação original do CPC/2015, era possível o levantamento do valor na pendência de agravo em face de decisão que inadmitiu recurso especial e/ou recurso extraordinário. A Lei 13.256/2016 alterou o art. 537, § 3º, do CPC/2015 para retirar essa hipótese.

Quanto à incidência de juros de mora, Guilherme Rizzo do Amaral entende que não incide juros desde a fixação da multa cominatória, pois como o crédito da multa pode ser alterado, não há “como punir a mora do réu antes que tais valores sejam expressamente exigidos”. É a partir do decurso do prazo de 15 dias para o pagamento do crédito, após a intimação do executado, que devem incidir os juros (AMARAL, 2010, p. 272).

Já segundo Eduardo Talamini, os juros devem ser contados a partir da exigibilidade em caráter definitivo do valor total da multa (2003, p. 261).

No STJ, não há posição dominante⁸. Em julgado da Terceira Turma, determinou-se que “não incidem juros de mora sobre a multa imposta pelo descumprimento de obrigação de fazer, sob pena de configurar bis in idem” (REsp 1327199/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/04/2014, DJe 02/05/2014). Segundo a Relatora do voto vencedor, como a multa cominatória tem natureza acessória em relação à obrigação principal, bem como não tem caráter indenizatório, não incidem juros⁹.

Por outro lado, em outros dois julgados, o entendimento não foi o mesmo. Em acórdão da Segunda Seção, o valor total das *astreintes* foi reduzido, determinando-se a atualização monetária e incidência de juros de mora a partir do julgamento (STJ, Rel. 7.861/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 11/09/2013, DJe 06/03/2014).

⁸ Pesquisa realizada no sítio do STJ (www.STJ.jus.br/SCON) com as palavras “juros”, “multa”, “diária” e “astreintes” em 07/01/2016.

⁹ Confira-se trecho do voto: “09. O escopo da multa é impulsionar o devedor a assumir um comportamento tendente à satisfação da obrigação assumida perante o credor. E é por isso, aliás, que “o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva” (§ 6º do art. 461 do CPC). Insuficiente ou excessiva, frise-se, no poder de intimidar o devedor, tendo em conta o seu comportamento frente à ordem que lhe foi dada. 10. Nesse contexto, o título executivo que impõe ao devedor uma obrigação de fazer ou não fazer, sob pena de multa, segundo a regra do § 4º do art. 461 do CPC, contém, na realidade, duas obrigações: a principal (entrega do bem da vida pretendido pelo credor) e a acessória (pagamento da multa, acaso e enquanto não cumprida a primeira). 11. Então, a multa não é um fim em si mesma, mas o meio, que, portanto, só existe e se justifica para a efetiva consecução da tutela jurisdicional relativa ao bem da vida que o credor pretende obter – o fazer ou não fazer. Não se presta, pois, a compensar o credor pela resistência do devedor em cumprir a obrigação, até porque lhes falta o caráter de correlação e proporcionalidade com o dano eventualmente causado, como ocorre com as perdas e danos. 12. Nessa ordem de ideias, considerando-se que os juros de mora funcionam como uma sanção pelo adiamento culposo no pagamento de quantia certa, não há como fazê-los incidir, igualmente, sobre a multa prevista no § 4º do art. 461 do CPC, porque ela própria representa – como os juros de mora – a cominação pelo retardo no adimplemento da obrigação de fazer ou não fazer. 13. É dizer, *mutatis mutandis*, os juros de mora estão para a obrigação de pagar quantia certa como a multa está para a obrigação de fazer ou não fazer; são duas faces da mesma moeda, consequências do atraso no cumprimento da prestação. Logo, aceitar a incidência dos juros moratórios sobre a multa seria admitir a existência de verdadeira “mora da mora”, o que configuraria evidente bis in idem. 14. Este, aliás, é o entendimento explicitado no julgamento do REsp 23.137/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, DJ de 08/04/2002: “Inincidência (sic) de juros moratórios sobre multa decorrente de sentença judicial impositiva de obrigação de fazer, por representar, ela própria, a cominação pelo retardo no adimplemento exigido”.

Em acórdão da Terceira Turma, determinou-se a incidência de juros moratórios a partir do descumprimento da ordem, pois “a obrigação representada pela multa cominatória é líquida e positiva, e não tendo ela sido adimplida no momento exigido, gerou para a devedora a responsabilidade pelos encargos decorrentes de sua mora (STJ, REsp 818.799/SP, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 09/08/2007, DJ 10/09/2007, p. 231).

Estamos de acordo com o posicionamento de que não devem incidir juros sobre o valor total da multa, em razão de sua natureza acessória e por não ser verba indenizatória, de acordo com o acórdão do STJ relatado pela Ministra Nancy Andrighi.

3.3. Defesa do executado

No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, após o decurso do prazo de 15 dias para o pagamento voluntário, o executado tem o prazo de 15 dias para apresentar impugnação nos próprios autos (art. 525 do CPC/2015).

O executado poderá alegar na impugnação qualquer das matérias listadas no art. 525, § 1º, do CPC/2015, sendo que os fundamentos mais relevantes para a defesa da execução de multa cominatória são a inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação e o excesso de execução.

Com relação ao primeiro fundamento, o executado pode alegar que a multa não pode ser exigida, pois não houve descumprimento da ordem judicial, seja porque a obrigação de fazer foi cumprida no prazo estabelecido, seja porque havia impossibilidade material ou jurídica para a prestação da obrigação (justa causa), ou porque a obrigação foi cumprida parcialmente dentro do prazo, sendo que o prazo fixado era irrazoável para o adimplemento integral da obrigação, o que apenas foi constatado depois, e essa já foi cumprida, ou se não, por atraso justificável.

Quando não houve cumprimento parcial da obrigação dentro do prazo fixado, o réu não pode impugnar o prazo originalmente estabelecido, diante da preclusão, tendo em vista que o executado deveria ter se insurgido quando foi intimado da decisão.

Da mesma forma, independentemente de cumprimento parcial, o valor unitário da multa também não pode ser impugnado, em função da preclusão da matéria (AMARAL, 2010, p. 252-253).

Já quanto ao excesso de execução, além de erro na atualização monetária e no cálculo dos juros, o executado pode alegar que o atraso no cumprimento foi menor; pode requerer a redução ou exclusão da multa diante do cumprimento parcial da obrigação após o decurso do prazo estabelecido; ou a redução do valor global em razão de enriquecimento ilícito do réu que deixou o tempo correr propositalmente para aumentar o valor total da multa, ou porque o pagamento do valor total irá levar o executado à insolvência.

Caso o executado, quanto à alegação de excesso de execução, apenas peça a redução da quantia cobrada, não é obrigado a declarar o valor que entende correto, nos termos do art. 525, § 4º, do CPC/2015¹⁰.

Da decisão que julga a impugnação, se ela extingue o processo, cabe recurso de apelação, se não, cabe agravo de instrumento.

3.4. Valor total e a possibilidade de sua alteração

Como a multa cominatória não está sujeita à imutabilidade da coisa julgada, por ser um elemento acessório que visa a auxiliar o juiz no efetivo cumprimento da tutela jurisdicional, o montante executado pode ser alterado, diante das circunstâncias do caso concreto.

Quando o juiz acolhe uma pretensão de obrigação de fazer, automaticamente, estão autorizados os meios executivos previstos no ordenamento para efetivá-la, de maneira que eventual alteração na multa fixada não alterará a causa de pedir e, nem violará a coisa julgada (TALAMINI, 2003, p. 250).

Dessa forma, o magistrado poderá alterar o valor total executado, caso entenda que seja excessivo ou insuficiente.

Em geral, o montante total tende a ser reduzido com a finalidade de evitar o enriquecimento sem causa do exequente, sendo que a jurisprudência busca parâmetros, tais como o valor da obrigação, equivalente econômico da prestação inadimplida, etc.

Segundo Newton Marzagão, o valor final da multa cominatória não pode ser restrito a um limite, sob pena de desnaturar a finalidade da medida coercitiva, pois o devedor terá ciência que o valor final não passará de determinado patamar (2013, p. 210-211).

Assim, caso o vultoso valor da multa for resultado da reiterada e injustificada negativa do devedor em cumprir a decisão judicial, é preferível admitir o enriquecimento sem causa do credor a reduzir o valor das astreintes, a fim de privilegiar a efetividade da tutela jurisdicional (MARZAGÃO, 2013, p. 223).

¹⁰ Nesse sentido, confira trecho de voto de acórdão do STJ, em que o executado, em impugnação, requereu a redução do valor total da multa, sem indicar um valor em que entendesse correto: “ (...) não há falar em aplicação do § 2º do art. 475-L do CPC e, por conseguinte, exigir da parte impugnante a indicação precisa do valor que entende correto para a multa cominatória. Nada impede, como fez, que seja requerido o arbitramento do valor ao prudente arbítrio do magistrado, ao qual compete verificar e definir o montante das astreintes de acordo com as circunstâncias da demanda e a situação econômica da parte recalcitrante. Como reforço argumentativo, é válido ressaltar que o juiz pode alterar de ofício o valor fixado a título de astreintes, quando a quantia se tornar excessiva ou insuficiente para impor o cumprimento da obrigação (§ 4º do art. 461 do CPC), circunstância que não se compatibiliza com a exigência de indicação do valor correto da multa e a consequente improcedência liminar da impugnação por esse motivo” (STJ, REsp 1492947/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 13/10/2015, Dje 27/10/2015).

Não é o mesmo entendimento da jurisprudência predominante do STJ¹¹.

Para o tribunal superior, a revisão do valor da multa deve ser realizada nas hipóteses de o seu montante não atender aos postulados de proporcionalidade e de razoabilidade (valores exorbitantes ou irrisórios), de haver enriquecimento sem causa do exequente, independentemente da conduta das partes, e do valor total ultrapassar o valor da obrigação principal.

Por exemplo, em caso de ordem de retirada do nome do autor de órgão restritivo e de restabelecimento de linhas telefônicas por companhia telefônica, a multa foi fixada em R\$ 1.000,00 e R\$ 500,00, respectivamente. Na fase de execução da multa diária, o montante total perfazia cerca de 1 milhão de reais, de maneira que o tribunal de origem o reduziu para R\$ 100.000,00. Ao analisar esse caso, o STJ decidiu que o valor final da multa não era irrazoável e que foi correta a redução do valor total pelo tribunal, pois haveria enriquecimento sem causa do credor (STJ, AgRg no REsp 1518816/MS, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 17/11/2015, DJe 20/11/2015).

Há também o entendimento de que o valor total cobrado a título de astreintes não pode ultrapassar o valor do bem da obrigação principal, a fim de evitar o enriquecimento sem causa e o princípio da proporcionalidade.

Por exemplo, em caso de obrigação de plano de saúde de autorizar a continuidade de internação em hospital psiquiátrico, o réu não cumpriu a ordem judicial por 1.317 dias, de maneira que o valor total da multa cominatória cobrado era de mais de três milhões de reais. O tribunal de origem reduziu o valor total para R\$ 500.000,00, em razão da desproporcionalidade do valor cobrado e para evitar o enriquecimento sem causa. E o STJ reduziu o valor total para R\$ 40.000,00, que era o valor fixado a título de danos morais, diante da desproporção entre o valor da obrigação principal e o da multa, o que demonstraria que não era razoável, e para se evitar o enriquecimento sem causa (STJ, AgRg no AREsp 666.442/MA, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 20/10/2015)¹².

Mas há acórdão no sentido de que a “redução do montante total a título de astreinte, quando superior ao valor da obrigação principal, acaba por prestigiar a conduta de recalcitrância do devedor em cumprir as decisões judiciais”, sendo que a análise de proporcionalidade e razoabilidade deve ser feita no momento da fixação da multa em relação à obrigação principal (STJ, REsp 1527203/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 20/10/2015, DJe 26/10/2015)¹³.

¹¹ Pesquisa realizada no sítio do STJ (www.STJ.jus.br/SCON) com as palavras “multa”, “diária”, “valor”, “redução” em 19/01/2016, em que se selecionou alguns julgados significativos.

¹² No mesmo sentido: STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1099928/PR, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 11/11/2014, DJe 17/11/2014.

¹³ No mesmo sentido: STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1277152/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 06/08/2015, publicado no DJe de 21/08/2015.

Nesse acórdão citado, o montante total da multa, referente à obrigação de abstenção de envio de faturas de cobranças ao autor e de restrição de seu nome nos órgãos de crédito, no importe de R\$ 133.955,44, por 415 dias de descumprimento, não foi reduzido, pois o valor total se deu exclusivamente à recalcitrância do executado em descumprir a decisão judicial.

Diante da natureza da multa cominatória, a quantia a ser cobrada não pode ser limitada ao valor da obrigação principal, por correr o risco de exercer pouca pressão para o cumprimento da obrigação, na medida em que o réu saberá de antemão que ainda que o valor da multa atinja valores altos, o magistrado irá limitá-la ao valor da obrigação principal.

Não obstante, o valor total cobrado deverá ser reduzido nos casos em que resta caracterizado o enriquecimento sem causa do exequente e nos casos em que o valor se torna impagável pelo devedor.

Assim, em um primeiro momento, deve ser analisado a partir da conduta do credor. Caso se verifique que houve abuso na conduta do exequente em não tomar nenhuma providência diante do descumprimento da ordem judicial, apenas com a finalidade de aumentar o valor da multa, o valor deve ser reduzido, porque nessa hipótese há enriquecimento sem causa.

Se não houve conduta abusiva do exequente, deve se observar a conduta do devedor. Se ele permaneceu completamente inerte diante da ordem judicial, não há razão para redução do valor.

Mas ainda que tenha havido recalcitrância do executado em cumprir a ordem, deve se considerar a sua condição econômica. Se o valor cobrado é exorbitante, e levaria o executado à insolvência, esse deve ser reduzido, tendo em vista que uma quantia que não tem condições de ser paga não exerce nenhuma coerção.

No caso de redução do valor, também deve ser considerado o bem jurídico tutelado, de maneira que a ordem judicial para preservar o direito à saúde e à vida, por exemplo, deve exercer maior pressão para o seu cumprimento.

4. A EXECUÇÃO DA MULTA COMINATÓRIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

4.1. A execução de quantia certa em face da Fazenda Pública no Novo CPC

Antes de analisar o procedimento do novo CPC, importante lembrar que a diferenciação do procedimento executivo de pagar quantia em face da Fazenda Pública se justifica em função da inalienabilidade dos bens públicos, do que decorre a sua impenhorabilidade, tendo em vista que a Constituição Federal dispõe sobre o regime dos pagamentos devidos pela Fazenda em virtude de decisão judicial (artigo 100).

Com efeito, de acordo com o art. 100, §§ 1º, 3º e 5º, da CF/1988, os débitos do Poder Público que serão incluídos no orçamento são os oriundos de sentença judicial transitada em julgado.

Além disso, o art. 2º-B, da Lei nº 9.494/97, determina que a sentença em face da Fazenda Pública que tem por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores públicos, somente poder ser executada após seu trânsito em julgado.

Portanto, em função de norma constitucional e de lei federal, não é possível a execução provisória de obrigação de pagar quantia certa em face da Fazenda Pública¹⁴.

No CPC/1973, o procedimento de execução de quantia certa contra a Fazenda Pública era especial e não se sujeitava ao regime de cumprimento de sentença.

Em breve síntese, em razão do regime de precatórios instituído pela CF/1988, a Fazenda Pública era citada para opor embargos à execução (artigos 741 e seguintes do CPC/1973), no prazo de 30 dias (1º-B, da Lei 9494/97) e não para pagar.

No CPC/2015, o procedimento de execução de obrigação de pagar quantia perante a Fazenda, reconhecida em título judicial, passa a ser por cumprimento de sentença, e não por procedimento especial.

Assim, a Fazenda Pública será intimada, por meio de seu representante judicial através de intimação pessoal, para, se for o caso, impugnar a execução, no prazo de 30 dias.

Em relação à execução fundada em título extrajudicial, a Fazenda Pública será citada para opor embargos, no prazo de 30 (trinta) dias úteis, aplicando-se, no que couber, os artigos 534 e 535 (art. 910 do CPC/15).

A nova lei processual prevê que o exequente deve apresentar demonstrativo discriminado e atualizado do crédito, em que deverá constar os dados do exequente; o índice de correção monetária adotado; os juros aplicados, suas respectivas taxas, e a periodicidade da capitalização, se for o caso; o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados; e a especificação dos eventuais descontos obrigatórios (art. 534, caput, do CPC/2015).

Essa mudança legislativa é importante, pois impede o exequente de iniciar a execução sem memória de cálculo efetivamente descrita, o que impossibilita a defesa do Poder Público.

¹⁴ Há repercussão geral sobre a questão: Tema 45 – Expedição de precatório antes do trânsito em julgado do título judicial exequendo. EMENTA: CONSTITUCIONAL. PRECATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE DÉBITOS DA FAZENDA PÚBLICA. VIOLAÇÃO AO ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/2000. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Precedentes nesta Corte quanto à matéria. Questão relevante do ponto de vista econômico, social e jurídico que ultrapassa o interesse subjetivo da causa. (STF, RE 573872 RG, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/03/2008, Dje-065 DIVULG 10-04-2008 PUBLIC 11-04-2008 EMENT VOL-02314-08 PP-01694).

Com relação à multa cominatória, relevante a necessidade do exequente em apontar o termo inicial e o termo final e os índices de correção monetária utilizados, tendo em vista que não se calcula juros como se anotou anteriormente.

O CPC de 2015 também deixa claro que a multa de 10% imposta na ausência de pagamento voluntário no cumprimento de sentença direcionado a particular não se aplica à Fazenda Pública, de maneira a excluir qualquer dúvida nesse sentido (art. 534, § 2º, do CPC/2015).

Após o trânsito em julgado da ação ou da impugnação, o juiz requisitará o pagamento por meio de ofício requisitório (precatório ou requisição de pequeno valor).

No caso de impugnação parcial, a parte não questionada pela Fazenda será, desde logo, objeto de cumprimento, de acordo com o art. 535, § 4º, do CPC/2015, que consagra a jurisprudência dominante do STJ¹⁵.

Importante esclarecer que o cumprimento da parte não impugnada não significa que é possível a execução provisória perante o Poder Público.

Dessa maneira, após o trânsito em julgado do processo de conhecimento, se intimada a Fazenda em relação aos valores pretendidos pelo exequente, ela apresentar impugnação parcial, o valor incontroverso, qual seja, aquele entendido como devido pela Fazenda, já poderá ser objeto de ofício requisitório.

4.2. Defesa da Fazenda Pública

Diante das alterações do CPC/2015 relativas à execução de quantia certa em face da Fazenda Pública, fundada em título judicial, a sua defesa consiste em impugnação no prazo de 30 dias úteis.

Em sua impugnação, a Fazenda pode alegar qualquer das matérias relacionadas nos incisos do art. 535, caput, do CPC/2015, sendo que se considera inexistente a obrigação fundada em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo STF, ou fundado em aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo tido como

¹⁵ Há julgado da Corte Especial do STJ sobre o tema: “A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual é possível a expedição de precatório relativamente à parte incontroversa da dívida quando se tratar de embargos parciais à execução opostos pela Fazenda Pública” (STJ, REsp 638.597/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Corte Especial, DJe 29.8.2011). No mesmo sentido de admitir a possibilidade de prosseguimento da execução quanto ao valor incontroverso na execução em face da Fazenda Pública: STJ, AgRg no REsp 1537647/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 18/12/2015; STJ, RMS 45.731/RR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 01/10/2015, DJe 08/10/2015; STJ, AgRg no ExeMS 9.222/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 09/09/2015, DJe 24/09/2015; STJ, AgRg no AREsp 368.378/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 01/10/2013, DJe 07/10/2013; STJ, REsp 1114934/RS, Rel. Ministro MAURÓ Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/03/2011, DJe 29/03/2011. Pesquisa realizada no sítio www.stj.jus.br/SCON em 19/01/2016 com as palavras “execução”, “fazenda”, “pública”, “valor” e “incontroverso”.

incompatível com a Constituição Federal pelo mesmo tribunal superior, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, desde que a decisão do STF tenha sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda (art. 535, §§ 5º a 8º, do CPC/2015).

Nessa hipótese, caso a obrigação de fazer ou de não fazer se baseie em lei considerada inconstitucional, diante do caráter acessório da multa cominatória, essa também deve ser considerada inexigível. Configura-se também a impossibilidade jurídica de cumprimento da obrigação principal, de modo que a multa cominatória não é mais devida.

Em relação à inexigibilidade da obrigação, a Fazenda pode alegar que a multa não é devida, pois houve o cumprimento integral da obrigação no prazo estipulado; ou porque houve o cumprimento parcial dentro do prazo, sendo que o atraso era justificável, em função de circunstâncias alheias à vontade da Administração ou em função de procedimentos legais que devem ser observados por ela; ou em razão da impossibilidade material ou jurídica de realizar a obrigação.

Por exemplo, em caso da cidade de Votuporanga, ao Estado de São Paulo foi imposta a obrigação de fornecimento de medicamentos e de tratamento de hidroterapia. O exequente alegou descumprimento da segunda obrigação e cobrou a multa fixada. A Fazenda alegou, em embargos à execução, que o tratamento foi disponibilizado por clínica de reabilitação, pela empresa vencedora da licitação, e segundo a empresa, a exequente não fora até a clínica, pois não tinha interesse em se locomover até o local.

O juiz considerou a multa cominatória indevida, pois não houvera demora injustificada em prestar a obrigação, diante da necessidade de abertura de processo licitatório, e o exequente não tivera prejuízo, na medida em que o tratamento foi disponibilizado e ele o recusara¹⁶.

Em outro caso de fornecimento de medicamento, a exequente após receber o medicamento, cobrou a multa diária por descumprimento. O juiz considerou a multa indevida porque a exequente não informou ao juízo que o Estado descumpriu a obrigação. Fundamentou que a parte tem o dever de comunicar imediatamente ao juízo o descumprimento de obrigação fixada e que é inconcebível a inércia do autor por longo período e posterior exigência da multa, diante dos deveres de colaboração, lealdade e boa-fé¹⁷.

Também referente à obrigação de fornecimento de medicamento pelo Estado, em outro caso, o juízo considerou indevida a multa cominatória, em razão de não haver inadimplemento, pois a demora no início do fornecimento decorreu de

¹⁶ Embargos à execução nº 0000998-91.2015.8.26.0664, 3ª Vara do Foro de Votuporanga, Tribunal de Justiça de São Paulo.

¹⁷ Embargos à execução nº 1000845-80.2015.8.26.0554, 1ª Vara da Fazenda Pública do Foro de Santo André, Tribunal de Justiça de São Paulo.

conduta da exequente, que não apresentara receita médica. Após a apresentação do documento faltante, o Estado disponibilizou o remédio no prazo.

Nesse mesmo caso, a exequente cobrava valores referentes a outros períodos em que o medicamento não teria sido fornecido, sendo que juiz também entendeu como indevidos, porque a suposta mora do Estado não fora noticiada pelo autor¹⁸.

Quanto ao excesso de execução, a Fazenda Pública pode alegar a redução do valor ou exclusão da multa, após o cumprimento parcial da obrigação, sendo certo que a multa deve ser excluída no caso de atraso justificável; ou requerer a redução do montante, em razão da conduta do exequente de deixar passar mais tempo para cobrar a multa, a fim de aumentar seu valor total, o que geraria enriquecimento sem causa, ou em virtude de sua desproporcionalidade em comparação com o conteúdo econômico da obrigação, ou em razão do prejuízo que a multa poderia causar ao erário, etc.

Por exemplo, em um caso de obrigação imposta ao Município de São Paulo de regularização de loteamento proveniente de programa municipal de mutirão no prazo máximo de dois anos, com cobrança de multa diária na quantia total de cerca de um milhão de reais, o Tribunal de Justiça de São Paulo reduziu o valor diário da multa para R\$ 50,00 (antes era R\$ 500,00), em função do cumprimento parcial da obrigação, e com o objetivo de evitar o enriquecimento ilícito e preservar a natureza do meio coercitivo (TJSP, Apelação 9177869-79.2009.8.26.0000, Relator(a): Marcelo Semer; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 10/03/2014; Data de registro: 12/03/2014; Outros números: 9196855900).

Em outro caso, em execução de multa diária fixada em R\$ 2.000,00 para o fornecimento de medicamento para o tratamento de câncer de mama, imposta ao Estado de São Paulo, cujo montante cobrado atingia R\$ 154.000,11 (por 77 dias de atraso), o TJSP reduziu o valor para 23.100,00, correspondente a R\$ 300,00 por dia, considerando que o custo mensal do remédio referente ao tratamento da exequente era de R\$ 213,02, o que demonstrava que o valor da multa era excessivo (TJSP, Apelação 4027568-18.2013.8.26.0114, Relator(a): Antonio Carlos Villen; Comarca: Campinas; Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 16/06/2014; Data de registro: 27/06/2014).

Na hipótese de alegar excesso de execução, a Fazenda deve apresentar memória de cálculo com o valor que entende correto (art. 535, § 2º, do CPC/2015), o que possibilita o prosseguimento da execução em relação ao valor incontroverso.

¹⁸ Embargos à execução nº 0000755-62.2015.8.26.0369, 2ª Vara do Foro de Monte Aprazível, Tribunal de Justiça de São Paulo.

É certo que quando a alegação de excesso de execução é subsidiária, de maneira que se acolhida as demais matérias apontadas, a execução poderá ser extinta, não é possível a execução do valor incontroverso.

Entretanto, se apenas requer a redução valor total cobrado, em razão de sua desproporcionalidade, não é necessário indicar o valor que entende correto.

4.3. Redução do valor total: prejuízo ao erário

Como descrito anteriormente, o montante total da multa pode ser alterado no momento de sua execução, pois a multa cominatória não está vinculada aos efeitos da coisa julgada.

Além das razões elencadas no tópico anterior que possibilitam a revisão do valor total, em relação à Fazenda Pública, também deve se levar em conta que o patrimônio público será atingido.

Por exemplo, em caso de fornecimento de medicamento para tratamento de doença incurável, o juiz de primeiro grau reduziu o valor para 10% da quantia postulada, no montante de cerca de R\$ 40.000,00, em função da vedação do enriquecimento ilícito e da necessidade de preservação do dinheiro público, o que não foi alterado pelo tribunal local. O STJ entendeu que não haveria motivo para nova redução, porque estava em jogo medicamento vital para a sobrevivência da parte recorrida, o ente público assentiu com o descumprimento da obrigação ciente da multa cominatória e já houve sensível redução pelas instâncias ordinárias (STJ, AgRg no AREsp 335.808/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 04/09/2014, DJe 19/09/2014).

Dessa forma, ao analisar se houve conduta abusiva do credor ou recalcitrância da Administração, o bem jurídico tutelado e se o valor é exorbitante, o juiz deverá verificar se o valor não onera demasiadamente o erário. Se for o caso, o montante cobrado deve ser reduzido para não gerar dano ao patrimônio público, que é financiado pela sociedade.

Por exemplo, em caso de execução de multa diária fixada em R\$ 1.000,00, referente à obrigação de fornecimento de medicamento imposta ao Município de Guarulhos, o TJSP reduziu o valor para R\$ 200,00, com o limite máximo de R\$ 30.000,00, pois restou comprovado o descumprimento da ordem e objetivando menor oneração do erário (TJSP, Apelação 3031988-44.2013.6.26.0224, Relator(a): Carlos Violante; Comarca: Guarulhos; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 28/07/2015; Data de registro: 01/09/2015).

Em outro caso de fornecimento de remédios imposta ao Estado de São Paulo, a multa fora fixada em R\$ 500,00 por dia, totalizando R\$ 98.500,00. Quanto ao excesso de execução, a Fazenda alegou que o termo inicial estava equivocado e que somente deixou de fornecer um de seis medicamentos. Em reforma da sentença dos embargos à execução, o TJSP reduziu o valor para R\$ 14.166,10, quantia

pleiteada pelo Estado, considerando que o valor inicial importaria em desnaturar o caráter coercitivo da multa, pois se tornaria fonte de enriquecimento ilícito do exequente e toda coletividade iria custear esse locupletamento (TJSP, Apelação 3010498-43.2013.8.26.0554, Relator(a): Vicente de Abreu Amadei; Comarca: Leme; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 18/11/2014; Data de registro: 20/11/2014).

Portanto, se o valor total cobrado se tornou muito alto, ele deve ser reduzido, com a finalidade de se evitar um grande prejuízo ao patrimônio público, com reflexos negativos na prestação de serviços públicos essenciais.

5. CONCLUSÃO

1. A multa cominatória consiste em um meio executivo típico coercitivo, que visa a influenciar a vontade do executado a cumprir determinada obrigação imposta pelo juiz, através de ameaça ao seu patrimônio.

2. A multa deve ser imposta de maneira a exercer adequada e proporcionalmente sua função de pressionar a vontade do executado. Assim, não pode ser exorbitante a ponto de causar a insolvência do devedor, nem irrisória a ponto de não causar nenhuma ameaça ao patrimônio do executado.

3. Para fixar o seu valor inicial, o magistrado deve levar em conta o conteúdo econômico da obrigação; a relevância do bem jurídico; a capacidade financeira do devedor; e as vantagens que o devedor teria com o descumprimento da ordem judicial.

4. Em razão da natureza acessória da multa, não se submetendo aos efeitos da coisa julgada, o magistrado, de ofício ou a requerimento, pode alterar seu valor, diminuindo-o ou aumentando-o, caso a multa tenha se revelado muito excessiva ou inócua. Segundo o CPC/2015, o valor também pode ser modificado caso o executado demonstre cumprimento parcial superveniente ou justa causa para o seu descumprimento.

5. Em relação à sua periodicidade, as características da obrigação devem ser observadas, de forma que pode ser imposta em um momento único de incidência (“multa fixa”) ou vinculada a outro critério de incidência (por unidade de tempo, por evento, etc.).

6. A possibilidade jurídica de fixação de multa cominatória em face da Fazenda Pública é defendida pela imensa maioria da doutrina e a jurisprudência do STJ já pacificou o seu cabimento, o que não poderia ser diferente, pois o CPC/1973 e o CPC/2015 não fizeram distinção entre a execução de obrigações de fazer e de não fazer em face de particulares e da Fazenda Pública, de modo que todos os meios coercitivos podem ser aplicados para o Poder Público.

7. A fixação de multa cominatória em face do Poder Público não exerce a mesma pressão psicológica da fixada em face do particular, que responde com o seu patrimônio, mas ela certamente influencia o comportamento do servidor, a fim de cumprir a decisão no prazo estipulado, tendo em vista que o erário pode ser atingido e o Estado pode ajuizar ação de regresso em face do agente que deliberadamente

não deu cumprimento à ordem judicial, além da possibilidade de instauração de processo administrativo disciplinar e de ajuizamento de ação de improbidade administrativa.

8. Na fixação de *astreintes* perante a Fazenda Pública deve ser levado em conta, que o valor final da multa, caso seja devido, será cobrado dos cofres públicos. Em relação ao prazo, deve se considerar que a Administração Pública não tem o mesmo fluxo de trabalho que uma empresa, dependendo de certos procedimentos administrativos e imposições legais para cumprir a ordem judicial.

9. O valor total da multa será cobrado mediante cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa. O credor apresentará a memória de cálculos e o executado será intimado para pagar o débito no prazo de 15 dias. Após o decurso desse prazo, o executado poderá apresentar impugnação, no prazo de 15 dias.

10. Não incidem juros de mora sobre a multa, sob pena de configurar *bis in idem*, em razão de sua natureza acessória e por não ser verba indenizatória.

11. Diante da natureza da multa cominatória, a quantia a ser cobrada não pode ser limitada *a priori* ao valor da obrigação principal, pois se o réu sabe que o juiz irá reduzir o valor total da multa ao citado valor, a medida pode ser inócua.

12. Caso se verifique que houve abuso na conduta do exequente em não tomar nenhuma providência diante do descumprimento da ordem judicial, apenas com a finalidade de aumentar o valor da multa, o valor deve ser reduzido, pois haverá enriquecimento sem causa. Se não houve conduta abusiva do exequente e o réu permaneceu completamente inerte diante da ordem judicial, não há razão para redução do valor. Entretanto, nessa hipótese, deve-se levar em conta a sua condição econômica, pois se o valor cobrado é exorbitante, e capaz de levar o executado à insolvência, o montante total deve ser reduzido, tendo em vista que uma quantia que não tem condições de ser paga não exerce nenhuma coerção.

13. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa perante a Fazenda Pública, a sua defesa consiste em impugnação no prazo de 30 dias úteis, após intimação pessoal da memória de cálculo, conforme o art. 535 do CPC/15.

14. A multa não será exigível se houver atraso justificável no cumprimento integral em função de circunstâncias alheias à vontade da Administração ou em função de procedimentos legais que devem ser observados por ela; ou em razão da impossibilidade material ou jurídica de realizar a obrigação.

15. A multa poderá ser reduzida ou excluída após o cumprimento parcial da obrigação, no julgamento da impugnação, sendo certo que a multa deve ser excluída no caso de atraso justificável após a data do cumprimento parcial.

16. O montante total cobrado do Poder Público pode ser reduzido, considerando a conduta do exequente, o valor econômico da obrigação, o valor exorbitante, etc. e, em especial, como o patrimônio público será atingido. Assim, o juiz deverá verificar se o valor não onera demasiadamente o erário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, MARCELO. *Manual de execução civil*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Execução de astreintes – uma análise do § 4º do art. 461 do CPC*. Revista de Processo, São Paulo, RT, v. 231, p. 111-121, mai/2014. Disponível em <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 02 jul. 2015.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

BALEOTTI, Francisco Emilio. Extensão dos poderes do juiz na execução. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 199, p. 123-136, set/2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 06 jan. 2016.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. A responsabilidade do agente público e o cumprimento das decisões contrárias à Fazenda Pública. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 136, p. 277-286, jun/2006. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 02 jul. 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. Vol. 3. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Fabiano. *Execução da multa (astreinte) prevista no art. 461 do CPC*. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, São Paulo, RT, v. 8, p. 853-868, out/2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 02 jul. 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processo civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, v. 4, 2009.

GRECO FILHO, VICENTE. *Direito processual civil brasileiro*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2008.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003.

MARZAGÃO, Newton Coca Bastos. *A multa (astreintes) na tutela específica*. 2013. *Dissertação (Mestrado em direito processual)* – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12022014-110131/>>. Acesso em: 25 maio 2015.

OLIVEIRA, Evandro Carlos de. *Multa no código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PINHEIRO, Paulo Eduardo D'arce. *Poderes executórios do juiz*. São Paulo: Saraiva, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Execução de astreintes. In: *Pareceres*, São Paulo, RT, v. 2, p. 603, out/2012. Disponível em: <http://www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 02 jul. 2015.

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NO PROCESSO DE DESAPROPRIAÇÃO POR NECESSIDADE OU UTILIDADE PÚBLICA

Third-party intervention in expropriation due to public need or public utility

Juliana Campolina Rebelo Horta¹

SUMÁRIO

Sumário. 1. Introdução. 2 Desapropriação judicial por necessidade ou utilidade pública: legitimidade ad causam e interesse de terceiros. 3. Balizas fixadas pelo Decreto-lei nº 3.365/41. 3.1. Sistema de indenização única. 3.2. Impossibilidade de disputa pelo domínio na ação de desapropriação. 3.3. Limitação do mérito da ação expropriatória. 3.4. A responsabilidade do réu perante terceiros. 4. Intervenção de terceiros no direito processual civil. 4.1. Aspectos gerais e conceituação. 4.2. Modalidades de intervenção e compatibilidade com a ação de desapropriação. 4.2.1. Oposição e nomeação à autoria. 4.2.2. Incidente de descon sideração da personalidade jurídica e amicus curiae. 4.2.3. Denúnciação da lide e chamamento ao processo. 4.2.4. Assistência. 5. Terceiros indicados no Decreto-lei nº 3.365/41. 5.1. Terceiros titulares de direitos reais. 5.2. Terceiros que trazem dúvida acerca do domínio. 5.3. Terceiro cujo bem for prejudicado extraordinariamente. 6. Análise de julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo. 6.1. Metodologia adotada e amostra selecionada. 6.2. Decisões negativas à intervenção de terceiros. 6.3. Decisões favoráveis à intervenção de terceiros. 7. Considerações finais. Referências bibliográficas.

RESUMO

O presente artigo visa a verificar o cabimento da intervenção de terceiros no processo de desapropriação por necessidade ou utilidade pública. A análise do tema é realizada à luz da teoria geral da intervenção de terceiros no Processo Civil e das balizas fixadas pelo Decreto-Lei nº 3.365/41, que, apesar de não regulamentar especificamente a matéria, traz limitações suficientes a nortear o estudo. Realizando-se análise legal e doutrinária, verificou-se que, das modalidades de intervenção disciplinadas pelo Código de Processo Civil, a assistência apresenta compatibilidade com a ação expropriatória. A intervenção, porém, só será cabível se respeitados os limites impostos pelo referido Decreto-Lei: sistema de indenização única e impossibilidade de disputa pelo domínio na ação de desapropriação, cujo mérito está limitado à impugnação do preço e ao apontamento de eventuais vícios processuais. Ademais, a intervenção não poderá impactar na celeridade inerente ao rito especial expropriatório. Tais aspectos, apesar de imprescindíveis, nem sempre são considerados nos julgamentos, sendo o tema tratado sob diferentes perspectivas na jurisprudência, consoante análise de amostra de acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Palavras-chaves: Desapropriação. Intervenção. Terceiros. Cabimento. Limitações.

ABSTRACT

This article aims to verify the applicability of third-party intervention in expropriation lawsuits due to public need or public utility. The analysis of the subject is carried out in the light of the general third-party intervention theory in Brazilian Civil Procedure and of the provisions of Decree 3 365 / 41, which despite not regulating the matter specifically, brings about certain restrictions which guide this study. By

¹ Procuradora do Estado de São Paulo, especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – ESPGE/SP, mestranda em Gestão e Políticas Públicas pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – EAESP/FGV.

carrying out a statutory and scholarly analysis, it was verified that, among the modalities of intervention under the Brazilian Code of Civil Procedure, third-party assistance is compatible with expropriatory actions. Intervention, however, will only be applicable if the restrictions imposed by the aforementioned Decree are complied with, namely: a single compensation system and the impossibility of disputing ownership in the expropriation action, whose merit is limited to challenging the price or pointing out procedural defects. In addition, intervention can not impact on the speediness criterion, which is inherent to special expropriatory rites. These aspects, although indispensable, are not always considered in lawsuits, and the subject has been addressed from many different perspectives in case law, according to a sample analysis of judgments issued by the São Paulo State Court of Justice.

Keywords: Expropriation. Intervention. Third party. Applicability. Restrictions.

1. INTRODUÇÃO

A desapropriação judicial por necessidade ou utilidade pública é regulamentada pelo Decreto-lei nº 3.365/41, conhecido como Lei das Desapropriações, que não traz previsão específica sobre questões e desafios enfrentados rotineiramente no processo expropriatório, notadamente quanto à intervenção de terceiros.

As ações expropriatórias são propostas em face do proprietário do bem objeto da declaração de utilidade pública, ou seja, em face daquele que consta como tal no competente Registro de Imóveis (art. 1.245 do Código Civil).

O ato expropriatório, entretanto, dada a expressiva alteração nas situações de fato que gravitam sobre o bem e a destinação deste, pode atingir também interesses de pessoas diversas, terceiros em face da relação processual constituída, como titulares de direitos reais, beneficiários de títulos translativos não registrados, dentre outros.

Destacam-se as situações que envolvem irregularidade dominial, muito comum nos aglomerados urbanos do país e em transações imobiliárias informais, questões que acabam vindo à tona nas ações de desapropriação.

Com efeito, são cada vez mais frequentes manifestações de compromissários-compradores, cessionários de direitos ou adquirentes cujo título não foi registrado, bem como de possuidores com *animus domini* e outros, intentando intervir no feito expropriatório.

Uma vez que o Decreto-lei nº 3.365/41 não regulamenta especificamente a matéria, a análise deve abarcar a teoria geral da intervenção de terceiros e as modalidades interventivas previstas no Código de Processo Civil, cuja aplicação subsidiária está prevista no regramento das desapropriações (art. 42). Por outro lado, o próprio Decreto-lei fixa balizas essenciais ao estudo do tema, trazendo limitações que devem necessariamente ser observadas, como será explorado neste artigo.

2. DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL POR NECESSIDADE OU UTILIDADE PÚBLICA: LEGITIMIDADE AD CAUSAM E INTERESSES DE TERCEIROS

O Decreto-lei nº 3.365/41 regulamenta a desapropriação por necessidade ou utilidade pública sob a denominação única de “utilidade pública”, elencando no art. 5º as hipóteses de cabimento.

A declaração de utilidade pública compete ao Chefe do Poder Executivo da unidade federativa interessada (art. 6º do Decreto-lei), ou seja, é realizada por Decreto do Presidente da República, dos Governadores ou dos Prefeitos.

Declarada a necessidade ou utilidade pública, pode então ser proposta a ação de desapropriação pelos legitimados ativos: União, Estados, Municípios e Distrito Federal (art. 2º). Além destes, os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público (autarquias e fundações públicas) ou que exerçam funções delegadas também são legitimados ativos, mediante autorização expressa de lei ou contrato (art. 3º).

Quanto à legitimidade passiva, o art. 16 do referido Decreto-lei prevê que o proprietário do bem será citado por mandado. A ação de desapropriação, assim, é proposta em face do proprietário do imóvel objeto da declaração de utilidade pública.

Necessário observar que a propriedade, no direito brasileiro, prova-se pelo registro do título translativo no competente Registro de Imóveis (art. 1.245 do Código Civil), de modo que o expropriante identifica o proprietário pela matrícula ou transcrição obtida junto ao Cartório de Registro e propõe em face deste a ação de desapropriação.

Será determinada a citação do proprietário e, no mesmo ato, é comum que o Juízo determine a cientificação/notificação de eventuais ocupantes do imóvel, eis que podem ser pessoas diversas do expropriado e, por isso, devem ser cientificadas da existência da ação, que culminará na desocupação para imissão do ente expropriante na posse.

Também como meio de cientificação de interessados, o art. 34 do Decreto-lei nº 3.365/41 prevê a publicação de editais para conhecimento de terceiros como requisito prévio ao levantamento de valores.

Por tais mecanismos, ou por outros meios diversos (publicação do decreto de utilidade pública, notícia imprensa, início das obras no local, entre outros), terceiros eventualmente interessados tomam conhecimento da ação de desapropriação e podem vir a manifestar interesse perante o Juízo da ação expropriatória, visando ao resguardo de direitos dos quais aleguem ser titulares.

Como ensinou Seabra Fagundes com precisão ainda em 1949, “[...] estando o direito de propriedade íntegro nas mãos do dono [...]”², apenas a situação patrimonial deste será atingida pela desapropriação. Porém, “[...] se apresentando desmembrado (como no caso de bem sujeito a usufruto) ou tendo sido a coisa vinculada ao

² FAGUNDES, M. Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1949, p. 413.

cumprimento de alguma obrigação (tal é o caso dos direitos reais de garantia, de locação, etc.) [...]”³, diversas situações jurídicas serão atingidas pela desapropriação.

Dessa forma, titulares de direitos reais, a exemplo de usufrutuários e com-promissários compradores com título registrado (art. 1.225 e art. 1.227 Código Civil), bem como titulares de direitos obrigacionais, dentre estes locatários e arrendatários, serão afetados pela desapropriação. Também serão atingidos terceiros em situação de irregularidade dominial, como compromissários-compradores, cessionários de direitos ou adquirentes cujo título não foi registrado e possuidores que não detêm título legalmente válido.

O fato de todos estes estarem sujeitos à força do mandamento judicial não se traduz, entretanto, necessariamente em legitimidade para intervenção processual no âmbito da ação expropriatória, como será visto adiante.

Quanto às situações de irregularidade dominial, cabe aqui destacar a dimensão do problema, cada vez mais recorrente nas desapropriações.

A ocupação sem título é muito comum nas zonas urbanas, principalmente nos grandes centros e em especial nos chamados aglomerados. Como o título “[...] constitui o negócio jurídico capaz de explicar juridicamente a posse exercida por seu titular (*justa causa possessionis*) [...]”, a ausência deste caracteriza a irregularidade.⁴

De acordo com dados do Censo Demográfico de 2010, realizado pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, há um total populacional de 11.425.644 pessoas residentes em aglomerados subnormais. São 3.224.529 domicílios, sendo 49,8% na Região Sudeste, totalizando área corresponde a 169.170 hectares.⁵

Em outros inúmeros casos, o possuidor detém um título, como, por exemplo, uma compra e venda, uma promessa de compra e venda ou uma cessão de direitos, mas que não foi levado ao Cartório de Registro de Imóveis para aperfeiçoamento legal e por isso não é oponível *erga omnes* (art. 172 Lei nº 6.015/73, de Registros Públicos), como ocorre nos conhecidos “contratos de gaveta”.

Trata-se também de irregularidade que gera graves consequências, pois, enquanto não é registrado o título de transmissão da propriedade, o vendedor continua a ser havido como dono do imóvel (§ 1º do art. 1.245 do Código Civil).

Para elucidar a dimensão do que se observa, a Associação dos Notários e Registradores de São Paulo (ANOREG/SP) estimou que pelo menos metade dos imóveis

³ FAGUNDES, M. Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1949, p. 413.

⁴ ANTÔNIO JR., Valter Farid. *Compromisso de compra e venda*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 140.

⁵ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. *Censo demográfico 2010: Aglomerados subnormais – Informações territoriais*. Rio de Janeiro, 2013. p. 30-54. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/552/cd_2010_agns_if.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2016.

urbanos deste Estado está em situação irregular, sendo a escritura sem registro o problema mais frequente.⁶

Pelos números apresentados, é fácil perceber que a realidade fundiária de irregularidade dominial no Brasil acaba por vir à tona nas ações de desapropriação. Em inúmeras demandas, estará na posse do imóvel desapropriado alguém desprovido de título correspondente ou não registrado, sendo comum que venham a Juízo intentando ingressar no feito expropriatório.

Visualizando-se esta e outras diversas situações jurídicas que podem ser afetadas pela desapropriação de um bem, deve-se enfrentar a questão proposta no presente artigo, analisando-se a viabilidade de intervenção de terceiros na ação expropriatória e, em caso positivo, sob qual modalidade interventiva e em quais termos e hipóteses.

3. BALIZAS FIXADAS PELO DECRETO-LEI Nº 3.365/41

O estudo do tema proposto deve abarcar, primeiramente, as balizas extraídas do próprio Decreto-Lei nº 3.365/41, que impõe as limitações e especificidades expostas a seguir.

3.1. Sistema de indenização única

O Decreto-lei nº 3.365/41 adotou o chamado sistema de indenização única, que consagra o princípio da unicidade da indenização ou princípio de sub-rogação, em contraponto ao sistema de indenizações múltiplas, utilizado em outros países.⁷

No sistema unitário, uma indenização é fixada ao proprietário e abrange todo e qualquer direito que recaia sobre o bem, assegurando-se a terceiros interessados o direito à sub-rogação.⁸ Já no sistema das indenizações múltiplas, é fixada uma indenização para o proprietário e outra(s) para cada direito de terceiro sobre o bem.⁹

No Brasil, constava do Regulamento nº 4.956/1903 o sistema de indenizações múltiplas, que admitia uma indenização para cada titular de direitos alcançados pelo decreto expropriatório, o que foi alterado pelo Decreto-lei nº 3.365/41.¹⁰ De acordo com José Carlos de Moraes Salles, o sistema atual se legitima na medida em que “[...] tem a vantagem de favorecer a tramitação mais rápida do processo expropriatório, que não se enleará em discussões relativas aos direitos de terceiros.”¹¹

⁶ MORAIS, Larissa. Imóvel com escritura irregular tem desvalorização de até 35%. In: *Diário de São Paulo*. Seção de Economia, São Paulo, 28 de junho de 2009. p. 11. Disponível em: <<http://www.anoregsp.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&rin=NjU5&filtro=5>>. Acesso em: 08 jan. 2016.

⁷ SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 536.

⁸ *Ibidem*, p. 536.

⁹ *Ibidem*, p. 537.

¹⁰ FAGUNDES, M. Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1949, p. 330.

¹¹ SALLES, *op. cit.*, p. 537.

Prezando pela unitariedade, o art. 26 do Decreto-lei dispõe que não serão incluídos no valor da indenização os direitos de terceiros contra o expropriado, ou seja, não representarão parcela autônoma na fixação do preço. Em complemento, o art. 31 prevê que os ônus ou direitos que recaiam sobre o bem ficam sub-rogados na indenização fixada.

Assim, sendo o preço único, ficam sub-rogados neste os direitos reais que recaiam sobre o bem, que são, além da propriedade, a superfície, a servidão, o usufruto, o uso, a habitação, o penhor, a hipoteca, a anticrese, o direito do promitente comprador do imóvel, além de concessão de uso especial para fins de moradia e concessão de direito real de uso (art. 1.225 do Código Civil). Para tanto, saliente-se, os títulos devem estar devidamente registrados no Cartório de Registro de Imóveis (art. 1.227 do Código Civil).

Dessa forma, na desapropriação por utilidade pública, os terceiros titulares de direitos reais sobre o bem, cujos títulos estejam devidamente registrados, estão resguardados com a sub-rogação no preço, resolvendo-se em participação sobre este.¹²

3.2. Impossibilidade de disputa pelo domínio na ação de desapropriação

Determinou-se pelo art. 34, *caput*, do Decreto-Lei nº 3.365/41 a publicação de edital para conhecimento de terceiros como requisito ao levantamento do preço, que também depende da prova da propriedade e da quitação de dívidas fiscais. O parágrafo único do referido artigo dispõe, em complemento, que o preço ficará depositado em Juízo se verificada dúvida fundada sobre o domínio.

Conjugando-se o *caput* e o parágrafo único do art. 34, visualiza-se a hipótese de que um terceiro, cientificado pelo edital publicado (ou por outro meio), possa vir a Juízo questionar a titularidade do bem pelo expropriado, impedindo-se o levantamento dos valores.

A dúvida trazida deve corresponder a relevante incerteza acerca do direito de propriedade do réu, traduzindo-se, nos termos da doutrina sobre o tema, em objetiva e séria dúvida dominial.¹³ A dúvida fundada, então, é “aquela inequívoca sobre o domínio que impede de identificar quem seja seu titular em face da multiplicidade de títulos, decorrente da regular impugnação ofertada por terceiro.”¹⁴

O Decreto-Lei nº 3.365/41 também estabelece, no referido parágrafo único, que a disputa pelo domínio e, conseqüentemente, pelo preço depositado, deve ocorrer em ação própria. Tal disputa pode se dar, por exemplo, em ação de usucapião, ação reivindicatória, ação anulatória do título do domínio¹⁵, dentre outras, permanecendo o depósito sobrestado no Juízo até pronunciamento judicial final na ação contígua.

¹² SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 536-537.

¹³ *Ibidem*, p. 603.

¹⁴ HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 245.

¹⁵ *Ibidem*, p. 245.

A respeito, José Carlos de Moraes Salles destaca que “[...] na ação expropriatória, o litígio não poderá recair sobre o direito de propriedade [...] ressalvada aos interessados a ação própria para disputa-lo (parágrafo único do art. 34 da Lei de Desapropriações).”¹⁶

Em outros termos, conquanto a dúvida dominial possa ser trazida ao âmbito da desapropriação por terceiro, será apenas para ciência do Juízo a fim de que imponha o poder de cautela sobre o valor depositado. A controvérsia sobre o domínio do bem deverá ser solucionada nas vias ordinárias, pois o Decreto impede que ocorra disputa na própria ação de desapropriação.

3.3. Limitação do mérito da ação expropriatória

O Decreto-lei nº 3.365/41 não só veda discussão acerca do domínio (art. 34), nos moldes indicados no item acima, como traz ampla limitação do mérito da ação expropriatória.

Nos termos do art. 20 do Decreto-lei, na ação de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, pode-se discutir em contestação apenas vício processual e impugnação do preço. Qualquer outra matéria deverá ser decidida por *ação direta* (nos termos da lei) ou autônoma.

Quanto ao vício, pode se referir a nulidades processuais e ao exame de legalidade do ato expropriatório¹⁷, o que não autoriza discussão dos pressupostos de fato da desapropriação (mérito do ato administrativo); ou seja, da ocorrência ou não de necessidade ou utilidade pública.¹⁸

A única defesa de mérito cabível, pois, refere-se ao *quantum indenizatório*: ao preço ofertado pelo expropriante e impugnado pelo expropriado.¹⁹

Como ensina Seabra Fagundes, “O critério de excluir do processo de desapropriação o exame de questões outras, que não as referentes ao preço, é dominante na legislação estrangeira [...]”²⁰, que também remete a solução dos demais temas às vias ordinárias.

¹⁶ SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 367.

¹⁷ HARADA, p. 136-137.

¹⁸ SALLES, *op. cit.*, p. 379.

¹⁹ *Ibidem*, p. 378-379.

²⁰ FAGUNDES, M. Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1949, p. 274.

A norma justifica-se pela celeridade inerente à desapropriação²¹, sendo incompatível com a peculiaridade do procedimento a inserção de discussões que des- toem do valor do bem.

Percebe-se que o art. 20 reforça a previsão do art. 34, § único, ambos da Lei de Desapropriações, e vai além: não só o domínio deve ser discutido em ação própria, como também qualquer outra questão que não diga respeito ao preço.

Até mesmo os titulares de direitos reais, apesar de resguardados pela sub- rogação no preço (art. 31), também deverão utilizar-se de ação própria caso haja qualquer controvérsia.

Do mesmo modo devem proceder os vizinhos que pleiteiem perdas e danos quando o imóvel contíguo for prejudicado extraordinariamente na destinação eco- nômica (art. 37), bem como os terceiros titulares de direitos de natureza pessoal ou obrigacional, como locatários, comodatários, arrendatários e outros, caso pretendam indenização por eventuais prejuízos.²²

Em síntese, “[...] sempre restará a ação direta, prevista no art. 20 da Lei de Desapropriações, para o deslinde das questões referentes aos direitos de terceiros [...]”.²³

3.4. A responsabilidade do réu perante terceiros

Outra baliza do Decreto-lei nº 3.365/41 está no art. 38, que estabelece que o próprio expropriado responderá perante terceiros, por ação própria, se omitir ou sonegar informações que interessem à marcha do processo ou ao recebimento da indenização.

Leciona Seabra Fagundes que *informações que possam interessar à marcha do processo* são aquelas referentes à avaliação do bem, e dizem respeito aos terceiros com direito à sub-rogação no valor da indenização, titulares de direitos reais (art. 31). Já as informações que *interessam ao recebimento da indenização* referem-se aos terceiros que pretendem o domínio e, assim, consideram-se destinatários do preço, que inclusive podem impugnar o levantamento do valor pelo expropriado (art. 34).²⁴

Acerca do tema, o autor considera que o legislador deveria ter previsto como requisito para o levantamento do depósito a obrigação de o proprietário indicar a existência de terceiros com direitos sobre o bem.²⁵

²¹ FAGUNDES, M. Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1949, p. 269.

²² SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 537.

²³ *Ibidem*, p. 537.

²⁴ FAGUNDES, *op. cit.*, p. 493.

²⁵ *Ibidem*, p. 494.

Essa obrigatoriedade, porém, inexistente no Decreto-lei nº 3.365/41, conquanto o expropriado deva, como indicado, prestar todas as informações pertinentes a interesses de terceiros em Juízo, respondendo pela omissão e/ou sonegação de dados que possam interessar à evolução do processo (relativos a terceiros titulares de direitos reais sobre o bem) ou ao recebimento da indenização (pertinentes a terceiros que pretendem o domínio).

4. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Fixadas as balizas do capítulo anterior, a intervenção de terceiros, caso admitida na desapropriação, deve respeitar os limites impostos pelo Decreto-lei nº 3.365/41. Além disso, deve dar-se de acordo com as modalidades previstas no Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente (art. 42), pois a intervenção de terceiro, por ser excepcional, rege-se pelo princípio da tipicidade, não sendo admitida fora das previsões legais.²⁶

Por isso, serão analisados, sob o aspecto da Teoria Geral do Processo Civil, as características principais de cada modalidade interventiva, notadamente quanto à compatibilidade com a ação de desapropriação.

4.1. Aspectos gerais e conceituação

A definição de terceiro no direito processual civil envolve o conceito de parte e resulta de simples conclusão excludente. Sob a ótica estritamente processual, sendo parte “quem pede e contra quem se pede alguma espécie de tutela jurisdicional”²⁷, chega-se a um *conceito negativo de terceiros* como aqueles que não são partes.²⁸

Autor(es) e réu(s) são sujeitos da relação jurídica processual e com isso titulares de poderes, faculdades, ônus e deveres, sendo que o terceiro, como tal, não participa dessa relação e por isso não é sujeito de atos processuais.²⁹ Certos terceiros, porém, terão legitimidade para intervir na relação processual em curso, em situações e hipóteses excepcionais admitidas na lei.

Essa legitimidade advém “da ligação que o terceiro tenha com o objeto do processo ou com a relação controvertida entre as partes originárias”³⁰. Caso, porém,

²⁶ ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 169.

²⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 2.

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 154-155.

²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. 2, p. 433.

³⁰ *Ibidem*, p. 434.

seja atingido apenas por meros reflexos econômicos ou de fatos da decisão, que não sejam jurídicos, não poderá intervir.³¹

As situações legitimantes envolvem desde um terceiro “titular de relação jurídica conexa, dependente, prejudicial, prejudicada [...] ou mesmo [...] titular da mesma relação jurídica defendida em juízo por uma das partes (colegitimado).”³²

A depender do caso, a intervenção será voluntária, por ato espontâneo do interessado, ou provocada, a pedido de uma das partes. Admitida a intervenção, esta pode resultar em ampliação/modificação da estrutura subjetiva do processo (alterando-se ou acrescentando-se sujeitos à relação processual) e/ou ampliação do objeto do processo (com introdução de nova pretensão).³³

Ao Juiz caberá o controle da legitimidade interventiva, verificando os requisitos legais e a ocorrência da situação autorizadora.

4.2. Modalidades de intervenção e compatibilidade com a ação de desapropriação

O Código de Processo Civil de 1973 previa como modalidades de intervenção de terceiros a oposição (arts. 56 a 61), a nomeação à autoria (arts. 62 a 69), a denunciação da lide (arts. 70 a 76) e o chamamento ao processo (arts. 77 a 80), bem como a assistência (arts. 50 a 55), que, mesmo não posicionada no capítulo próprio da intervenção de terceiros, já era considerada modalidade interventiva.

No Novo Código de Processo Civil (NCPC – Lei 13.105/15), a intervenção de terceiros foi sistematizada em 5 capítulos em título próprio (Título III, Livro III, Parte Geral): I – Da Assistência (arts. 119 a 124), II – Da Denunciação da Lide (arts. 125 a 129), III – Do Chamamento ao Processo (arts. 130 a 132), IV – Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica (arts. 133 a 137) e V – Do *Amicus Curiae* (art. 138).

Foram retirados do título das intervenções de terceiros, assim, a oposição e a nomeação à autoria, e incluídos como modalidades interventivas o incidente de desconsideração da personalidade jurídica e o *amicus curiae*.

Todas as modalidades, inclusive as realocadas pelo NCPC, serão analisadas a seguir, verificando-se a compatibilidade com a demanda expropriatória.

4.2.1. Oposição e nomeação à autoria

A oposição, pelo CPC/73, era a modalidade de intervenção na qual o terceiro pretendia a coisa ou o direito discutido em determinada ação em curso. Para isso,

³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 21.

³² *Ibidem*, p. 24.

³³ WAMBIER, Luis Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2016, p. 354.

oferecia oposição tanto contra o autor quanto ao réu (art. 56). O oponente deduzia seu pedido, distribuído por dependência, com posterior citação dos opostos (art. 57).

O terceiro, assim, promovia demanda visando a obter o bem jurídico que era objeto do processo em curso. Ao intervir, não aderiu à relação processual de origem, mas, sim, promovia ação própria³⁴, visto que a sua pretensão era diversa daquelas deduzidas por ambas as partes até então constituídas.

No novo Código Processual, a oposição foi realocada como procedimento especial, nos arts. 682 a 686 do Título III (Dos Procedimentos Especiais), do Livro I da Parte Especial. Como se trata de demanda independente da originária, de fato a oposição amolda-se mais como procedimento especial do que intervenção de terceiro, sendo positiva a alteração, no entender da doutrina.³⁵

Apesar da modificação do NCPC, a regulamentação do instituto permanece praticamente a mesma, e a conceituação prevista no art. 682 tem idêntica redação à do art. 56 do CPC/73.

O conceito de oposição engloba *incompatibilidade substancial de interesses*³⁶, visando o oponente excluir a pretensão alheia. Além disso, a causa introduzida pelo oponente é sempre prejudicial à do autor da demanda originária, sendo que “[...] no plano lógico o acolhimento da pretensão do oponente predetermina a rejeição da demanda inicial do autor (consequência da incompatibilidade) [...]”³⁷

Como na ação expropriatória inexistente a possibilidade de se *excluir* a pretensão do ente expropriante, nem mesmo a demanda pode restar prejudicada por predominar o interesse público à desapropriação do bem, é possível concluir que a oposição não se coaduna com esta, seja como modalidade interventiva (CPC/73) ou como procedimento especial (NCPC).

Em relação à nomeação à autoria, a modalidade era prevista no CPC/73 para duas hipóteses: a) quando o detentor da coisa era demandado em nome próprio, devendo nomear à autoria o proprietário ou o possuidor (art. 62); e b) quando o demandado, em ação de indenização, alegasse que praticou o ato por ordem ou por instruções de terceiro, devendo nomear esse terceiro à autoria (art. 63).

No novo Código, a matéria não é mais tratada como intervenção de terceiros, mas, sim, como uma das alegações cabíveis na contestação, sendo inserida nos arts. 338 e 339 do Título I (Do Procedimento Comum) do Livro I da Parte Especial.

Nos moldes do novo regramento, o réu pode alegar na contestação não ser parte legítima ou responsável (art. 338), devendo indicar o sujeito passivo quando tiver conhecimento (art. 339). No prazo de 15 dias, o autor poderá alterar a inicial

³⁴ ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 408.

³⁵ *Ibidem*, p. 408-411.

³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 41.

³⁷ *Ibidem*, p. 93-95.

para substituir o réu ou para incluir como litisconsorte passivo o sujeito indicado (§ 1º e 2º do art. 339).

A hipótese pode ser verificada em ação de desapropriação que, eventualmente, seja proposta por equívoco em face do detentor ou de outra pessoa diversa do proprietário do bem.

Os arts. 338 e 339 do NCPC, dessa forma, são compatíveis com a desapropriação, sendo possível que o expropriado, na contestação, alegue não ser parte legítima (art. 338), indicando o sujeito passivo correto (art. 339).

O expropriante, por seu turno, poderá alterar a inicial para substituir o expropriado ou para incluir como litisconsorte passivo o sujeito indicado na contestação (§ 1º e 2º do art. 339), cabendo ao Juiz controlar a legitimidade da integração deste³⁸.

4.2.2 Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e Amicus Curiae

A desconsideração da personalidade jurídica, antes tratada apenas pelas leis de direito material (art. 50 do Código Civil, art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, art. 135 do Código Tributário Nacional), foi incluída dentre as modalidades de intervenção de terceiros disciplinadas pelo Novo Código, criando-se um procedimento de incidente processual, próprio da desconsideração (art. 133 e ss).

No âmbito da desapropriação, porém, não há hipótese de ato lesivo a demandar o levantamento da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de sócios³⁹, inexistindo campo para a aplicação do incidente.

Outra modalidade interventiva inserida no regramento do NCPC é o *amicus curiae* (art. 138) ou o amigo da corte (*friend of court* no direito americano), figura já antes existente no ordenamento (Lei 6.385/76, Lei 9.868/99, Lei 11.417/06, Lei 12.529/11, arts. 482, 543-A e 543-C do CPC/73) para auxiliar o Juízo com informações técnicas, visando ao aprimoramento das decisões.

Em um processo de desapropriação, poder-se-ia pensar em uma intervenção destinada à prestação de informações técnicas para se chegar à justa indenização. Porém, o auxílio técnico ao Juízo expropriatório para fixação do valor do bem é função do Perito Judicial e dos assistentes técnicos das partes.

Os papéis do perito e do *amicus curiae*, “[...] afins quanto ao objetivo de esclarecimento e contribuição para a formação do juízo de convencimento do

³⁸ NEGRÃO, Theotonio. GOUVÊA, José Roberto. BONDIOLI, Luis Guilherme. FONSECA, João Francisco. *Novo código de processo civil e legislação processual em vigor*. 48. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p 415.

³⁹ ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 109-111.

magistrado [...]”⁴⁰, acabariam sobrepondo-se, pois o mérito da causa está limitado ao preço (art. 20).

Por isso, como o convencimento do Juízo limita-se à fixação da indenização, a ser esclarecida por técnico habilitado, parece não haver campo para auxílio do *amicus curiae*, sob pena de invasão da competência da perícia judicial.

4.2.3. Denúnciação da lide e chamamento ao processo

A denúnciação da lide é modalidade interventiva que ocorre a pedido do autor (quando propõe a ação) ou do réu (no prazo de defesa), a fim de que, caso seja sucumbente, obtenha eventual indenização em regresso por perdas e danos em face do terceiro denunciado.⁴¹ Trata-se de ação regressiva antecipada, tendo o denunciante, parte na ação originária, pretensão indenizatória em face do terceiro denunciado.

Como na ação de desapropriação não há amparo para pretensão indenizatória regressiva do expropriante ou do expropriado em face de um terceiro, a denúnciação da lide não se apresenta como modalidade aplicável.

Quanto ao chamamento ao processo, é modalidade de intervenção pela qual o réu chama à relação jurídica processual codevedores para integrarem o polo passivo como litisconsortes. Objetiva-se a formação do título executivo também contra devedores não indicados pelo autor, visando a responsabilizá-los.⁴²

Não há também compatibilidade da modalidade interventiva com a ação de desapropriação, pois inviável que o expropriado chame à relação jurídica processual codevedores para integrarem o polo passivo, já que não existe causa de pedir ou pedido pertinente a eventual relação obrigacional *sub judice*.

Deve-se ressaltar, ademais, que o chamamento ao processo, assim como a denúnciação da lide, gera ampliação do objeto litigioso: naquele se introduz “a pretensão do chamador ao reconhecimento da obrigação do chamado”⁴³ e neste a pretensão do denunciante em face do denunciado⁴⁴. O art. 20 do Decreto-lei nº 3.365/41, entretanto, não admite a ampliação objetiva, pois remete à discussão de questões diversas do preço às vias ordinárias.

⁴⁰ ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 222.

⁴¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 170-172.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 266.

⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. 2, p. 481.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 462.

Restaria espaço, então, apenas a modalidades interventivas que não repercutem sobre o objeto litigioso, como é o caso da assistência, explorada a seguir.

4.2.4. Assistência

Na modalidade assistência, o terceiro intervém no feito em prol de uma das partes (autor ou réu) objetivando que a decisão seja favorável a uma delas, em razão de possuir interesse jurídico (art. 50 CPC/73 e art. 119 NCPC/15) vinculado à pretensão deduzida na demanda, não sendo suficiente o mero interesse econômico.⁴⁵

O assistente tem sempre relação direta com a parte a quem assiste, mas não necessariamente com a parte adversária do assistido. Se o assistente não tiver relação jurídica imediata com a parte *ex adversa* do assistido, a assistência será simples.⁴⁶

Na assistência simples, o assistente não participa da relação jurídica de direito material discutida na ação em curso.⁴⁷ A relação jurídica posta em Juízo é apenas entre o assistido e o adversário, mas existe relação jurídica conexa ou dependente à *sub judice* entre o assistente e o assistido. Por isso, o assistente simples tem a perspectiva dos reflexos decorrentes da decisão judicial.⁴⁸

Diversamente, se o assistente tiver relação direta também com a parte contrária ao assistido, a assistência é chamada de litisconsorcial. O terceiro “desfruta, com o adversário do assistido, a mesma relação jurídica material deduzida em juízo”⁴⁹, ou seja, a relação jurídica *sub judice* também diz respeito ao assistente e a decisão proferida no processo gera reflexo direto na situação jurídica deste.⁵⁰

No Novo Código, foram melhor diferenciadas as duas espécies de assistência, disciplinadas agora em capítulo próprio, subdividido em seções: Seção I: Disposições comuns, Seção II: Da Assistência Simples; Seção III: Da Assistência Litisconsorcial.

Ambas modalidades podem ser requeridas em qualquer momento e grau de jurisdição, até o trânsito em julgado, mas se opera o efeito da preclusão e o terceiro que intervém como assistente recebe o processo no estado em que se encontra (art. 119, § único, NCPC).

Disposições antes comuns no CPC/73, mas que já eram apontadas por parte da doutrina como compatíveis somente com a assistência simples, foram alocadas na seção dedicada a esta: a) o assistente simples atua como auxiliar da parte assistida,

⁴⁵ ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 180-181.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 181-183.

⁴⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 167-168.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 168.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 136.

⁵⁰ ARAÚJO, *op. cit.*, p. 185.

exercendo os mesmos poderes e sujeitando-se aos mesmos ônus processuais (art. 52 do CPC/73 e art. 121 do NCPC); b) a parte principal pode reconhecer a procedência do pedido, desistir da ação e renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, além de transigir sobre direitos controvertidos (art. 53 do CPC/73 e art. 122 do NCPC); e c) o assistente simples não poderá discutir a justiça da decisão em processo posterior, salvo exceções expressas (art. 55 CPC/73 e art. 123 NCPC).

Em relação à assistência litisconsorcial, o novo Código manteve a conceituação do CPC/73, indicando que o assistente será litisconsorcial quando a decisão influir na relação jurídica entre este e o adversário do assistido (art. 54 do CPC/73 e art. 124 do NCPC), considerando-o como litisconsorte da parte principal.

Cabe ressaltar que a equiparação do assistente litisconsorcial ao litisconsorte sempre foi polêmica na doutrina. De acordo com Cândido Dinamarco, qualificar o assistente de litisconsorcial “[...] não significa, todavia, que ele seja um verdadeiro litisconsorte, pois não traz ao processo demanda alguma a ser julgada nem em face dele foi proposta qualquer demanda a ser julgada na sentença de mérito.”⁵¹

Há quem defenda que, apesar de não ser totalmente correto igualar as figuras, a situação jurídica do assistente litisconsorcial “[...] é equiparada à do litisconsorte, para fins de atividade processual [...]” e com isso “[...] seus poderes são mais amplos, o que inclui a prática de atos contrários aos do assistido.”⁵² Já outra parte da doutrina entende que, na assistência litisconsorcial, o terceiro transforma-se em verdadeiro litisconsorte, atuando com a mesma intensidade processual que o assistido.⁵³

Considerando-se tais conceituações acerca da assistência, não parece haver óbice à modalidade na ação expropriatória. Um terceiro poderia intervir na ação de desapropriação visando a participar do debate acerca do justo preço, único aspecto permitido pelo Decreto-lei, pautando-se a intervenção em interesse vinculado ao imóvel desapropriado. Em razão desse interesse, o terceiro seria afetado pela decisão judicial, daí advindo a legitimidade para intervir.

A assistência, porém, só será cabível se respeitadas as balizas extraídas do Decreto-lei nº 3.365/41, exploradas no capítulo anterior e analisadas para hipóteses específicas no próximo capítulo.

⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 161.

⁵² ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 186.

⁵³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 551-552.

5. TERCEIROS INDICADOS NO DECRETO-LEI Nº 3.365/41

Admitida *a priori* a possibilidade de intervenção na ação de desapropriação pela modalidade assistência, vale analisar as hipóteses de cabimento desta a partir do tratamento dado a determinados terceiros pelo Decreto-lei nº 3.365/41.

Isso porque, além das balizas gerais extraídas do regramento, este trata explicitamente da situação jurídica de determinados terceiros, sendo relevante analisar se amoldam-se à figura do assistente.

O Decreto-lei nº 3.365/41 traz as seguintes previsões referentes a terceiros: a) titulares de direitos reais são resguardados pela sub-rogação (art. 31); b) terceiros que questionam o domínio do expropriado podem manifestar-se quando do levantamento trazendo dúvida (art. 34); e c) aquele cujo bem for prejudicado extraordinariamente em sua destinação econômica pela desapropriação de áreas contíguas terá direito a reclamar perdas e danos do expropriante (art. 37).

Como tais terceiros serão atingidos na esfera jurídica pelo mandamento expropriatório, essencial perquirir se possuem legitimidade interventiva, bem como se estão presentes os pressupostos da assistência.

5.1. Terceiros titulares de direitos reais

Como visto, o Decreto-lei nº 3.365/41 assegura aos terceiros titulares de direito real⁵⁴ o direito à sub-rogação no preço; porém, não prevê se estes podem se manifestar ou intervir no processo expropriatório.

De acordo com Seabra Fragundes, “[...] se quis vedar a inclusão dos direitos de terceiros como parcelas distintas na indenização, fazendo-se do titular principal do direito a única parte em juízo.”⁵⁵

Por outro lado, apesar de não integrado à lide, o titular de direito real diverso da propriedade, a exemplo do usufrutuário, tem interesse na discussão sobre o valor do bem. Como participará do *quantum* fixado, será beneficiado pela correta e justa indenização pelo imóvel, de onde advém interesse em intervir no feito.

A hipótese amolda-se à assistência simples, pois o terceiro titular de direito real (devidamente registrado) possui com o expropriado relação jurídica conexa à *sub judice*, e pode auxiliá-lo no debate do preço.

⁵⁴ Além da propriedade, a superfície, a servidão, o usufruto, o uso, a habitação, o penhor, a hipoteca, a anticrese, o direito do promitente comprador do imóvel, bem como a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso, devidamente registrados – art. 1.225 e 1.227 do Código Civil.

⁵⁵ FAGUNDES, M. Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1949, p. 421-422.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, na ação de desapropriação, o interesse jurídico a ser demonstrado na assistência simples deve corresponder a algum direito real sobre o imóvel (REsp 337805 / PR, DJ 09/12/2002; REsp 779775 / MT, DJ 31/05/2007; REsp 1095295 / PE, DJe 31/08/2009).

Deve-se advertir, entretanto, que a intervenção estará adstrita às limitações advindas do Decreto-lei nº 3.365/41, ficando vedada a definição autônoma do *quantum* relativo ao direito real do assistente (arts. 26 e 31). Além disso, qualquer outra controvérsia deve ser resolvida por ação própria (art. 20).

5.2. Terceiros que trazem dúvida acerca do domínio

Do art. 34 do Decreto-lei nº 3.365/41, como já destacado, extrai-se a possibilidade de manifestação de terceiros no momento processual do levantamento do preço, visando a obstá-lo por quem consta como proprietário no registro de imóveis (expropriado), questionando-se o domínio do bem.

O Decreto Expropriatório não prevê propriamente a intervenção desses terceiros no processo, mas apenas a impugnação ao levantamento. Seabra Fagundes, ao analisar o art. 34, destaca que os terceiros não devem “perturbar a marcha da ação nela interferindo⁵⁶”, pois o sistema adotado tem momento e modo determinados para convocação destes quando do levantamento.

É comum que essa manifestação parta de comissários-compradores, cessionários de direitos ou adquirentes cujo título não tenha sido devidamente registrado, bem como de possuidores com *animus domini*.

Como a pretensão desses terceiros envolve a própria titularidade do bem e, conseqüentemente, o direito ao preço, extrapolando a limitação do mérito da ação expropriatória (art. 20), a manifestação permitida pelo art. 34 não se consubstancia em intervenção.

Até porque a manifestação do terceiro que traz dúvida acerca do domínio, em geral, envolve temas complexos, como compra e venda ou promessa de compra e venda não registradas, cessões de direitos, cadeias diversas de transmissões sem registro, partes envolvidas já falecidas, posse e tempo de posse, dentre outros.

Como se tratam de questões incompatíveis com o procedimento célere e especial inerente à desapropriação, a discussão é vedada pelo Decreto-lei e remetida às vias ordinárias (art. 20 e 34, § único).

Deve-se considerar, entretanto, que acaso esse terceiro dispute em ação diversa o domínio do bem (ex: ação de usucapião), ou traga em Juízo elementos sólidos que demonstrem que detém título hábil a regularizar a propriedade perante o Registro de Imóveis e, com isso, tornar-se o titular do direito ao preço (ex: compra

⁵⁶ FAGUNDES, M. Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1949, p. 460.

e venda quitada, pendente de registro), pode-se configurar hipótese excepcional de intervenção.

Não obstante, necessário ressaltar novamente que tais “elementos sólidos” não ensejam abertura de discussões adversas no bojo do processo expropriatório. Além disso, eventual intervenção não pode prejudicar o rito especial e a celeridade da desapropriação, sob pena de descaracterizar a razão da especialidade do rito. Intervenções de inúmeros terceiros, por exemplo, inviabilizariam a tramitação do feito expropriatório.

Feitas essas ressalvas, o terceiro em questão poderia ser autorizado a intervir no processo, a depender das circunstâncias do caso concreto, mas a intervenção estaria limitada ao acompanhamento da fixação da justa indenização e/ou ao apontamento de eventuais vícios processuais, em razão das limitações impostas pelo próprio Decreto-lei. Todas as demais matérias seriam solucionadas por ação própria ou extrajudicialmente, respeitando-se os arts. 20 e 34.

Delimitando-se o espectro a essa perspectiva, esse terceiro amolda-se à figura do assistente, posto que auxiliará na busca pelo justo preço, além de zelar pela esmerada marcha processual. Vale dizer: prevalecerá somente o interesse na discussão sobre a indenização, no transcurso de um processo judicial hígido.

A depender das peculiaridades do caso concreto, a assistência será simples ou litisconsorcial, devendo-se analisar se há relação jurídica entre assistente e ente expropriante ou apenas daquele com o expropriado (art. 124 NCPC).

É necessário ressaltar, ademais, que o preço do bem ficará depositado em juízo, aguardando a solução da controvérsia fora dos autos; e, até que a situação seja regularizada, nenhum levantamento pode ser deferido. Isso porque, repita-se, a prova da propriedade, que só se faz com o registro do título translativo no Cartório de Registro de Imóveis (art. 1.245 Código Civil), é condição essencial ao levantamento da indenização (art. 34, *caput*, Decreto-Lei).

De todo modo, caso não haja condições para a intervenção do terceiro, mas este traga dúvida fundada sobre o domínio, o preço do bem também ficará depositado em Juízo, aguardando a solução da controvérsia fora dos autos.

Ou seja, sendo ou não aceita a intervenção, as questões alheias ao preço e à regularidade processual deverão ser solucionadas por ação própria (ou extrajudicialmente), sobrestado-se o levantamento da indenização.

Dessa forma, a manifestação do terceiro que traga dúvida sobre o domínio do bem não se consubstancia em intervenção, mas esta pode ser admitida excepcionalmente na modalidade assistência, a depender das peculiaridades do caso concreto e desde que não gere prejuízo ao rito especial e à celeridade da ação, estando limitada ao debate sobre o preço e ao apontamento de vícios processuais.

5.3. Terceiro cujo bem for prejudicado extraordinariamente

O Decreto-lei traz, por fim, previsão acerca de vizinhos cujo imóvel contíguo é prejudicado extraordinariamente na destinação econômica, que podem pleitear perdas e danos de acordo com o já citado art. 37.

Como esse pleito foge das limitações de mérito impostas pelo art. 20 do Decreto-lei, deve ocorrer por ação própria, conforme exposto no capítulo III.

No mesmo sentido posiciona-se a doutrina acerca de terceiros titulares de direitos de natureza pessoal ou obrigacional, como locatários, comodatários, arrendatários e outros, que devem recorrer a ação autônoma caso pretendam indenização por eventuais prejuízos.⁵⁷

Não há razão, então, para a admissão desses terceiros como assistentes, pois possuem pretensões autônomas, que não compõem o mérito da ação expropriatória (art. 20).

6. ANÁLISE DE JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Extraídas do Decreto-lei nº 3.365/41 as balizas do tema, bem como o tratamento dado a determinados terceiros, cabe traçar um panorama dos julgamentos da matéria em desapropriações no Estado de São Paulo.

Selecionou-se para tanto uma amostra de julgados do Tribunal de Justiça Estadual Paulista (TJSP) para estudo, objetivando-se constatar e analisar as hipóteses enfrentadas pela Corte, as modalidades interventivas requeridas, negadas ou admitidas e os fundamentos das decisões.

6.1. Metodologia adotada e amostra selecionada

A pesquisa foi realizada no endereço eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo, no dia 19 de janeiro de 2016, às 21h10min, utilizando-se a metodologia explicitada em nota de referência⁵⁸, chegando-se ao resultado de 61 (sessenta e um)

⁵⁷ SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 537.

⁵⁸ No endereço eletrônico <<http://www.tjsp.jus.br>>, acessou-se o campo “Advogado” e, após, “Consulta de Jurisprudência”, chegando-se ao endereço <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>> referente à “Consulta Completa”. No campo “Pesquisa Livre”, foram inseridos os seguintes critérios, desabilitando-se o filtro de pesquisa por sinônimos: desapropriação E intervenção E terceiros. Selecionou-se para o item “Origem” a opção “2º grau” e para o item “Tipo de Decisão” a opção “Acórdãos”. A pesquisa gerou 1.680 resultados diversos, sem correspondência com o assunto pesquisado. Intentando amostra mais delimitada, utilizou-se a opção “Pesquisa por campos específicos”, inserindo-se no campo “Ementa” os seguintes termos: desapropriação intervenção terceiros. Selecionou-se para o item “Origem” a opção “2º grau” e para o item “Tipo de Decisão” a opção “Acórdãos”, resultando-se então em 61 acórdãos.

acórdãos. Desses, foram excluídos 28 (vinte e oito) que não tratavam propriamente do tema pesquisado e 2 (dois) em razão de triplicidade de resultado, chegando-se a uma amostra de 31 (trinta e um) acórdãos⁵⁹.

Todos os 31 (trinta e um) julgamentos foram proferidos entre os anos de 2001 e 2015, ou seja, na vigência do CPC/73, sendo 21 (vinte e um) entre 2010 e 2015.

Do total da amostra, 11 (onze) acórdãos referem-se à modalidade interventiva assistência, 10 (dez) à oposição e outros 10 (dez) não indicam modalidade prevista no Código de Processo Civil, contendo referência genérica à intervenção de terceiro, sem denominações ou classificações.

Dos 11 (onze) acórdãos referentes à assistência, 4 (quatro) contém julgamento favorável à intervenção e 7 (sete) desfavoráveis. No âmbito dos julgamentos relacionados à oposição (10 acórdãos), em 1 (um) foi admitida a intervenção e em 9 (nove) esta foi afastada. Já nas decisões que não indicaram modalidade específica (10 acórdãos), há 5 (cinco) posições favoráveis e 5 (cinco) desfavoráveis.

Dessa forma, na amostra de 31 (trinta e um) julgamentos analisados, há 21 (vinte e uma) negativas ao pleito e apenas 10 (dez) intervenções de terceiros admitidas no processo de desapropriação.

6.2. Decisões negativas à intervenção de terceiros

Na amostra em questão, das 21 (vinte e uma) decisões contrárias à intervenção de terceiros no processo de desapropriação, 9 (nove) acórdãos⁶⁰ referem-se à modalidade oposição. Destes, 1 (um) diz respeito a empregado do expropriado que reside no imóvel e pretende assegurar indenização trabalhista; 2 (dois) a compromissários-compradores cujo contrato não foi registrado e 6 (seis) a possuidores com *animus domini*, sendo que 5 (cinco) destes ajuizaram ação de usucapião.

⁵⁹ Amostra formada pelos recursos nº 2159833-98.2015.8.26.0000, 2012826-05.2015.8.26.0000, 2209216-79.2014.8.26.0000, 0580428-63.2010.8.26.0000, 0179553-61.2010.8.26.0000, 0212831-53.2010.8.26.0000, 0016665-77.2012.8.26.0000, 0110831-38.2011.8.26.0000, 0229252-55.2009.8.26.0000, 0114334-72.2008.8.26.0000, 9036729-04.2002.8.26.0000, 1003660-73.2015.8.26.0126, 1003659-88.2015.8.26.0126, 0106488-39.2008.8.26.0053, 0248606-66.2009.8.26.0000, 0252497-95.2009.8.26.0000, 0122202-38.2007.8.26.0000, 0090921-98.2006.8.26.0000, 9111766-71.2001.8.26.0000, 0032227-15.2001.8.26.0000, 0004898-91.2008.8.26.0320, 2203473-88.2014.8.26.0000, 2115174-38.2014.8.26.0000, 0122062-62.2011.8.26.0000, 0020443-84.2009.8.26.0477, 0134522-47.2012.8.26.0000, 2169735-12.2014.8.26.0000, 0289037-74.2011.8.26.0000, 0170664-26.2007.8.26.0000, 9040272-44.2004.8.26.0000, 9041554-54.2003.8.26.0000.

⁶⁰ Recursos nº 1003660-73.2015.8.26.0126, 1003659-88.2015.8.26.0126, 0248606-66.2009.8.26.0000, 0106488-39.2008.8.26.0053, 0252497-95.2009.8.26.0000, 0122202-38.2007.8.26.0000, 0090921-98.2006.8.26.0000, 9111766-71.2001.8.26.0000, 0032227-15.2001.8.26.0000.

Analisando-se as decisões, constata-se que todas estão fundamentadas em uma das razões abaixo, ou em ambas:

a) a modalidade interventiva oposição não é cabível porque o expropriante não disputa a titularidade do imóvel com o expropriado. Com isso, a hipótese não se amolda ao art. 56 do CPC/73, pois o terceiro interveniente não tem pretensão em face do autor da desapropriação, mas apenas do réu expropriado;

b) no processo expropriatório só é cabível debate sobre o valor da indenização, sendo inviável discussão sobre propriedade e/ou posse, devendo os interessados recorrer à via própria.

Verifica-se que as razões de decidir vão ao encontro dos motivos expostos no capítulo IV sobre o não cabimento da oposição na ação de desapropriação, bem como destacam uma das balizas expostas no capítulo III, prevista no art. 20 do Decreto-Lei.

Também foram detectadas na amostra de negativas 5 (cinco) decisões⁶¹ nas quais não se admitiu a intervenção de forma genérica, sem especificar propriamente uma modalidade interventiva. Destes acórdãos, 1 (um) refere-se a titular de direito obrigacional, 1 (um) a cessionário cujo título não foi registrado, 1 (um) a possuidor com *animus domini* e 2 (dois) a locatários.

Em todas as decisões, considerou-se que a questão trazida pelo terceiro deveria ser solucionada por ação própria, remetendo a solução às vias ordinárias, nos termos do art. 20 do Decreto-lei nº 3.365/41, já tratado de forma pormenorizada.

Uma das decisões relacionadas a locatários foi proferida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça Paulista (nº 0229252-55.2009.8.26.0000), que decidiu que o interessado deveria promover ação direta contra o expropriante para pleitear indenização por fundo de comércio. Consta na fundamentação que o locatário não era titular de direito real que permite sub-rogação no preço pelo art. 31 do Decreto-lei, também analisado no presente artigo.

No caso dos possuidores com *animus domini* que pleitearam intervenção (autos nº 0114334-72.2008.8.26.0000), a negativa baseou-se na ausência de demonstração de posse inequívoca. A fundamentação, porém, é sujeita a críticas, pois não há campo para averiguação da matéria na desapropriação (art. 20).

Por fim, foram detectados no estudo jurisprudencial 7 (sete) acórdãos⁶² de negativa à assistência, que se referem a 1 (um) comodatário; 1 (um) titular de direitos decorrentes de promessa de dação em pagamento; 1 (um) arrematante do bem em leilão judicial, mas que não concretizou a compra e venda; 1 (uma) Fazenda Pública

⁶¹ Recursos nº 0229252-55.2009.8.26.0000, 0016665-77.2012.8.26.0000, 0114334-72.2008.8.26.0000, 0110831-38.2011.8.26.0000, 9036729-04.2002.8.26.0000.

⁶² Recursos nº 0289037-74.2011.8.26.0000, 0020443-84.2009.8.26.0477, 0170664-26.2007.8.26.0000, 2169735-12.2014.8.26.0000, 0134522-47.2012.8.26.0000, 9040272-44.2004.8.26.0000, 9041554-54.2003.8.26.0000.

a defender que o imóvel desapropriado está em área devoluta; 1 (um) possuidor com *animus domini*, com ação de usucapião proposta e 2 (dois) locatários.

Nos acórdãos que dizem respeito aos locatários, a negativa baseou-se na ausência de interesse jurídico a justificar o ingresso dos terceiros no feito, identificando-se apenas interesse econômico que deve ser resolvido pelas vias ordinárias. Em um dos casos analisados pelo Tribunal Paulista (autos nº 0289037-74.2011.8.26.0000), destacou-se que o interesse jurídico a pautar a intervenção deve corresponder a algum direito real sobre o bem, citando-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça indicada no capítulo anterior.

Nas intervenções requeridas por arrematante, por comodatário e pela Fazenda Pública, decidiu-se que as questões trazidas pelos terceiros extrapolavam o objeto da desapropriação e por isso também deveriam ser discutidas pela via própria (art. 20 Decreto-lei).

No julgamento do recurso interposto pelo comodatário (autos nº 0020443-84.2009.8.26.0477), o Tribunal entendeu que o direito desse terceiro não se sub-roga no preço pago na ação de desapropriação, não sendo aplicável o já mencionado art. 31 do Decreto-lei.

Em relação à intervenção pleiteada pelo possuidor com *animus domini* (autos nº 2169735-12.2014.8.26.0000), autor de ação de usucapião em curso, os julgadores entenderam que não há previsão legal para a intervenção pleiteada pelo terceiro. Por outro lado, visando resguardar os direitos deste, foi dado parcial provimento ao recurso para que o levantamento do preço somente ocorresse após comprovada a efetiva titularidade do bem expropriado (art. 34).

6.3. Decisões favoráveis à intervenção de terceiros

Na amostra resultante da pesquisa jurisprudencial, a intervenção de terceiros no processo expropriatório foi admitida em 10 (dez) das decisões selecionadas.

A oposição foi autorizada em 1 (um) acórdão (autos nº 0004898-91.2008.8.26.0320), relacionado a locatário que pleiteava indenização por benfeitorias no imóvel, mas se trata de decisão isolada que destoa da jurisprudência do Tribunal Paulista. A oposição, além de não ser a via adequada para a intervenção no processo expropriatório, como já demonstrado, não poderia introduzir à lide discussão de prejuízos diversos do preço do bem (art. 20), tampouco autorizar o levantamento de valores pelo terceiro (art. 34), como ocorreu no caso em questão.

Também foram identificadas 5 (cinco) decisões⁶³ que admitiram a intervenção no processo de desapropriação, mas sem enquadrar a hipótese em uma das

⁶³ Recursos nº 0212831-53.2010.8.26.0000, 0580428-63.2010.8.26.0000, 2159833-98.2015.8.26.0000, 2012826-05.2015.8.26.0000, 2209216-79.2014.8.26.0000.

modalidades interventivas⁶⁴. Todos os acórdãos referem-se a terceiros que pretendem o domínio, sendo 4 (quatro) compromissários-compradores, cessionários de direitos ou adquirentes cujo título não foi devidamente registrado e 1 (um) possuidor com *animus domini* que propôs ação de usucapião.

No acórdão tocante a compromissário-comprador cujo título não foi registrado (autos nº 0212831-53.2010.8.26.0000), foi corretamente destacado que, apesar de admitida a intervenção voluntária do terceiro, a demanda não comporta discussão sobre o domínio. Determinou-se aguardar a citação do expropriado, indicando-se que a ação de desapropriação é promovida contra o titular do domínio e não contra o possuidor, ainda que de boa-fé.

No julgamento do recurso nº 0580428-63.2010.8.26.0000, o art. 16 do Decreto-lei foi citado como regra a ser observada para a composição do polo passivo em nome daquele em que se achar registrado o imóvel. Facultou-se a intervenção de possuidor que discute o domínio em ação de usucapião, com indícios de posse há 50 anos, mas não houve a necessária ressalva de que tal discussão deve ficar restrita à ação de usucapião.

Já no recurso nº 2159833-98.2015.8.26.0000, verificou-se a admissão de diversas pessoas que apresentaram instrumentos particulares de compra e venda não registrados. Na decisão, o Tribunal destacou que, para fins de levantamento, deve haver a prova incontestante do domínio; caso contrário, as partes devem resolver a questão nas vias ordinárias, mantendo-se o valor depositado em Juízo (art. 34). Apesar de corretamente impossibilitada a discussão do domínio, a decisão feriu o rito especial e a celeridade inerentes à desapropriação, pois, segundo consta no acórdão, há na área mais de 140 famílias, sendo a admissão da intervenção de tantos terceiros tumultuadora do feito expropriatório e prejudicial ao deslinde da causa.

Já nos acórdãos proferidos nos recursos nº 2012826-05.2015.8.26.0000 e 2209216-79.2014.8.26.0000, compromissários-compradores sem título registrado foram admitidos na ação expropriatória na qualidade de parte, para compor o polo passivo. Em ambos os casos, havia quitação da transação e os compromissários-vendedores concordavam com o ingresso dos compromissários-compradores; porém, a inclusão do terceiro como parte não encontra respaldo no ordenamento. O compromissário-comprador deveria ter sido admitido como assistente, o que seria suficiente para lhe conferir poderes para debate do preço. Após, solucionada pelas partes a questão pendente, com o registro do título translativo no Cartório de Imóveis

⁶⁴ Cabe destacar que a intervenção de terceiros, como já exposto neste artigo, está atrelada ao princípio da tipicidade, por isso deve estar prevista e regulamentada em lei. Não encontra respaldo, então, a admissão genérica de terceiros interessados no feito expropriatório, sem indicação de modalidade interventiva prevista no Código de Processo Civil, até porque é necessário delimitar o papel desse terceiro no feito, bem como os respectivos poderes, ônus e deveres.

(art. 1.245 Código Civil), o compromissário-comprador, agora proprietário, integra o polo passivo e poderia então efetuar o levantamento do preço (art. 34).

Por fim, na pesquisa jurisprudencial realizada, foram detectadas 4 (quatro) decisões⁶⁵ que admitiram a intervenção pela modalidade assistência. Destas, 3 (três) referem-se a compromissários-compradores, cessionários de direitos ou adquirentes cujo título não foi registrado e 1 (uma) ao próprio titular do domínio à época do apossamento (desapropriação indireta proposta pelo adquirente).

Na decisão do recurso nº 2203473-88.2014.8.26.0000, foi admitido como assistente litisconsorcial o adquirente do imóvel desapropriado, que não registrou o título aquisitivo em razão de duplicidade de registro, tendo ingressado com ação de usucapião em razão da posse exercida. O Tribunal entendeu aplicável o disposto no art. 42, §2º, CPC, concluindo que o adquirente do imóvel expropriado pode ingressar como assistente litisconsorcial, sendo que, na oportunidade do levantamento, deve ser resolvido a quem deve ser paga a indenização. Não foi ressalvado, porém, que esse pagamento depende da prova do domínio, ficando eventual disputa por este adstrita às vias ordinárias, no caso, à ação de usucapião em curso.

Também foram admitidos como assistentes litisconsorciais compromissários-compradores que quitaram o preço, mas não registraram o título (autos nº 2115174-38.2014.8.26.0000). Desejavam compor o polo passivo da ação, mas o Juízo entendeu cabível a intervenção por assistência, sendo a decisão mantida pelo Tribunal de Justiça Paulista, que destacou corretamente a impossibilidade, na ação de desapropriação, de discussão acerca da regularidade da venda e compra, da realização ou não do preço e da continuidade ou não da cadeia de transmissão do imóvel.

Averiguando-se a totalidade da amostra, percebe-se que o tema possui diversas peculiaridades e não é tratado de maneira uniforme na jurisprudência paulista. As decisões negativas costumam pautar-se nas limitações do Decreto-lei nº 3.365/41, mas as decisões que admitem a intervenção, em geral, não delimitam todas as balizas e limitações existentes, essenciais ao estudo da intervenção no processo expropriatório.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise realizada, decorrem as seguintes considerações conclusivas:

1) O Decreto-lei nº 3.365/41 não trata propriamente da intervenção de terceiros na desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mas traz balizas que devem pautar o tema: sistema de indenização única (art. 26); impossibilidade de disputa pelo domínio na ação de desapropriação (art. 34); limitação do mérito da

⁶⁵ Recursos nº 0179553-61.2010.8.26.0000, 2203473-88.2014.8.26.0000, 2115174-38.2014.8.26.0000, 0122062-62.2011.8.26.0000.

ação expropriatória ao debate do preço ou indicação de vícios processuais (art. 20); e responsabilidade do expropriado pela omissão de informações relevantes (art. 38).

2) Na ausência de regramento próprio, a intervenção de terceiros na desapropriação, caso admitida, deve se pautar pelas modalidades previstas no Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente, tendo em vista o princípio da tipicidade que rege a matéria.

3) Modalidades interventivas que geram ampliação do objeto litigioso do processo não são compatíveis com a ação de desapropriação. O art. 20 do Decreto-lei nº 3.365/41, ao remeter a discussão de questões diversas do preço às vias ordinárias, veda a ampliação objetiva da demanda expropriatória.

4) Das modalidades de intervenção de terceiros disciplinadas pelo Código de Processo Civil, a assistência apresenta compatibilidade com a ação de desapropriação, mas deve ser limitada ao auxílio no debate sobre o preço do bem e/ou ao apontamento de vícios processuais (art. 20).

5) O Decreto-lei nº 3.365/41 faz referência à situação jurídica de determinados terceiros, cabendo verificar se estes podem intervir como assistentes. Pelo regramento, os titulares de direitos reais são resguardados pela sub-rogação (art. 31); os que questionam o domínio podem se manifestar quando do levantamento, apontando dúvida dominial (art. 34); e os terceiros cujo imóvel contíguo seja prejudicado extraordinariamente podem pleitear perdas e danos (art. 37).

6) O titular de direito real, diverso do proprietário, também tem interesse na justa indenização pelo imóvel, já que se sub-roga no quantum fixado, e por isso pode ser admitido como assistente para auxiliar no debate do preço. Seguindo-se as balizas do Decreto-lei, fica vedada a definição autônoma do quantum relativo aos direitos reais diversos da propriedade (arts. 26 e 31) e qualquer controvérsia deve ser resolvida por ação própria (art. 20).

7) Terceiros que questionem o domínio podem trazer dúvida acerca deste ao âmbito da desapropriação, que, se fundada, sobrestará o levantamento dos valores (art. 34). Essa impugnação não se consubstancia propriamente em intervenção e, como costuma envolver temas complexos e incompatíveis com o procedimento célere e especial, a discussão foi vedada pelo Decreto e remetida às vias ordinárias (art. 20 e 34, § único).

8) Excepcionalmente, caso o terceiro dispute em ação própria o domínio ou detenha título hábil a regularizar a propriedade perante o Registro de Imóveis e, com isso, tornar-se o titular do direito ao preço, pode-se configurar hipótese de intervenção para acompanhar a fixação da indenização. A intervenção, que também se amolda à assistência, só pode ser admitida se não gerar prejuízo ao rito expropriatório especial e à celeridade, bem como se limitada à participação no debate sobre o valor do imóvel ou ao apontamento de vícios processuais. Todas as demais questões devem ser resolvidas por ação própria (art. 20).

9) Já os vizinhos que pleiteiem perdas e danos quando o imóvel contíguo é prejudicado extraordinariamente na destinação econômica (art. 37), assim como os terceiros titulares de direitos de natureza pessoal ou obrigacional, como locatários, comodatários, arrendatários e outros, caso pretendam indenização por eventuais prejuízos, devem recorrer a ação própria, não cabendo a intervenção como assistentes. Isso porque possuem pretensões autônomas, que não podem compor o mérito da ação expropriatória (art. 20).

10) O tema é tratado sob diferentes perspectivas nas decisões proferidas em ações de desapropriação, o que foi aferido pela análise de amostra de acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo.

11) Em amostra de 31 (trinta e um) acórdãos, proferidos entre 2001 e 2015, 10 (dez) intervenções de terceiros foram admitidas no processo de desapropriação e houve 21 (vinte e uma) negativas ao pleito. Do total, 11 (onze) referem-se à modalidade interventiva assistência, 10 (dez) à oposição e 10 (dez) não indicam modalidade prevista no Código de Processo Civil.

12) Na amostra, predominam casos de terceiros que pretendem o domínio (9 acórdãos referem-se a possuidores com animus domini e 10 a títulos não registrados), reflexo da elevada irregularidade dominial no Brasil.

13) Pela análise dos julgados, verificou-se que a matéria não é tratada de maneira uniforme na jurisprudência paulista. As decisões negativas, em geral, consideram as balizas fixadas pelo Decreto-lei nº 3.365/41, mas as decisões que admitem a intervenção, em regra, não consideram as limitações essenciais do tema, debatidas no presente artigo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ANTONIO JR., Valter Farid. *Compromisso de compra e venda*. São Paulo: Atlas, 2009.

ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. *Censo demográfico 2010: Aglomerados subnormais – Informações territoriais*. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/552/cd_2010_agrn_if.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, v. 1, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, v. 2, 2017.

FAGUNDES, M. Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1949.

HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAIS, Larissa. Imóvel com escritura irregular tem desvalorização de até 35%. In: *Diário de São Paulo*. Seção de Economia, São Paulo, 28 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.anoregsp.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NjU5&filtro=5>>. Acesso em: 08 jan. 2016.

NEGRÃO, Theotonio. GOUVÊA, José Roberto. BONDIOLI, Luis Guilherme. FONSECA, João Francisco N. Da. *Novo código de processo civil e legislação processual em vigor*. 48. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

WAMBIER, Luis Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2016.

O SISTEMA DE PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, ISONOMIA, CELERIDADE E INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO JUIZ

The System of Precedents in the New Code of Civil Procedure and the Conflict between the Principles of Legal Security, Isonomy, Celerity and Functional Independence of the Judge

Juliana Guedes Matos¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Precedentes: breves considerações e técnicas de distinção e superação. 3. Aproximação entre as jurisdições de civil law e de common law. 4. Precedentes obrigatórios no sistema civil law. 4.1. Argumentos contrários. 4.1.1. Mera subsunção do caso concreto à tese jurídica firmada em precedentes. 4.1.2. Fossilização do direito e abalo à independência do juiz. 4.2. Argumentos favoráveis. 4.2.1. Segurança jurídica. 4.2.2. Igualdade entre os jurisdicionados e coerência jurídica. 4.2.3. Previsibilidade das consequências das condutas dos jurisdicionados. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

RESUMO

O presente trabalho objetiva estudar a regulação dos precedentes no novo Código de Processo Civil, como resultado da aproximação entre os sistemas civil law – em que a lei é a fonte primária do direito – e common law, no qual o direito é essencialmente construído pelos precedentes, que devem ser respeitados (*stare decisis*). Especificamente, a problematização do presente trabalho é cotejar os argumentos favoráveis e contrários à observância dos precedentes oriundos, sobretudo, dos Tribunais Superiores brasileiros, que são responsáveis pela uniformização da interpretação e aplicação das normas constitucionais e da legislação federal, nos termos dos artigos 102 e 105, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Adotou-se o método dedutivo, o qual proporcionará a análise geral dos principais fatores que abalaram a uniformidade, coerência e estabilidade do ordenamento jurídico pátrio, bem como dos valores a que o Novo Código Processual visa a assegurar.

Palavras-chaves: Precedentes. Segurança. Igualdade. Estabilidade. Independência.

ABSTRACT

The present work aims to study the regulation of precedents in the new Code of Civil Procedure, as a result of the approximation between civil law systems - in which the law is the primary source of law - and common law, in which the law is essentially constructed by precedents, which must be respected (*stare decisis*). Specifically, the problem of the present work is to compare the arguments favorable to and against to the precedence of the Brazilian Superior Courts, which are responsible for standardizing the interpretation and application of constitutional norms and federal legislation, pursuant to articles 102 and 105, both of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. The deductive method was adopted, which will provide a general analysis of the main factors that undermined the uniformity, coherence and stability of the country's legal system, as well as the values to which the New Code is intended to ensure.

Keywords: Precedents. Safety. Equality. Stability. Independence.

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto.

1. INTRODUÇÃO

A coesão entre as normas contidas no Código de Processo Civil editado em 1973 enfraqueceu-se devido às diversas alterações legislativas perpetradas, sobretudo a partir de 1990, com a previsão da tutela antecipada (Lei Federal nº 8.952/94), a revisão do recurso de agravo (Lei Federal nº 9.139/95) e da execução (Lei Federal nº 11.382/06), e a disposição sobre o processamento e julgamento dos recursos repetitivos (Lei Federal nº 11.672/08).

Nesse contexto, o novo Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105/15) entrou em vigor em 17 de março de 2016 com o objetivo de sistematizar e harmonizar as normas processuais, de modo a adaptá-las às mudanças da sociedade e a alcançar maior funcionalidade; e resolver os problemas vislumbrados no meio jurídico.

Um dos maiores problemas apontados atualmente consiste na disparidade entre as decisões judiciais proferidas a respeito da mesma norma jurídica, oriundas, não raramente, de órgãos fracionários de um único tribunal. Nessas hipóteses, os jurisdicionados submetem-se a regras de condutas diferentes apesar de estarem em situações idênticas, o que gera intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário.

Diante dessa perplexidade, o novel *Codex*, especialmente seu Capítulo I do Livro III (artigos 926 a 928), pretende promover a uniformização da jurisprudência mediante a observância das decisões proferidas, não apenas pelos tribunais superiores, mas também pelos tribunais de segundo grau, como os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça Estaduais.

Essa concepção visa a assegurar a estabilidade por meio do respeito aos precedentes e reflete a aproximação entre o sistema *civil law*, no qual a lei é considerada fonte primária do ordenamento jurídico, e o sistema *common law*, em que o direito é desenvolvido mormente pelas decisões judiciais.

O objetivo desse acercamento é imprimir maior segurança jurídica, celeridade e efetividade à processualística pátria, de modo a privilegiar as justas expectativas dos jurisdicionados, que poderão prever as consequências jurídicas de suas condutas.

O novo regime aposta que a estabilização e a uniformização da jurisprudência dos tribunais abreviarão do tempo do processo, considerando que os magistrados decidirão mais rapidamente. Outro efeito importante é a diminuição do número de recursos interpostos e do ajuizamento de demandas semelhantes, de modo a pacificar as partes litigantes de forma mais eficaz.

Não obstante os benefícios almejados, torna-se imperioso analisar se essa nova ótica processual afronta ou não outras garantias de julgamentos independentes e justos, como a independência funcional do juiz e o seu livre convencimento motivado. Isso porque o magistrado deixará de imprimir seu entendimento singular no caso concreto para aplicar a tese jurídica paradigma. E em caso de colidência, será necessário proceder ao sopesamento dos interesses em jogo para aferir qual(is) dele(s) prevalecerá(ão).

A discussão se mostra relevante, tendo em vista que a autonomia funcional confere liberdade aos juízes para decidirem à luz dos elementos constantes dos autos, sem influxo de pressões sociais, de interesses políticos e econômicos e até mesmo de exigências dos demais órgãos jurisdicionais. Trata-se de uma garantia do Estado do Direito, porque o julgamento imparcial também materializa a isonomia ao aplicar a norma de maneira uniforme aos jurisdicionados envolvidos em uma mesma situação jurídica.

Outro argumento contrário ao sistema de precedentes no Brasil reside no risco de fossilização de determinada tese jurídica e de estagnação do direito frente às novas realidades sociais. No entanto, as transformações sociais, culturais, econômicas, políticas e científicas justificam a revogação do entendimento consolidado, que não será imutável (artigo 927, §§ 2º e 5º do novo Código de Processo Civil).

Nesse diapasão, o presente artigo busca analisar brevemente o sistema de precedentes implantado pelo novo Código de Processo Civil, com vistas a perquirir se, no momento atual, deve-se privilegiar a segurança jurídica, a isonomia, a celeridade, a previsibilidade, a coerência, a estabilidade em detrimento da independência do juiz para julgar.

2. PRECEDENTES: BREVES CONSIDERAÇÕES E TÉCNICAS DE DISTINÇÃO E SUPERAÇÃO

O precedente, segundo explica Estefânia Maria de Queiroz Barboza², consiste na “prática de decidir casos com base nas decisões tomadas em casos similares no passado por meio de mecanismos que identificam a experiência comum ou questões semelhantes entre os casos”.

O órgão colegiado, por maioria, após uma ou várias decisões proferidas em situações fáticas semelhantes, analisa os principais argumentos, interpreta a norma e fixa a tese jurídica. Por conseguinte, uma decisão não será considerada precedente, “seja por não tratar de questão de direito ou não sustentar um fundamento por maioria, seja por se limitar a afirmar a letra da lei ou a reafirmar precedente”, conforme estatui Luiz Guilherme Marinoni³. Se houver julgamento pela procedência do pedido, mas baseado em justificativas distintas, não haverá precedente, o qual requer fundamentos majoritariamente compartilhados.

A fundamentação do precedente, por seu turno, veicula a interpretação da norma; define as teses jurídicas, nominadas de razão de decidir ou *ratio decidendi*; e traz as argumentações acessórias, que são irrelevantes para o deslinde da causa (*obiter*

² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: Fundamentos e Possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 198.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 157.

dictum). O juiz, ao se deparar com o caso concreto, deve se atentar para a *ratio decidendi* fixada em julgados anteriores e posteriores, isto é, para o princípio invocado para solução da demanda. Isso porque pode haver “formação paulatina ou incremento da *ratio*, que ganha corpo em virtude do julgamento de um novo caso”⁴.

Contudo, os fatos não podem ser preteridos, pois as circunstâncias fáticas da presente controvérsia judicial devem ser similares àquelas em que o precedente foi firmado. Mesmo nos julgamentos dos recursos extremos brasileiros, nos quais não são analisadas questões fáticas, “o sentido atribuído à lei ou à Constituição só pode ser compreendido a partir da moldura fática do caso em que se insere a questão de direito resolvida”⁵.

Ora, os juízes comparam o caso em concreto com a *ratio decidendi* fixada anteriormente e deixam de aplicá-la sempre que tese jurídica não se amoldar ao caso em julgamento. Essa operação, chamada de distinção (*distinguishing*), não abala o conteúdo e a autoridade do precedente, que somente será revogado se a não aplicação for rotineira, indicação de que a comunidade jurídica não mais o aceita. Ao contrário, essa técnica assegura o desenvolvimento do direito, “dando conta das novas realidades e das situações que, embora antigas, não foram anteriormente tratadas, sem que, com isso, seja preciso o rompimento do sistema ou a revogação do precedente que ainda é necessário e suficiente para tratar das situações que contemplou desde a sua origem”⁶.

No tocante à superação do precedente (*overruling*), Luiz Guilherme Marinoni invoca as lições de Melvin Eisenberg⁷, para explicar que a sua revogação ocorrerá quando não mais “corresponder aos padrões de congruência social e consistência sistêmica”, ou seja, quando não mais se coadunar com os valores morais, políticos e de experiência, nem manter a coerência com as demais decisões. Além disso, quando “os valores que sustentam a estabilidade – basicamente os da isonomia, da confiança justificada e da vedação da surpresa injusta – não justificarem a sua preservação”.

Em ambos os métodos (*distinguishing e overruling*), o juiz deve esclarecer racionalmente o porquê da não aplicação do precedente. Diante disso, o parágrafo 4º do artigo 927 do Novo Código de Processo Civil exige a “fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 179.

⁵ *Ibidem*, p. 185.

⁶ *Ibidem*, p. 231.

⁷ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press. 1988. p. 104 e ss *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 251-252.

confiança e da isonomia” quando houver “a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos”.

Ademais, considerando-se a atuação expansiva dos juízes, os quais, além de resolver os litígios, interpretam a norma jurídica e, conseqüentemente, desenvolvem o direito, a modificação de qualquer precedente pelas Cortes Supremas deverá ser motivada, de forma a demonstrar o surgimento de novas realidades sociais que justifiquem a superação do precedente. Nos dizeres de Luiz Guilherme Marinoni⁸, “o precedente deve ser revogado quando não mais corresponde aos padrões de congruência social e/ou de consistência sistêmica”.

Portanto, a nova legislação processual trouxe mecanismos destinados a uniformizar a atuação judicial em prol da segurança jurídica. Todavia, os advogados deverão se esmerar no desenvolvimento das teses jurídicas defendidas, que poderão balizar precedente a ser aplicado a controvérsias futuras, e os juízes deverão se afastar da mera função de aplicadores das leis para impulsionar o desenvolvimento do direito mediante a densificação das normas jurídicas.

A força obrigatória dos precedentes, em síntese, não é absoluta e irrestrita, e as técnicas de distinção e revogação não fulminam o *stare decisis*, conforme conclui Estefânia Maria de Queiroz Barboza⁹.

3. APROXIMAÇÃO ENTRE AS JURISDIÇÕES DE CIVIL LAW E DE COMMON LAW

Após a Revolução Gloriosa de 1688, o juiz inglês assumiu papel de relevo, pois afirmava o *common law* (*judge make law*), enquanto o Parlamento, à luz das decisões proferidas pelos tribunais no caso concreto, complementava-o. Os precedentes, assim como a lei e os costumes, alcançaram o *status* de fontes do direito no sistema do *common law*.

O sistema do *civil law*, por outro lado, surgiu com a Revolução Francesa também para limitar o poder do Estado Absolutista, mas por meio da lei, considerada fonte máxima do direito, cabendo ao juiz apenas explicitar o teor das normas legislativas. O Poder Legislativo ganhou importância frente ao Poder Judiciário, que foi visto com desconfiança pelos jurisdicionados, preocupados em expurgar os privilégios injustificados da classe aristocrática, da qual faziam parte os juízes.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 358.

⁹ “Em outras palavras, a revogação de um precedente deve ser compreendida como um método pelo qual um Tribunal nega um precedente com o objetivo de confirmar o direito. Ou seja, quando um Tribunal de última instância admite que suas decisões podem estar erradas pode-se concluir que uma decisão judicial está errada se for contrária ao direito, por consequência, que o direito será algo superior a qualquer decisão”. (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 230).

Nesse sistema, o poder de criar o direito foi deferido apenas ao Parlamento e a tutela jurisdicional limitou-se à declaração da lei, a qual deveria ser clara, coerente e completa. O juiz tão somente aplicava estritamente e fielmente a lei, o que garantia certeza jurídica, segurança e previsibilidade das relações sociais. A lei era tida como expressão da vontade de toda nação e os valores éticos foram preteridos na aplicação do direito, pois o papel do Poder Judiciário era mínimo, relegado a concretizar a lei tal como fora editada¹⁰.

Diferentemente do que ocorreu na França na luta contra o Absolutismo, a Inglaterra não desconfiou do Poder Judiciário, razão pelo qual os juízes ingleses interpretavam as leis e os costumes e, a partir deles, delineavam os direitos e deveres dos jurisdicionados¹¹. Havia, assim, um direito preexistente, seja lei, seja costume, que pautava a atuação judicial.

Todavia, após o término da Segunda Guerra Mundial, marcada pelas desumanidades cometidas pelo Nazismo e chanceladas pelo Princípio da Legalidade Formal (lei como ato normativo geral, abstrato, autônomo e resultante da vontade homogênea do Poder Legislativo), os direitos humanos começaram a ser positivados nas constituições, sobretudo dos países do continente europeu. Nesse modelo de constitucionalismo, em que a moral e o direito se reencontram, as majorias, representadas pelo Parlamento nos países de *civil law*, não poderiam mais extirpá-los em prol de qualquer outro ideal. As constituições assumiram a feição rígida para não serem alteradas por meio de legislação infraconstitucional, e os direitos inerentes à condição humana foram considerados “cláusulas pétreas”, cuja supressão e flexibilização restaram inviabilizadas. Houve, portanto, a transição do Estado de Direito (supremacia da lei) para o Estado Constitucional (supremacia da constituição)¹².

O juiz de tradição *civil law*, nesse contexto, deixa de aplicar a lei contrária aos preceitos constitucionais, abalando a ideia de supremacia do Poder Legislativo e

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 69.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 32.

¹² “Tais mudanças se devem justamente às atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, fato que levou a mudança de visão, no sentido de que a estrutura básica da democracia liberal que até então era fundada no princípio da supremacia do Parlamento deveria se fundar em outro pilar. A partir daí, a ordem liberal democrática não poderia mais estabelecer a estabilidade do exercício do poder do Estado apenas pela representação majoritária, mas deveria dar prioridade à igualdade entre os cidadãos e respeito à dignidade inata do ser humano. Nessa dimensão, apesar de se ter um Estado de Direito, ficou comprovado que este, alicerçado na supremacia do Parlamento, não foi capaz de proteger direitos humanos contra as barbaridades perpetradas contra a pessoa humana. Ou seja, a partir de então, o direito resgata valores éticos e morais, especialmente com foco central na proteção da dignidade da pessoa humana. Isso se dá por meio da adoção de constituições democráticas que vêm estabelecer rol de direitos fundamentais protegidos das majorias parlamentares.” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 81.)

se aproximando da atuação do juiz do *common law*. A alta carga axiológica de que são dotados os direitos humanos demandam essa atividade interpretativa diferenciada, considerando-se as circunstâncias do caso concreto em análise pelo juiz, bem como o contexto histórico, social, político, moral e jurídico da sociedade naquele dado momento. Nesse passo, a motivação das decisões judiciais alça o patamar de garantia democrática, com o nítido propósito de “excluir o caráter voluntarista e subjetivo da atividade jurisdicional”¹³.

Paralelamente, os países que passaram por longo período ditatorial, como o Brasil, ao instituírem a democracia como regime de governo, também optaram por normatizar os direitos fundamentais e transferir ao Poder Judiciário a análise de algumas matérias morais e políticas, fenômeno nominado de “judicialização da política”. Em face disso, os tribunais passaram a se manifestar em questões atinentes ao âmbito legislativo e executivo, como aborto, biotecnologia, união homoafetiva, políticas públicas nas áreas da saúde e educação, etc.

Por outro lado, o direito brasileiro possui uma peculiaridade em relação aos demais países de tradição romano-germânica quanto ao controle de constitucionalidade das leis. O controle concentrado, realizado pelo Tribunal Constitucional, com eficácia *erga omnes*, convive com o controle difuso, no qual cada juiz o realiza incidentalmente no caso concreto. Ora, a autoridade do juiz, nessa hipótese, torna-se ainda mais intensa, na medida em que, a depender da hipótese, declarará a inconstitucionalidade da lei, promoverá a interpretação conforme à Constituição e/ou suprirá a omissão legislativa na concreção dos direitos fundamentais.

Ora, a contradição decorrente da escolha pelo sistema difuso de controle de constitucionalidade sem a adoção da força obrigatória dos precedentes constitucionais aumenta a litigiosidade, uma vez que os jurisdicionados ingressarão com suas pretensões em juízo para afastar lei já declarada nula incidentalmente pelo Tribunal Superior.

No intuito de solucionar essa confusão, o Ministro Gilmar Mendes¹⁴ defende que as decisões sobre constitucionalidade da lei proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ainda que proferidas em sede de controle incidental (no julgamento de recurso extraordinário, por exemplo), devem irradiar efeito vinculante em relação ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário.

Na Reclamação nº 4335, de modo a ilustrar esse raciocínio, a Defensoria Pública da União requereu a cassação da decisão do juízo da Vara de Execuções Penais da

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 759 apud RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 40.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. O Papel do senado federal no controle de constitucionalidade – um clássico caso de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, nº 162, abr.-jun. 2004, p. 164.

Comarca de Rio Branco/AC, que indeferiu o pedido de progressão de regime formulado por condenados por crimes hediondos. O indeferimento, apesar de contradizer a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 82.959, que julgou inconstitucional a vedação da progressão do regime prevista no artigo 2º, §1º da Lei nº 8.072/90, fundamentou-se no efeito *intra partes* que decorre do controle difuso de constitucionalidade, até que o Senado Federal, com fundamento no artigo 52, inciso X da Constituição da República Federativa do Brasil, suspenda a lei declarada contrária à Constituição.

Apesar da superveniência da Súmula Vinculante nº 26¹⁵, foi ventilada a “eficácia expansiva” das decisões proferidas pela Corte Suprema em sede de controle incidental independentemente da edição da resolução do Senado Federal, tendo em vista “todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional direcionado a conferir racionalidade e efetividade às decisões dos Tribunais Superiores e especialmente à Suprema Corte”¹⁶.

Pois bem. Na medida em que a atuação do juiz no *civil law* foi remoldada a partir do advento do Neonconstitucionalismo, da inserção de conceitos indeterminados e normas abertas no ordenamento e da configuração do controle difuso de constitucionalidade, o respeito aos precedentes se mostra fundamental para garantir a segurança jurídica; a igualdade entre os jurisdicionados; a coerência do sistema jurídico; a previsibilidade das decisões judiciais; a estabilidade das relações sociais; a diminuição da litigiosidade; e a credibilidade ao Poder Judiciário visto como instituição.

Diante da multiplicidade de interpretações possíveis, a Suprema Corte, com o propósito de guardar a unidade e a coerência do sistema, deve atribuir o sentido ao direito com base em argumentos racionalmente aceitáveis. No plano infraconstitucional, ao Superior Tribunal de Justiça incumbe fixar o sentido da lei federal, conforme a evolução das relações sociais, de modo a auxiliar o Poder Legislativo¹⁷.

Em suma, a força obrigatória dos precedentes (*stare decisis*) foi o instrumento utilizado no *common law* para garantir segurança jurídica, dada a possibilidade fática de os juízes, ao interpretarem a lei, proferirem decisões diferentes em situações semelhantes.

¹⁵ “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.”

¹⁶ Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, publicado no DJ de 01 set. 2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante nº 26. 5. Efeito *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL 4335. Relator Min. Gilmar Mendes. Diário de Justiça da União. 21 out 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28controle+e+difuso+e+senado%29&base=baseAcordao&url=http://tinyurl.com/z96ehyk>>. Acesso em: 10 nov 2015.) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=262988>>. Acesso em: 10 nov 2015.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 77.

O regramento das condutas sociais por meio dos costumes gerais (*common law*) antecede a ideia de respeito aos precedentes (*stare decisis*), e não se confundem¹⁸:

Nesse diapasão, não se mostra razoável o entendimento segundo o qual o respeito às decisões proferidas anteriormente abala a liberdade do juiz. Isso porque, “a decisão é o resultado de um sistema, e não algo construído de forma individualizada por um sujeito que pode fazer valer a sua vontade sobre o próprio sistema de que faz parte”¹⁹. De fato, o juiz goza de liberdade para julgar, contudo não deve fazer prevalecer a sua posição pessoal sobre o que restou decidido pelos Tribunais Superiores. Há um dever para com a unidade do Poder Judiciário, visto como instituição da qual faz parte; e para com os jurisdicionados, os quais fazem jus ao direito à isonomia e à coerência e previsibilidade do sistema jurídico.

O Novo Código de Processo Civil, conforme se analisará a seguir, traz a ideia de respeito aos precedentes, no intuito de promover a racionalidade do sistema jurídico pátrio.

4. PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO SISTEMA CIVIL LAW

Diante da carga valorativa de que são dotadas algumas normas, sobretudo as principiológicas, várias interpretações possíveis podem decorrer de sua aplicação, razão pela qual o respeito aos precedentes pode conferir ao ordenamento segurança jurídica; igualdade entre os jurisdicionados; coerência do sistema jurídico; previsibilidade das decisões judiciais; estabilidade das relações sociais; diminuição da litigiosidade; e credibilidade ao Poder Judiciário visto como instituição.

Contudo, críticas recaem sobre a concepção de tornar os precedentes de observância obrigatória.

4.1. Argumentos contrários

4.1.1. Mera subsunção do caso concreto à tese jurídica firmada em precedentes

O ponto central do sistema da *common law* reside na *doctrine of stare decisis*, segundo a qual os juízes lançam mão da tese jurídica fixada nos julgados anteriores para solucionar o caso presente, assegurando, assim, a coerência jurídica.

¹⁸ “Não há como ignorar, tanto no *common law* como no *civil law*, que uma mesma norma jurídica pode gerar diversas interpretações e, por consequência, variadas decisões judiciais. Todavia, o *common law* pôde facilmente vislumbrar que a igualdade e previsibilidade apenas poderiam ser alcançadas mediante o *stare decisis*, ao passo que no *civil law*, por ainda se estar encobrendo a realidade, a população confia cada vez menos no direito produzido pelo Estado. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 53).

¹⁹ *Ibidem*, p. 53.

Porém, o julgador não deve invocar o precedente como se fosse um preceito universal e abstrato, divorciado de suas particularidades. “É imprescindível que antes tome conhecimento dos fatos do caso presente e do caso que deu origem ao julgado pretérito, e só após compará-los, identificá-los e distingui-los poderá aplicar a regra”²⁰, pois o fato não pode ser separado do texto normativo. Segundo essa ótica, o julgador poderá afastar a aplicação do precedente que não guardar similitude com o fato central do caso presente (*to distinguishing*), ampliar (*to widen*) ou restringir (*to narrow*) seu âmbito de aplicação, ou ainda superá-lo, quando não mais se amoldar à realidade social (*overruling*).

Indubitavelmente, o sistema jurídico brasileiro, apesar de fundado na lei escrita editada pela autoridade competente (Estado), vem utilizando os precedentes judiciais na fundamentação das decisões. A motivação configura-se garantia democrática porque limita o arbítrio judicial, mas não se restringe a explicar a decisão por meio da repetição do dispositivo de lei. O juiz, além de justificar os motivos pelos quais acolheu o pedido, deve explicitar, ainda, as razões pelas quais não acolheu a pretensão da parte vencida. Isso porque, a parte litigante, em virtude do princípio do contraditório, tem o direito de alegar, de produzir provas e de obter um pronunciamento acerca de suas alegações e provas. Todavia, não é raro vislumbrar situações em que o julgador escolhe uma das interpretações possíveis da tese jurídica a ser aplicada no caso concreto, sem se preocupar em demonstrar os motivos pelos quais nega todas as demais.

Outrossim, usualmente, os precedentes são invocados a solucionar um caso presente por meio da mera subsunção entre a situação fática presente e as razões que capitanearam a decisão dos casos passados (ou meramente se recorre às ementas). Ora, se a explicação fundada no dispositivo legal é deficiente, aquela baseada na fórmula abstrata do precedente não configura motivação válida²¹.

Os fatos vão sendo encobertos pelo uso de enunciados sintéticos, que apenas resumem a tese jurídica aplicada aos casos julgados, que deles se desvincula, afastando-se do contexto no qual fora fixada. Maurício Ramires critica “o uso descontextualizado dos julgados (como conceitos ou como ‘discursos prévios de fundamentação’)

²⁰ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 71.

²¹ “O âmago do problema da arbitrariedade judicial na invocação de precedente, portanto, está na combinação destes dois fatores: a elevação do julgado ao status de lei geral e a existência de precedentes antagonísticos, adaptáveis a todas as “necessidades”. [...] A aplicação desse “raciocínio distorcido” amiúde se dá da seguinte forma: o juiz escolhe “livremente” (leia-se *arbitrariamente*) uma das interpretações trazidas pelas partes, e a seguir a “confirma” com uma rápida e simples busca em alguns dos vários repertórios eletrônicos de jurisprudência, selecionando julgados que convêm à tese (e que passam a constar da decisão) e ignorando os que a infirmam (e que não são sequer mencionados). O resultado dessa operação é uma decisão não fundamentada e, portanto, nula do ponto de vista constitucional.” (RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 45-46).

e o sincretismo improvisado e descuidado entre os sistemas jurídicos”²². O juiz, ao proferir uma decisão, não pretende resolver casos futuros, ainda que similares ao presente. Claro que o precedente pode se desvincular dos fatos que o originaram e irradiar a tese jurídica nele fixada para casos posteriores, mas essa circunstância não depende da vontade do juiz de tornar o seu entendimento transcendental.

Na realidade, o Brasil passou a invocar os precedentes, mas não os aplica bem, em geral. Os juristas escolhem alguns julgados passados para ratificarem sua posição atual, sem cotejá-los com os entendimentos divergentes. Segundo aponta Maurício Rodrigues²³, não há, portanto, uma visão totalitária da prática jurídica acerca de um tema, o que manteria a integridade e a coerência do direito, além de promover sua evolução.

No intuito de frear essa prática, o artigo 489, §1º do Novo Código de Processo Civil, não considera “fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que”: V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Desta feita, o juiz brasileiro, na fundamentação de sua decisão, deverá identificar os fundamentos essenciais (*ratio decidendi*) ao aplicar precedente ou enunciado sumular para não incorrer em nulidade. Com essa prescrição, o Novel Código pretende frear o mero registro de decisão proferida pelo Tribunal Superior como fundamento do julgamento.

Não obstante, ao aplicar o direito ao caso em concreto, o juiz deve considerar as interpretações anteriores, de modo que não inicia a sua atividade do zero, arbitrariamente. À luz da concepção de Ronald Dworkin sobre o “direito como integridade”, considerando-se que o direito se estrutura em um conjunto coerente de princípios, os juízes não podem preteri-los no novo julgamento, sob pena de fulminar a coerência e a coesão do sistema jurídico²⁴. O juiz, assim sendo, escreverá o seu capítulo de um livro em confecção (ideia de “romance em cadeia”).

Nesse contexto, não é prudente que o julgador desconsidere a totalidade da prática jurídica anterior, nem reproduza, de forma automática, as decisões já prolata-das. Caso se depare com precedentes contrários acerca de uma mesma tese jurídica,

²² RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 87.

²³ *Ibidem*. p. 150-151.

²⁴ DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Havard University Press, 1986, p. 243 *apud* RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 98.

o aplicador do direito, ao contrário do que ocorre atualmente no Brasil, não deve capitanear sua decisão em apenas um deles, sem justificar a sua escolha. Deve cotejar todos os entendimentos divergentes para afastar a arbitrariedade.

Na medida em que os princípios norteadores do direito gozam de alta carga axiológica, inspiram diversas conclusões que podem ser divergentes entre si. Existiria uma interpretação correta em face de outra?

Ronald Dworkin defende que “a resposta correta, ao contrário, está ligada ao esforço de descobrir os direitos relativos às partes, em oposição à ideia de *inventá-los*”²⁵. As respostas dadas devem refletir a Constituição e a totalidade da prática jurídica (ideia de “direito como integridade”).

No entanto, conforme denuncia Maurício Ramires, no Brasil, há “profusão de respostas e carência de perguntas honestas”²⁶. Em geral, os livros compilam decisões de tribunais, em diversos sentidos, com o intuito de responder a qualquer indagação. Na prática, o aplicador do direito defende uma tese jurídica e busca fundamentá-la por meio de decisões anteriores, com desprezo de todo o arsenal jurídico contrário ao seu entendimento. Agindo dessa maneira, não elabora nenhuma pergunta acerca da questão central do caso presente e do que foi decidido no julgado passado, o que não contribui para a evolução do direito.

Em continuidade ao seu raciocínio, Maurício Ramires²⁷ afirma que a visita às bibliotecas jurídicas e a leitura de obras doutrinárias perderam espaço no Brasil para a consulta de repositórios eletrônicos de jurisprudência, via busca de palavras-chave. Caso a situação fática descrita na demanda a ser solucionada se amolde àquela constante de julgado passado, a tese jurídica aplicada a este é mecanicamente transportada para o presente, sem cotejo com o posicionamento contrário. Trata-se de “juízos de ponderação de princípios” prontos para serem utilizados.

O precedente não pode atuar como se norma fosse, de forma divorciada e autônoma em relação aos fatos que o ensejaram, sob pena de fulminar a integridade e a coerência do direito. Ademais, a observância da constituição impede a arbitrariedade do juiz na escolha dos precedentes a fundamentarem a sua decisão a ser prolatada no caso concreto presente.

²⁵ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 280 *apud* RAMIRES, Maurício. *Crítica à Aplicação de Precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 119.

²⁶ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 87.

²⁷ *Ibidem*, p. 147.

4.1.2. Fossilização do Direito e abalo à independência do juiz

A adoção da força obrigatória do precedente obstaría o desenvolvimento do direito, que não evoluiria com o passar do tempo a fim de atender aos novos anseios sociais, de modo que deixaria de dar decisões adequadas às novas controvérsias. O juiz estaria, assim, preso ao entendimento fixado anteriormente, dele não podendo mais se afastar.

No entanto, o precedente não é imutável, dado que deixa de ser aplicado caso não mais se amolde aos anseios sociais (*overruling*). Mas essa superação não ocorre ao bel-prazer do tribunal que estabelece o precedente, sob pena de não garantir a segurança jurídica, a estabilidade e a coerência do sistema jurídico. Conforme leciona Luiz Guilherme Marinoni, a evolução da doutrina é relevante na superação de um precedente²⁸.

De mais a mais, a utilização geral e irrestrita dos precedentes levaria, ainda, à impossibilidade de concretizar os ditames de isonomia substancial, pois a fórmula preconcebida impediria o tratamento desigual às situações que exijam a discriminação.

Todavia, essa falha decorreria do seu uso abstrato, “como se fossem modelos adaptáveis a toda e qualquer situação concreta”²⁹. No intuito de evitar o uso irracional, os juízes devem proceder ao *distinguishing*, ou seja, distinguir um caso passado do presente, com separação dos fatos relevantes para o deslinde da causa (*ratio decidendi*) dos fatos irrelevantes (*obiter dicta*). Se os fatos não se amoldarem à tese jurídica fixada no precedente, este deixa de ser invocado.

Indaga-se, ainda, se, sob a égide do Princípio da Separação dos Poderes, é possível defender que uma interpretação promovida pela Corte Superior pode obrigar todo o Poder Judiciário, cuja função precipua, no civil law, é o exercício da jurisdição. Além do mais, os precedentes, ao contrário das leis, não são dotados de autonomia, generalidade e abstração.

²⁸ “Assim, como é evidente, as normas criadas pelo Judiciário, longe de restarem petrificadas ou eternizadas, estarão em constante adaptação aos novos tempos e à evolução da dogmática e da teoria jurídicas. Ora, se o precedente serve para definir o horizonte da juridicidade, sem o qual o exercício da jurisdição não teria como ser coerente, não há como deixar de ver que o desenvolvimento da doutrina pode interferir sobre a linha do horizonte, podendo fazê-lo recuar. Em outras palavras: a ausência de precedente com força obrigatória torna impossível a coerência das decisões judiciais – e, assim, do direito –, mas a evolução da doutrina pode demonstrar que o precedente, cuja força dava coerência ao sistema e ao direito, deve ser revogado para permitir a constituição de uma coerência capaz de espelhar o novo ou, em outros termos, um horizonte redefinido. De modo que respeitar precedentes não significa absolutizar a estabilidade e a certeza do direito.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 142.)

²⁹ *Ibidem*, p. 143.

Todavia, “o Judiciário, muito mais do que fixar a interpretação da lei, tem o poder de, a partir da Constituição, negar a lei, alterá-la ou mesmo criá-la diante de omissão ou insuficiência capaz de inviabilizar a tutela de direito fundamental”³⁰.

Por fim, não haverá violação à autonomia e independência caso juiz aplique o precedente no caso concreto. Isso porque o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são os órgãos do Poder Judiciário responsáveis pela uniformização da interpretação constitucional e da lei federal, respectivamente, nos termos dos artigos 102 e 105, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil. Os demais juízes e tribunais inferiores devem seguir o entendimento fixado pelas Cortes Superiores, a fim de evitar a prolação de decisões distintas para demandas semelhantes.

A independência dos juízes não se confunde com ausência de unidade, sob pena de impedir a distribuição da justiça, o tratamento isonômico aos jurisdicionados e a coerência do sistema jurídico.

Importante consignar que a força obrigatória dos precedentes também não viola o Princípio do Juiz Natural, porquanto vincula o Poder Judiciário como um todo, inclusive os Tribunais Superiores, e não os juízes individualmente considerados. Nos dizeres de Luiz Guilherme Marinoni³¹, “conforme demonstrado, se o Judiciário define o significado da lei, a sociedade não pode determinar o seu comportamento apenas a partir da norma legal, sendo-lhe imprescindível pautar-se pelos precedentes”.

Por conseguinte, cabe ao juiz aferir a compatibilidade do precedente com o caso em concreto, a par das peculiaridades fáticas, o que demonstra, ainda, a sua responsabilidade como parte integrante do Poder Judiciário. Trata-se de mecanismo que garante, e não impede o acesso à justiça.

4.2. Argumentos favoráveis

4.2.1. Segurança jurídica

A segurança jurídica no sistema *civil law* decorreria da codificação do direito, cujo dogma da completude do sistema visa a alcançar a previsibilidade e a coerência das decisões judiciais. Os juízes apenas aplicariam a lei, tendo em vista que os códigos ofereceriam todas as respostas às controvérsias.

No entanto, o papel do Poder Judiciário expandiu-se no Brasil e os magistrados deixaram de aplicar, pura e simplesmente, a lei editada pelo Parlamento e passaram a concretizar os valores éticos e morais de que são dotados os direitos fundamentais livremente, sem observância das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 148.

³¹ *Ibidem*, p. 152.

Essa atuação causa, sobremaneira, insegurança jurídica, incerteza, imprevisibilidade, desigualdade entre jurisdicionados submetidos as mesmas circunstâncias fáticas e aumento expressivo da litigiosidade.

Ocorre que o Princípio da Segurança Jurídica encontra amparo constitucional (preâmbulo e artigo 5º, *caput* e inciso XXXV, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³²) e almeja a paz social por meio da estabilidade e previsibilidade dos efeitos jurídicos decorrente da normatização da conduta da comunidade³³. O Estado de Direito pressupõe a estabilidade da ordem jurídica e a previsibilidade das consequências que podem advir da conduta adotada.

Contudo, no âmbito brasileiro, o próprio Superior Tribunal de Justiça, que detém a função constitucional de uniformizar a interpretação da legislação federal, não respeita os seus precedentes, o que atenta contra a efetividade do sistema jurídico.

No intuito de exemplificar como a atuação, por vezes titubeante, do Superior Tribunal de Justiça, cita-se a celeuma jurisprudencial em torno da aplicação do artigo 16 da Lei Federal nº. 7.347/85³⁴, que limitou territorialmente a eficácia subjetiva da coisa julgada em ação coletiva:

Em 2010, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento de embargos de divergência³⁵, entendeu pela aplicabilidade dessa restrição

³² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

³³ “O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Esses dois princípios - segurança jurídica e proteção da confiança - andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica - garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito - enquanto a proteção da confiança se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade e a previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos dos actos. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2000, p. 256.)

³⁴ “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.9.1997)” (BRASIL. Lei Federal nº 7.347/85. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 30 out. 2015).

³⁵ “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFICÁCIA. LIMITES. JURISDIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR. 1 - Consoante entendimento consignado nesta Corte, a sentença proferida em ação civil pública fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência do órgão prolator da decisão, nos termos do art. 16 da Lei nº 7.347/85, alterado pela Lei nº 9.494/97. Precedentes. 2 - Embargos de divergência acolhidos. (REsp 411.529/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/03/2010, publicado no DJe de 24 mar. 2010.) (Sem destaque no

territorial. Posteriormente, em 2011, no julgamento do REsp nº 1.243.887/PR³⁶, a Corte Especial daquele Tribunal Superior entendeu que as decisões tomadas em ações civis públicas devem ter validade nacional, com afastamento dos limites impostos pelo artigo 16 da Lei Federal nº 7.347/85.

A despeito da decisão em comento ter sido proferida segundo o rito dos recursos especiais repetitivos (artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973), inúmeros julgados posteriores a preteriram e passaram a aplicar a limitação territorial prevista no artigo 16 da Lei Federal nº 7.347/85³⁷.

Por fim, em 2015 foi proferido julgamento consonante com a decisão proferida pela Corte Especial em 2011³⁸ (REsp Nº 1.315.822).

original) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 411.529/SP Relator Min. Fernando Gonçalves. Diário de Justiça Eletrônico. 24 mar 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=411529&b=ACOR&p=false&l=10&i=1>>. Acesso em 3 nov. 2015.)

³⁶ “DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART.543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: 1.1. **A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a limites geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC).** (...) 3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (REsp 1243887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011) (Sem destaque no original) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.243.887/PR. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Diário de Justiça Eletrônico. 12 dez 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1243887&rtipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&p=false>. Acesso em: 3 nov. 2015).

³⁷ PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. CÔMPUTO DO TEMPO DE BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE COMO PERÍODO DE CARÊNCIA. POSSIBILIDADE, DESDE QUE INTERCALADO COM PERÍODO DE EFETIVO TRABALHO. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. EFEITOS ERGA OMNES LIMITADOS À COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. (...) 6. **Prevalece nesta Corte o entendimento de que a sentença civil fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator, nos termos do art. 16 da Lei nº 7.347/85, alterado pela Lei nº 9.494/97.** (...) 8. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1414439/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 03/11/2014) (Sem destaque no original). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.414.439/RS. Relator Min. Rogerio Schietti Cruz. Diário de Justiça Eletrônico. 3 nov 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1414439&b=ACOR&p=false&l=10&i=1>>. Acesso em: 3 nov. 2015.)

³⁸ RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO DESTINADA A IMPOR À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DEMANDADA A OBRIGAÇÃO DE ADOTAR O MÉTODO BRAILLE NOS CONTRATOS BANCÁRIOS DE ADESÃO CELEBRADOS COM PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA VISUAL. (...) 5. **EFEITOS DA SENTENÇA EXARADA NO BOJO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA DESTINADA À TUTELA DE INTERESSES COLETIVOS STRICTO SENSU. DECISÃO QUE PRODUZ EFEITOS EM RELAÇÃO A TODOS OS CONSUMIDORES PORTADORES DE DEFICIÊNCIA VISUAL QUE ESTABELECEM OU VENHAM A FIRMAR RELAÇÃO CONTRATUAL COM A**

Desta feita, no que pertine à estabilidade, tanto o direito legislado como as decisões judiciais devem gozar de continuidade, porquanto são considerados atos de poder. Se os juízes considerarem individualmente sua visão pessoal, invocando a autonomia, a independência e a liberdade para julgar, não será prestada a adequada tutela jurisdicional. Devem se considerar parte do todo, da instituição nominada Poder Judiciário.

Ademais, o entendimento segundo o qual a segurança jurídica decorre apenas da coisa julgada afronta o Princípio da Igualdade, tendo em conta que chancela a atuação judicial que discrimina jurisdicionados submetidos às mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas. “De nada adianta haver permanência das leis e da Constituição se não houver confiança e previsibilidade nas decisões judiciais, que também fazem parte da ordem jurídica”³⁹.

Por outro lado, o respeito aos precedentes próprios e dos tribunais superiores não fulmina a independência do juiz, haja vista que o sistema do *civil law*, por meio do duplo grau de jurisdição, subjuga as decisões dos juízes ao entendimento oriundo dos tribunais. Ao revés, assegura a estabilidade e previsibilidade das decisões, de modo a conferir segurança jurídica ao ordenamento, promover a igualdade entre os jurisdicionados e limitar a discricionariedade judicial na densificação dos valores inerentes aos direitos humanos e na análise de questões morais, políticas, sociais e econômicas.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, órgão integrante do Poder Judiciário Brasileiro responsável pela uniformização da interpretação constitucional (artigo 102 da Constituição da República Federativa de 1988⁴⁰), deve manter a coerência entre suas decisões. Mesmo nas mutações constitucionais, deve observar tudo o que já foi construído nessa seara e os novos valores sociais, a fim de não promover o retrocesso social, nem arvorar a função precípua do Poder Legislativo, tendo em vista que

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DEMANDADA EM TODO O TERRITÓRIO NACIONAL. INDIVISIBILIDADE DO DIREITO TUTELADO. ARTIGO 16 DA LEI nº 7.347/85. INAPLICABILIDADE, NA ESPÉCIE. PRECEDENTES. 7. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 6. A sentença prolatada no bojo da presente ação coletiva destinada a tutelar direitos coletivos stricto sensu – considerada a indivisibilidade destes – produz efeitos em relação a todos os consumidores portadores de deficiência visual que litigue ou venha a litigar com a instituição financeira demandada, em todo o território nacional. Precedente da Turma. 7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1315822/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 16/04/2015) (Sem destaque no original). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESp 1.315.822/RJ. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze. Diário de Justiça Eletrônico. 16 abr 2015. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1315822&&tipo_visualizacao=RESUMO&rb=ACOR&p=false >. Acesso em: 3 nov. 2015.)

³⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 241.

⁴⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

os Ministros não detêm legitimidade popular para fazê-lo. Isso não significa a aceitação irrestrita às decisões anteriores. Caso um precedente não mais se amolde ao caso concreto ou à realidade social, poderá ser, justificadamente, afastado (*distinguishing*) ou superado (*overruling*).

Porém, a despeito de sua função de guardião da Constituição (artigo 103, *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), o Supremo Tribunal Federal não vela pela coerência em suas decisões, porque os Ministros, por vezes, preterem a construção jurisprudencial anterior ou a utilizam de modo aleatório, sem considerar a *ratio decidendi*, ou apenas para a fundamentação de sua linha de raciocínio. Infere-se na prática que cada Ministro profere o seu voto segundo suas concepções individuais, o qual é computado apenas para aferição do resultado final. A Corte sequer debate para alcançar o consenso quanto ao motivo determinante da decisão colegiada⁴¹.

O processo decisório deve ser contínuo e coerente com as decisões pretéritas e anseios da nova realidade social, a permitir estabilidade, previsibilidade, coerência, segurança e igualdade. A superação do precedente (*overruling*) é possível excepcionalmente, quando não mais retratar aos anseios sociais naquele dado momento.

Essa aproximação entre o sistema jurídico brasileiro, baseado no civil law, e a doutrina da *common law* não é inédita. Justamente para conferir maior celeridade à prestação judicial, a Emenda Constitucional nº 45/04 imprimiu caráter vinculante e *erga omnes* às decisões proferidas pela Corte Constitucional em sede de julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade (artigo 102, §2º); exigiu a demonstração da repercussão geral da questão constitucional debatida em recurso extraordinário (artigo 102, §3º); e autorizou a edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal (artigo 103-A), as quais ainda são aplicadas como se fossem regras, por meio de mera subsunção do caso concreto à norma sintetizada.

O Código de Processo Civil de 1973⁴² também veiculava disposições representativas da aproximação do sistema jurídico brasileiro com o *common law*. O antigo artigo 285-A regulamentava a sentença liminar de improcedência, em que o juiz invocava precedente para julgar improcedente o pedido, desde que não houvesse matéria fática em debate. Já o artigo 557 autorizava o relator a negar “seguimento a

⁴¹ Estefânia Maria de Queiroz Barboza aponta, a título de exemplo, a discussão sobre a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, que permitia a utilização de células-tronco para fins de pesquisa e terapia. No julgamento da ADI 3510, seis Ministros votaram pela constitucionalidade daquele dispositivo legal, mas por fundamentos diversos, o que prejudica a adoção de linha interpretativa coerente nos casos posteriores. (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 269-270).

⁴² BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Instituiu o Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 6 nov. 2015.

recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”. Além disso, quando o Tribunal Superior julgava recurso repetitivo, a sua decisão deveria ser observada pelos tribunais locais no julgamento dos recursos sobrestados, salvo se justificassem fática e juridicamente o afastamento do paradigma (artigo 543-C).

Já o Novo Código de Processo Civil⁴³ pretende uniformizar a jurisprudência mediante a observância das decisões proferidas especialmente pelos Tribunais Superiores (artigo 926). Depreende-se da Exposição de Motivos do Anteprojeto do *Novel Codex*⁴⁴, que “essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema”.

No escopo de proteger as justas expectativas dos jurisdicionados, possibilitando-lhes a previsão das consequências jurídicas de suas condutas, os incisos I a V do artigo 927 determinarão aos juízes que observem: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Segundo esclarece Luiz Guilherme Marinoni⁴⁵, as decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado são dotadas de caráter vinculante e efeitos *erga omnes*, motivos pelos quais não podem ser preteridas pelos demais magistrados e tribunais. Já os incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas não se confundem com os precedentes, pois são considerados técnicas de solução (incidente de resolução de demandas repetitivas) ou prevenção (assunção de competência) de demandas em massa, as quais decorrem de

⁴³ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. (BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.)

⁴⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. *Exposição de motivos do anteprojeto do novo código de processo civil*. Disponível em: <<http://professormedina.wordpress.com/2010/04/15/questoes-fundamentais-do-processo-civil-moderno-a-pretencao-da-legitima-confianca/>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 285.

uma situação fática em comum. Os precedentes, ao revés, são os meios pelos quais os Tribunais Superiores, observada a sua competência constitucional, atribuem sentido ao direito, à luz da realidade social. Na verdade, “não são apenas as decisões proferidas em recursos extraordinário e especial repetitivos que podem obrigar os juízes e tribunais, mas as ditadas em todo e qualquer recurso extraordinário e especial”⁴⁶.

Os juízes observarão, ainda, as súmulas editadas pelos Tribunais Superiores, que são enunciados de tese jurídica resultante do julgamento de casos passados, os quais não evidenciam a racionalidade da argumentação subjacente. Os §§1º e 2º do artigo 926 do Novo Código de Processo Civil⁴⁷ recomendam que as súmulas reflitam a jurisprudência dominante do tribunal, bem como atenham-se “às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

Os tribunais inferiores, por sua vez, destinam-se à correção da sentença (resolução dos litígios), motivo pelo qual não formulam precedentes. Todavia, é possível dessumir a sua jurisprudência dominante a partir da compilação de suas decisões acerca de um mesmo tema, motivo pelo qual o inciso V do artigo 927 do Novo Código de Processo Civil determina aos juízes que observem “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

Não obstante a constante mudança do direito, “a interpretação judicial em si mesma deve envolver métodos que garantam continuidade, estabilidade, coerência e integridade”⁴⁸. Na nova decisão a ser proferida, o juiz atentará aos princípios que fundamentaram os motivos determinantes de decisões semelhantes anteriores.

2.2. Igualdade entre os jurisdicionados e coerência jurídica

O artigo 5º, *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não admite discriminações gratuitas, sem que as peculiaridades justifiquem o tratamento desigual. O Princípio da Igualdade é concretizado também na prolação de decisões judiciais, pois, diante do caso concreto, o julgador deve se atentar às decisões proferidas anteriormente em circunstâncias semelhantes. A liberdade e a autonomia funcional não podem autorizar o julgamento das demandas conforme o juízo de convencimento individual do julgador⁴⁹.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 286.

⁴⁷ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

⁴⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: Fundamentos e Possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 241.

⁴⁹ “Essa forma de pensar esquece que liberdade para formar juízo acerca dos argumentos das partes e

Nesse diapasão, como a função jurisdicional consiste em exercício de poder, quando os Tribunais Superiores fixam o entendimento acerca de determinada matéria constitucional (Supremo Tribunal Federal) ou federal (Superior Tribunal de Justiça), os demais juízes e tribunais devem acatá-lo para não fulminar a ideia de instituição, nem causar descrédito na Justiça.

Diante da configuração constitucional do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, não se sustenta o argumento que alude à ausência de hierarquia entre os órgãos jurisdicionais para sobrepor a liberdade para julgar à segurança jurídica e igualdade entre os jurisdicionados. Ora, se incumbe às Cortes Supremas a definição do conteúdo das normas constitucionais e da legislação federal, os juízes e tribunais ordinários devem respeitar os precedentes oriundos de Brasília.

Em geral, os juízes de primeiro grau não decidem isoladamente as demandas, haja vista a existência do duplo grau de jurisdição, pelo qual os tribunais reanalisam o mérito litigioso. Conforme aduz Luiz Guilherme Marinoni, a observância dos precedentes, seja verticalmente, seja horizontalmente, além de assegurar a unidade e a coerência do direito, promoverá o seu desenvolvimento, na medida em que a Corte materializará o sentido abstrato da norma, devendo ser revogado o precedente que não mais reflita a sociedade atual.⁵⁰ Ao se deparar com nova controvérsia, o magistrado considerará o precedente decorrente do julgamento de caso semelhante para desenvolver a tese a ser aplicada, bem como apreciará as questões secundárias, de modo a dar continuidade ao raciocínio já perpetrado⁵¹.

A despeito da inexistência de hierarquia entre os órgãos jurisdicionais, têm-se que juízes, tribunais e Tribunais Superiores desempenham papéis diferenciados

das provas não se confunde com liberdade para dizer o que o texto legal significa nem, muito menos, se dá conta de que a liberdade de convicção, indispensável para garantir a independência e a imparcialidade do juiz, obviamente não pode pretender dar ao juiz a possibilidade de atribuir à lei significado diferente daquele que lhe atribui a Corte Suprema a quem é constitucionalmente conferida a função de definir o sentido do direito.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 105-106).

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 125-126.

⁵¹ “Essa forma de desenvolvimento do direito é muito mais sofisticada e efetiva do que qualquer outra. Quando o direito é desenvolvido mediante o abarcamento de novas realidades há um processo de formação paulatina, gradual e lógica do direito. A solução de uma questão conexa a um precedente implica novo passo que não pode negar o que foi originariamente definido. Há uma relação de continuidade entre a solução da nova questão e o precedente, conferindo à atividade judicial um modo de pensar que vai se desenvolvendo aos poucos, similar ao raciocínio de um jurista que dá continuidade ao tratamento de um tema que engloba várias questões que se relacionam e, portanto, podem ser tratadas em vários ensaios ou livros. A diferença mais saliente é que, no caso dos precedentes, o raciocínio não é de uma mesma pessoa, mas de juízes que, exatamente porque integram uma instituição, devem admitir, sem contestar, o que já foi definido no precedente, dando prosseguimento ao discurso da Corte para solucionar a nova questão. Em outras palavras, a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes são dados do discurso que se forma em torno da nova questão.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 104.)

na prestação da tutela jurisdicional. Aqueles, ao aplicarem os precedentes fixados por estes, compartilham o exercício da jurisdição de forma a fortalecer a instituição, sem que isso signifique submissão funcional.

4.2.3. Previsibilidade das consequências das condutas dos jurisdicionados

A sociedade fiscaliza a imparcialidade do juiz e a legitimidade do exercício da jurisdição por meio da fundamentação da decisão. No entanto, a prolação de decisões diferentes para situações iguais favorece o arbítrio e a parcialidade. O juiz desvinculado do passado adota uma tese conforme sua convicção e busca argumentos para justificá-la.

As consequências das condutas dos jurisdicionados devem ser conhecidas para que possam desenvolver suas potencialidades na sociedade. Por vezes, de uma mesma lei decorrem vários significados, contudo incumbe às Cortes Supremas fixar o correto, que deve ser respeitado pelas instâncias superiores, a fim de gerar a confiança no direito⁵². Hodiernamente, os advogados brasileiros não conseguem orientar os seus clientes sobre as consequências decorrentes de suas condutas, haja vista a incoerência e a imprevisibilidade das decisões judiciais.

Outrossim, a imprevisibilidade das decisões, geradora de insegurança e incerteza, impede até mesmo a geração de riquezas, na medida em que o empresário não consegue definir sua linha de atuação negocial. A previsibilidade das decisões judiciais é relevante, sobretudo no âmbito tributário, e para incremento da confiança nos atos públicos para definição da atuação econômica, com otimização dos investimentos. Assim como a lei foi importante para limitar o poder do Estado Absolutista, nos dias atuais a previsibilidade das decisões judiciais também assume essa função.

A irracionalidade do sistema jurídico brasileiro, em que situações iguais são julgadas de modo diferente até pelo mesmo órgão fracionário de um único tribunal, decorre, segundo Luiz Guilherme Marinoni, da cultura patrimonista. Nela, o nomimado “homem cordial” é beneficiado, pois suas reivindicações são tratadas de forma particular, em razão da influência de suas relações pessoais⁵³. Os precedentes

⁵² “Na dúvida de que o direito perde autoridade na proporção direta da sua indeterminação. A fluidez do sentido do direito conspira contra a sua autoridade, podendo destituí-lo de força para a regulação social. O direito, enquanto ameaça, é tanto menos efetivo quanto mais abre oportunidade para o sujeito pensá-lo como não incidente. Nesse sentido, é claro, falece autoridade ao direito para evitar o desvirtuamento do comportamento social. Note-se, aliás, que, mesmo que o sujeito possa se sentir constrangido por um dos sentidos de que os tribunais outorgam ao direito, ainda assim é possível que ele prefira não observá-lo para correr o risco quanto à sua eventual aplicação.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 115.)

⁵³ “A cultura do “homem cordial” não é apenas desinteressada, mas sobretudo reciosa a um sistema precedentalista. Tal cultura não vê a unidade do direito, a generalidade ou mesmo a igualdade perante o direito como ideais ou como valores. Afinal, o “homem cordial” é o sujeito do jeitinho, especialista em manipular, destituído de qualquer ética comportamental, que não se importa com o fortalecimento das

eliminam as dúvidas constantes nos textos legais, concretizam a norma abstrata ou indeterminada e, ainda, favorecem a aplicação da lei de modo igual aos casos semelhantes, observadas as particularidades que os desigalam, sistemática que “desfavorece o emprego do jeitinho, a participação do advogado travestido de lobista e a parcialidade do juiz”⁵⁴.

Outro efeito deletério dessa dissonância judicial consiste no estímulo da litigância. A parte, diante do entendimento titubeante do Poder Judiciário sobre sua pretensão, em vez de firmar um acordo, escolhe ingressar com a demanda em juízo, atuando sob a lógica de um apostador. Porém, o custo dessa manobra é alto, já que a administração da justiça fica lenta, burocrática, dispendiosa e incapaz de resolver os conflitos.

“O respeito aos precedentes constitui importante fator para a despersonalização das demandas e, portanto, para a aceitabilidade das decisões e a afirmação do poder estatal”⁵⁵. Possibilita, também, a racionalização do duplo grau de jurisdição, porque as decisões da Corte Suprema, quando respeitadas pelos juízes e tribunais ordinários, evitam a interposição de recursos extremos (salvo quando destinados à revogação do precedente em razão da alteração da realidade social), de modo a privilegiar a parte que atuou segundo o entendimento dos Tribunais Superiores.

Por fim, o artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com redação determinada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, instituiu a duração razoável do processo como direito fundamental. O respeito aos precedentes materializa essa garantia constitucional, tendo em vista que possibilita a interposição de recurso apenas em situações excepcionais, o que gera economia de tempo e de recursos econômicos e humanos, além de conferir maior eficiência ao Poder Judiciário.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Robert Alexy⁵⁶ defendeu que a norma jurídica, destinada a veicular um dever, proibição ou permissão, constitui-se em gênero, cujas espécies são as regras e os princípios.

instituições, a previsibilidade, a racionalidade das condutas, a racionalização econômica e os benefícios de uma sociedade em que os homens sejam conscientes de suas responsabilidades”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 101-102).

⁵⁴ *Ibidem*, p. 105.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 136.

⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

Em geral, as regras contêm enunciados mais objetivos e se destinam a regular situações específicas (“mandamentos definitivos”). Caso uma circunstância fática se amolde à hipótese de incidência, a consequência jurídica será aplicada e válida (subsunção fato-regra). Eventual conflito entre regras deve ser solucionado pela máxima do “tudo ou nada”, no plano da validade. Assim, se um fato for regulado por duas regras e não houver nenhuma cláusula de exceção, uma delas será declarada inválida e retirada do ordenamento jurídico.

Os princípios, por sua vez, são “mandamentos de otimização”, dotados de maior grau de abstração e ordenam que algo seja realizado na máxima medida possível. A colisão não determina a exclusão de um deles, porque são aplicados segundo suas possibilidades fáticas e jurídicas (dimensão de peso). À luz da técnica da ponderação, verificar-se-á qual deles terá precedência ou primazia para reger o caso em comento.

Segundo explica Robert Alexy⁵⁷, a técnica da ponderação é viabilizada pela aplicação da proporcionalidade em suas três dimensões: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nesse ínterim, a solução deve concretizar o mandamento de um dos princípios colidentes (adequação), com o menor sacrifício possível dos demais (necessidade), de modo a considerar o peso de cada um deles segundo as peculiaridades do caso em análise (proporcionalidade em sentido estrito). Não há, pois, princípios absolutos.

Desse raciocínio deduz-se a regra de precedência condicionada, que dita sob quais condições um princípio deve incidir em detrimento do outro, considerando-se todos os interesses em jogo⁵⁸. A solução alcançada decorrerá de argumentação firme e coerente, com afastamento da subjetividade da decisão judicial.

No presente artigo, foram elencados brevemente argumentos contrários e favoráveis ao respeito aos precedentes fixados, sobretudo, pelos Tribunais Superiores. Dada a colidência entre os princípios da Segurança Jurídica, Isonomia, Celeridade e Independência do Juiz, torna-se necessário harmonizá-los ou, caso seja impossível, definir quais deles deverão prevalecer e solucionar o presente impasse, por meio da técnica da ponderação.

Conforme exposto neste breve texto, o uso dos precedentes demandará uma nova prática jurídica. Os advogados deverão elencar e desenvolver todas as teses necessárias e adequadas para tutelar o bem da vida pretendido, ao passo que os juízes justificarão racionalmente seu convencimento ancorado nas decisões anteriores, além de demonstrar porque deixaram de acolher os demais argumentos formulados.

⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁵⁸ “Toda vez que estiverem presentes as circunstâncias C1, C2, C3, etc., o princípio P1 deve ter precedência sobre o princípio P2”.

Nesse contexto, o julgador não deve desconsiderar a totalidade da prática jurídica anterior, nem reproduzir, de forma automática, as decisões já prolatadas, sob pena de fulminar a integridade, a evolução e a coerência do direito. Também não deve aplicar precedentes mediante mera subsunção entre a situação fática presente e as razões que capitanearam a decisão dos casos passados (ou meramente recorrer às ementas). Ora, se a explicação fundada no dispositivo legal é deficiente, aquela baseada na fórmula abstrata do precedente não configura motivação válida.

Pois bem. O uso prudente e esmero do precedente possibilitará o desenvolvimento do direito, com vistas a viabilizar decisões adequadas às novas controvérsias. Como o precedente não é abstrato, os juízes devem distinguir um caso passado do presente, com separação dos fatos relevantes para o deslinde da causa (*ratio decidendi*) dos fatos irrelevantes (*obiter dicta*), o que pode culminar com a revogação da tese que não mais se amoldar aos anseios sociais (*overruling*).

Por outro lado, não subsiste o entendimento segundo o qual a liberdade do juiz estaria fulminada caso fosse obrigado a aplicar o precedente no caso concreto. Se o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são os órgãos do Poder Judiciário responsáveis pela uniformização da interpretação constitucional e da lei federal, os demais juízes e tribunais inferiores devem seguir o entendimento fixado com o propósito de evitar a prolação de decisões distintas para demandas semelhantes.

Esse raciocínio privilegia a unidade do Poder Judiciário, porque o juiz como membro dessa instituição deve observar as decisões oriundas dos Tribunais Superiores no desempenho da interpretação da Constituição e da legislação federal. Além disso, assegura a distribuição da justiça, o tratamento isonômico aos jurisdicionados e a coerência do sistema jurídico.

Nesse viés, o argumento mais importante acerca do uso obrigatório dos precedentes refere-se à segurança jurídica, valor que deixou de ser assegurado no sistema *civil law* diante da implosão do dogma da completude da legislação. De fato, o papel do Poder Judiciário expandiu-se, especialmente após a segunda metade do século XX, com a positivação constitucional dos direitos humanos e a judicialização da política.

Ora, o Princípio da Segurança Jurídica possui *status* constitucional e almeja a obter a paz social por meio da estabilidade e previsibilidade dos efeitos jurídicos decorrente da normatização da conduta da comunidade. Se os juízes e tribunais não observam as decisões anteriormente prolatadas, as consequências serão incerteza, imprevisibilidade, desigualdade entre jurisdicionados submetidos às mesmas circunstâncias fáticas e aumento expressivo da litigiosidade. Não basta que o jurisdicionado conheça a norma sobre a qual funda o seu comportamento, pois, atualmente, é a uniformidade da interpretação judicial sobre a lei que assegura a previsibilidade do ordenamento jurídico.

Na atual conjuntura jurídica brasileira, não se mostra inteligível permitir que os juízes considerem individualmente sua visão pessoal, invocando a autonomia, a independência e a liberdade para julgar. Atualmente, em face do duplo grau de

jurisdição, a decisão do juiz que se valer de sua convicção judicial será reformada em sede recursal caso não se amolde ao entendimento do tribunal ad quem.

Por outro lado, não é razoável cancelar a atuação judicial que discrimina jurisdicionados submetidos às mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas, com direta e frontal violação ao Princípio da Igualdade e total descrédito na Justiça.

Sob o ponto de vista comportamental, o sistema de precedentes pretende eliminar a influência das relações pessoais e do lobismo na prolação das decisões. Haverá, ainda, redução da litigância, o que tornará a administração da justiça menos burocrática, lenta e ineficiente.

À luz da regra de precedência condicionada, portanto, infere-se que o sistema de precedentes deve ser inserido no ordenamento pátrio com o propósito de garantir a segurança jurídica, a igualdade, a celeridade processual, a estabilidade, previsibilidade e coerência das decisões judiciais, bem como a redução da litigância. Nessas condições, a independência do juiz não deve ser óbice à consecução daqueles valores, tão relevantes para a configuração do Estado Constitucional de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Instituiu o Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 6 nov. 2015.

BRASIL. Lei Federal nº 7.347/85. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 jul 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2015/l13105.htm>.

www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL 4335. Relator Min. Gilmar Mendes. Diário de Justiça da União. 21 out 2014. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28controle+e+difuso+e+senado%29&base=baseAcordatos&url=http://tinyurl.com/z96ehyk>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESp 411.529/SP. Relator Min. Fernando Gonçalves. Diário de Justiça Eletrônico. 24 mar 2010. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=411529&b=ACOR&p=false&l=10&i=1>>. Acesso em: 3 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESp 1.243.887/PR. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Diário de Justiça Eletrônico. 12 dez 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1243887&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&p=false>. Acesso em: 3 nov. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 759 *apud* RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Havard University Press, 1986, p. 243 *apud* RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Havard University Press, 1991, p. 280 *apud* RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Havard University Press. 1988. p. 104 e ss *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 251.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Exposição de motivos do anteprojeto do novo código de processo civil*. Disponível em: <<http://professormedina.wordpress.com/2010/04/15/questoes-fundamentais-do-processo-civil-moderno-a-pretencao-da-legitima-confianca/>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do senado federal no controle de constitucionalidade – um clássico caso de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, n. 162, abr.-jun. 2004, p. 164.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

A TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: NOVOS DESAFIOS

The protection of homogeneous individual rights: new challenges

Luciane Serpa¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Coisa julgada coletiva e efeitos sobre as ações individuais. 3. Acordo em ação coletiva e efeitos nas ações individuais. 3.1. Análise de um caso concreto – ACP nº 0002320-59.2012.403.6183/SP. 3.2. Poderes dos Substitutos Processuais. 3.3. A eficácia subjetiva do acordo perante os demais legitimados ativos e os titulares do direito material. 4. Liquidação de sentença genérica coletiva e execução individual. 5. (In) pertinência da manutenção do regime jurídico do processo coletivo envolvendo direitos individuais homogêneos. 5.1. Os novos desafios da jurisdição. 5.2 Técnicas de julgamento de causas repetitivas e processo coletivo. 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

RESUMO

O processo coletivo envolvendo direitos individuais homogêneos visa à compatibilização da liberdade do direito individual de ação com as vantagens da tutela coletiva. Tal compatibilização encontra um limite, demonstrado pelo crescimento exacerbado de ações individuais idênticas, decorrentes, em parte, do regime jurídico da coisa julgada coletiva na ação para tutela de direitos individuais homogêneos. Ao mesmo tempo, técnicas de julgamento de demandas repetitivas foram desenvolvidas na legislação e ampliadas no Código de Processo Civil de 2015, entrelaçando-se com a ação coletiva. Além disso, as alterações na realidade social, a busca de formas mais racionais no gasto dos recursos públicos e os novos desafios da jurisdição sugerem a necessidade de reflexão sobre a pertinência da manutenção do regime jurídico atual relativo aos direitos individuais homogêneos.

Palavras-chaves: Direito Individual Homogêneo. Ação Coletiva. Ação Individual. Coisa Julgada Coletiva. Demandas Repetitivas

ABSTRACT

Collective processes involving individual homogeneous rights aim at reconciling the freedom of individual rights of action with the advantages of collective protection. Such reconciliation is limited by the exacerbated growth of identical individual lawsuits, which stem in part from the legal framework of collective res judicata in actions to protect individual homogeneous rights. At the same time, techniques for entering judgments on repetitive actions have been developed by legislation and were increased in the Brazilian Code of Civil Procedure of 2015, and intertwine with collective actions. Moreover, social changes, the search for more rational forms of public spending and the new challenges of jurisdiction suggest there is a need to reflect on the relevance of maintaining the current legal framework regarding homogeneous individual rights.

Keywords: Individual Homogeneous Rights. Collective Action. Individual Action. Collective Res Judicata. Repetitive Lawsuits

¹ Procuradora Federal da Advocacia-Geral da União em São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Mestranda em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

1. INTRODUÇÃO

Inspirada nas *class actions* norte-americanas, a tutela coletiva de direitos individuais ambicionava ser um poderoso instrumento processual na defesa dos conflitos individuais de massa, cuja tendência de aumento era esperada, tanto em virtude da redemocratização do país, – portanto, pelo anseio por tutela a direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988, quanto em razão da maior complexidade e interação das relações sociais, atingindo de forma idêntica um número cada vez maior de pessoas.

Assim, a característica essencial do modelo brasileiro de processo coletivo envolvendo direitos individuais homogêneos é sua compatibilização com as concomitantes ações individuais veiculando o mesmo objeto, sob o fundamento de que sendo tais direitos materialmente individuais, caberia a seu titular a opção quanto ao momento e à forma de tutela de seu direito subjetivo, se sob a via da jurisdição individual ou coletiva.

Esse balanceamento entre direito individual de ação e tutela coletiva apresenta limitações e sinais de esgotamento, ou, ao menos, de necessidade de reflexão sobre a pertinência de seu regime jurídico coletivo.

Ao longo de mais de 25 anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei nº 8.078/1990), surgiram tantas perplexidades práticas que colocaram em dúvida as vantagens do manejo da jurisdição coletiva. Por exemplo, pela não constatação concreta da esperada economia processual, representada, em tese, pelo ajuizamento de uma única ação coletiva, em vez da propositura de milhares de ações individuais que continuaram sendo propostas em todos os anos, levando à projeção estatística de 114 milhões de processos em 2020² e à busca de alternativas processuais para a problemática da aparente insuficiência do sistema atual.

Apontada³ como uma das causas do problema, mostra-se fundamental o estudo do regime jurídico da coisa julgada *secundum eventum litis* – modelo adotado pelo legislador e suas consequências práticas, como a anterioridade da coisa julgada individual, eventuais possibilidades de utilização *in utilibus* da sentença genérica coletiva, viabilidade de conciliação em ação coletiva e projeção de efeitos nas lides individuais.

² Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62232-qcultura-da-litigiosidadeq-pode-sobrecarregar-justica-com-114-milhoes-de-processos-em-2020>>. Acesso em: 29 mai. 2015.

³ GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008, p. 287; ARENHART, Sérgio Cruz. *A Tutela Coletiva de Interesses Individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014; KRÜGER, Rennan Faria. O processo civil coletivo: legitimidade e coisa julgada. *In: Revista de Processo*, v. 230, p. 255, abr./2014.

Haver ou não imutabilidade da decisão para os titulares do direito individual e sua extensão a terceiros depende do resultado do processo, portanto, caso improcedente o pedido na via coletiva, os titulares do direito material que não tiverem aderido ao processo como litisconsortes poderão ajuizar ação de reparação a título individual. Isso gera estranheza, pois parece haver desperdício de recursos públicos, haja vista a maior complexidade da causa coletiva, a exigir o dispêndio de maior tempo, maior número de atos processuais, maior atividade probatória e de mais atenção do magistrado, sem impedir – no entanto – a rediscussão atomizada da controvérsia resolvida.

O procedimento bifásico do processo de conhecimento advindo da sistemática adotada pela sentença genérica coletiva, resolvendo as questões comuns do grupo e deixando o acerto das questões singulares para a fase de liquidação e execução individual (transporte *in utilibus*), gera questionamentos quanto à sua verdadeira utilidade, diante da constatação de que as ações individuais deixadas de ser ajuizadas na fase de conhecimento do feito coletivo serão, necessariamente, propostas na fase da satisfação do direito reconhecido, não se olvidando dos problemas advindos da permitida concomitância da ação coletiva e ações individuais correlatas em sede de execução, diante da possibilidade real da existência de múltiplas condenações contra o réu.

Diante da constatação da limitação intrínseca do modelo processual para a tutela dos direitos individuais homogêneos, surgiram novas tendências doutrinárias e legislativas, buscando outras formas de coletivização de direitos individuais, visando, além da otimização da gestão e racionalização dos recursos públicos do Poder Judiciário, à realização concreta dos escopos da jurisdição coletiva, seja por proposta de reformulação normativa do processo coletivo, seja por meio das técnicas de julgamento de demandas repetitivas ou aplicação de outros critérios que auxiliem as escolhas legislativas na seara processual – como princípios ou ferramentas de análise de outras ciências –, apontando para a necessidade de uma reflexão sobre o modelo vigente de tutela destes direitos e sua real capacidade de resolver conflitos de massa.

Parte dessas tendências foram absorvidas pelo Código de Processo Civil de 2015, arts. 1.036 a 1.041, ao enfrentar o problema das demandas em série e que geram uma multiplicidade de recursos extraordinários e especiais – cuidando de idêntica questão constitucional ou federal, além da previsão do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), arts. 976 a 987, especificamente destinado à litigiosidade repetitiva.

2. COISA JULGADA COLETIVA E EFEITOS SOBRE AS AÇÕES INDIVIDUAIS

Parte dos obstáculos para viabilização do processo coletivo como instrumento de racionalização da prestação jurisdicional é o tratamento jurídico dado pela

legislação pátria à coisa julgada em ações coletivas⁴ e seus efeitos sobre as ações individuais congêneres, que cuidem de interesse individual homogêneo.

No sistema jurídico norte-americano, fonte de inspiração do CDC, a coisa julgada se faz *pro et contra*, ou seja, uma vez certificada que a ação preenche os rigorosos requisitos legais e se apresenta como meio idôneo de defesa coletiva de interesses individuais, garantindo o devido processo legal dos membros ausentes, a extensão *erga omnes* ocorrerá independentemente do resultado ser ou não favorável ao autor da lide coletiva.

Resguarda-se, no entanto, o direito de autoexclusão (*right to opt out*) para as ações de classe de natureza predominantemente indenizatória – paralelas às nossas ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos – prevendo a obrigatoriedade de notificação a todos os membros da existência da ação de classe, comunicando a possibilidade de solicitação individual de exclusão do grupo na forma e prazo estipulados pelo juiz da causa.

No Brasil, entretanto, optou-se pelo regime da coisa julgada *secundum eventum litis* e *in utilibus*, portanto, a sentença coletiva somente poderá beneficiar o titular do direito subjetivo, nunca prejudicá-lo.

Tal regime refere-se, especificamente, à projeção de efeitos da decisão coletiva transitada em julgado para terceiros – indivíduos – que desejarem, em ação singular, discutir o seu direito material, pois entre os legitimados extraordinários elencados pela Lei de Ação Civil Pública (LACP – Lei nº 7.347/1985) para ajuizar ação coletiva, é evidente que se forma coisa julgada material *pro et contra*, salvo se a improcedência da demanda coletiva for fundada em insuficiência probatória (art. 16 da LACP c/c 103 e incisos do CDC). Sendo assim, uma ação coletiva em defesa de direito individual homogêneo, julgada improcedente e proposta pela Defensoria Pública da União (DPU) não poderá ser novamente ajuizada pelo Ministério Público Federal (MPF), haja vista que pouco importa o colegitimado extraordinário ou o veículo processual – se uma ação civil pública ou um mandado de segurança coletivo –, mas, sim, que idênticos sejam o direito individual homogêneo envolvido, o pedido e a causa de pedir (origem comum).

Daí a relevância do tema da representação adequada. A lei brasileira, embora elenque alguns poucos requisitos no caso das associações (pertinência temática, um ano de constituição legal), não traz maior regulamentação para a constatação pelo juiz, *in concreto*, analisar se o substituto processual apresenta condições reais de defender os interesses individuais homogêneos daquele grupo específico.

⁴ GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008, p. 287.

Distinguindo representação adequada e representatividade adequada, MIRRA⁵ explica que “[...] enquanto esta última se refere ao tema da titularidade do poder de agir em juízo, como elemento integrante da legitimação para agir dos entes intermediários”, sendo definida pela lei, *a priori*, e em caráter *abstrato*, aquela, diversamente, diz respeito “[...] à atuação do legitimado ativo que ajuizou a demanda no caso concreto, ou seja, à eficiência com que o ente intermediário demandante conduz o processo instaurado e defende os interesses da sociedade [...]”. Portanto, entende necessária a verificação concreta da representação adequada tanto pelo magistrado⁶, quanto por quaisquer outros colegitimados extraordinários.

A ausência de previsão legal de rigorosa análise da representação adequada em cada caso concreto é uma das razões invocadas para não ter sido admitido, em nosso ordenamento jurídico, a projeção de efeitos da decisão coletiva sobre a esfera processual individual, qualquer fosse o resultado do processo.⁷

Outro argumento para justificar a opção nacional seria a inconstitucionalidade de vedar ao verdadeiro titular do bem da vida – sempre materialmente individual – o acesso à justiça, se e na forma como pretender – respeitados as condições e os pressupostos do ordenamento jurídico para o exercício do direito de ação, impondo uma decisão judicial transitada em julgado a quem não participou em efetivo contraditório, ferindo amplas garantias constitucionais, consubstanciadas no direito abstrato de ação e no devido processo legal, incisos XXXV e LV do art. 5º da Constituição Federal.

ARENHART pondera que o texto constitucional garante a tutela dos interesses individuais, mas não fixa o modo dessa proteção, ou seja, não garante o direito ao cidadão de, pessoalmente, pretender a tutela de seus interesses⁸.

Corroborando o entendimento de que garantir o direito de ação não significa garantir o exercício *pessoal* em juízo pelo titular do interesse individual homogêneo, recorda-se as várias técnicas processuais existentes que, indiretamente, restringem o acesso do indivíduo à justiça: súmulas vinculantes (art. 103-A da CF/88); súmulas

⁵ MIRRA, Alvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 242-246.

⁶ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta (Adequacy of representation in Brazilian class actions: a proposal) (December 13, 2012). *Revista de Processo*, v. 108, nº 61, 2002, p. 66.

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense 1999, p.805.

⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 57: “Nenhuma inconstitucionalidade haveria, portanto, para eventual previsão que estabelecesse que esta tutela se dá por meio de legitimação extraordinária, por via de tutela coletiva, salvo específica justificação que autorize o indivíduo a solicitar a sua exclusão do grupo.”

impeditivas de recursos (art. 518, §1º, do CPC 1973); os julgamentos por amostragem – recurso extraordinário com repercussão geral (arts. 543-B CPC 1973) e recurso especial repetitivo (art. 543-C CPC 1973), **mantidos e ampliados no CPC de 2015**, nos arts. 1.036 a 1.041 (Recurso Extraordinário e Especial Repetitivos), com a previsão do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) no art. 976 a 987, aplicável por disposição expressa a processos individuais e coletivos e do incidente de assunção de competência, cujo acórdão paradigma vinculará todos os juízes e órgãos fracionários nos termos do art. 947 e parágrafos.

Nos termos do art. 104 da Lei nº 8.078/90, não havendo pedido de suspensão do feito individual quando da ciência da propositura de lide coletiva envolvendo interesse individual homogêneo, não poderá o particular se aproveitar da sentença favorável proferida na ação coletiva, estando vinculado à sorte de seu processo individual.

Embora a lei não determine como ocorrerá a ciência nos autos da ação individual, a conclusão mais comum é que cabe ao réu providenciá-la, porque ninguém melhor do que ele para informar que já responde a uma ação coletiva de idêntico objeto, pois tem interesse em diminuir as frentes de defesa em que deverá atuar diante do desequilíbrio⁹ de armas que o regime jurídico do processo coletivo pátrio promove. Ademais, corre o notório risco de, em eventual condenação dúplice, pagar também em duplicidade, decorrente do cumprimento de sentença, nos autos da ação individual de conhecimento e da execução individual oriunda do transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva favorável.

Todavia, nada impede – e é extremamente comum na prática – que o próprio juiz competente para o processamento do feito individual, sabendo da existência de uma ação civil pública em andamento, intime o autor a manifestar se tem interesse na suspensão de seu feito individual ou, ao contrário, se deseja desvincular-se da sorte do grupo, ficando sujeito exclusivamente à sua coisa julgada, qualquer que seja o resultado do processo, e isso por razões de gestão administrativa, pois tanto melhor para o funcionamento do serviço judiciário se o Magistrado não tiver que sentenciar processo por processo individual e puder suspender os respectivos andamentos até ulterior decisão em sede coletiva.

⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, p. 399-424, jan/dez, 2007.

3. ACORDO EM AÇÃO COLETIVA E EFEITOS NAS AÇÕES INDIVIDUAIS

3.1. Análise de um caso concreto – ACP nº 0002320-59.2012.4.03.6183/SP

Considerando os escopos do processo coletivo – o amplo acesso à Justiça, a economia processual promovida com a concentração de demandas, a economia de recursos públicos do Estado na prestação jurisdicional, a uniformização dos julgamentos, garantindo a efetivação do princípio constitucional da isonomia, o aumento na previsibilidade das decisões judiciais e a busca pela celeridade processual –, pareceria que a realização de acordo ou transação seria ínsita à resolução de demanda coletiva envolvendo direito individual homogêneo, conceituado como sendo disponível e divisível.

Mesmo para aqueles que defendem uma natureza jurídica material e indisponível, conceituando os direitos individuais homogêneos como subespécie de direito coletivo, ao lado dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, caberia “[...] conciliação em causas coletivas, não obstante a regra do art. 841 do CC-2002”.¹⁰

Por seu turno, antes da análise do acordo em seara coletiva, cabe um esclarecimento metodológico: toma-se, neste artigo, o vernáculo acordo como sinônimo de transação, de natureza jurídica de negócio jurídico bilateral e contratual, acarretando a extinção de obrigações litigiosas ou duvidosas e, no caso de controvérsias já ajuizadas, uma das formas possíveis de resolução de conflitos judiciais advindas de técnicas de conciliação.

Conciliação, portanto, é utilizado aqui como termo genérico e mais amplo, fortemente incentivada pelo CPC de 2015¹¹, e que busca, como principal efeito, a realização de acordo entre as partes “[...] sem prejuízo de outros, como a confissão e o reconhecimento de direitos, mormente aqueles que não permitem transação”¹².

Conforme DINAMARCO¹³: “A conciliação consiste na intercessão de algum sujeito entre os litigantes, com vista a persuadi-los à autocomposição.” A autocomposição pode ser extra ou endoprocessual e, neste último caso, pode levar à renúncia, reconhecimento do pedido, ou à transação, e conduzir, também à desistência da ação – mera extinção do processo.

¹⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, 8 ed. Salvador: JusPodivm, v. 4, 2013, p. 339.

¹¹ Art. 1º [...] § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial; Seção V, art. 165 a 175; Capítulo V – Da audiência de conciliação ou de mediação, art. 334, entre outros.

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. Coleção Direito Civil, 8. ed., São Paulo: Atlas, v. 2, 2008, p. 274.

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 123-124.

Assim, a transação, definida por DINIZ como “[...] negócio jurídico bilateral, pelo qual as partes interessadas, fazendo-se concessões mútuas, previnem ou extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas”¹⁴, referindo-se ao disposto no Código Civil, art. 840, possui como requisitos: acordo de vontades, concessões recíprocas, ou seja, cada parte cede parcela do objeto controverso e a extinção da obrigação litigiosa ou duvidosa. Ocorrida dentro do processo judicial, após a homologação do juiz da causa, extingue a lide com efeitos de coisa julgada¹⁵

Quanto ao objeto, nos termos do artigo 841 do Código Civil, somente direitos patrimoniais e de caráter privado são suscetíveis de discussão em sede de acordo, logo, somente direitos disponíveis são passíveis de concessões recíprocas, afastando essa forma de conciliação dos litígios envolvendo direitos transindividuais, ontologicamente públicos e, portanto, no regime jurídico brasileiro, indisponíveis.

Se direitos individuais homogêneos podem ser disponíveis e quase sempre se resolvem pelo ressarcimento econômico das lesões individuais, resta a análise da possibilidade de acordo envolvendo demandas coletivas relativas, já que o CDC não explorou essa forma de prevenção ou abreviação de demandas judiciais coletivas.

Embora parte da doutrina defenda¹⁶ a existência de transação em macrolides envolvendo tanto direitos coletivos *lato sensu*, quanto direitos individuais homogêneos, o fato é que, no mais das vezes, referem-se ao termo de ajustamento de conduta (TAC), introduzido na LACP pelo art. 113 do CDC, acrescentando o §6º ao art.5º. Ainda assim, se reconhece que a forma especial de transação jamais alcançaria o bem da vida tutelado em si, cuja titularidade não é dos substitutos processuais coletivos e apenas abarcaria as obrigações acessórias.

Havendo processo judicial, o ato do réu em admitir que sua conduta descumpra a lei, comprometendo-se a adequá-la ao direito, nos moldes do entendimento da pretensão deduzida pelo autor, pactuando apenas sobre questões acessórias – como tempo e modo de cumprimento – constitui-se em verdadeiro reconhecimento jurídico do pedido¹⁷, já que inexistente o elemento essencial¹⁸ da transação, que são as concessões mútuas entre as partes sobre o objeto principal da lide.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 2, Teoria Geral das Obrigações, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 324.

¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. Coleção Direito Civil, 8. ed., São Paulo: Atlas, v. 2, 2008, p. 274

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo – II Série: estudos e pareceres de processo civil*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 48; MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 530; ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 453.

¹⁷ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 128.

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, Teoria Geral das Obrigações, 29. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2014, p. 323-324.

Em sede de direito previdenciário – cuja natureza pode ser, em determinadas circunstâncias e considerando a espécie de benefício, direito individual homogêneo, especial menção merece o acordo firmado em ação civil pública entre o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia pública federal, o MPF e o Sindicato Nacional dos Aposentados, Pensionistas e Idosos da Força Sindical, autos nº **0002320-59.2012.4.03.6183/SP homologada pelo juízo da 2ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo**.

O caso concreto envolvia a obrigação de revisar¹⁹ o valor de benefícios previdenciários de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença, das pensões por morte derivadas destes – excluindo-se os revistos administrativamente e os atingidos pela decadência – e a apresentação de cronograma para o início do pagamento dos benefícios revistos e pagamento dos valores atrasados (obrigação de pagar).

Após o reconhecimento de que a questão de direito envolvida estava pacificada nos tribunais, a autarquia previdenciária emitiu memorando estabelecendo o procedimento que seria adotado para as revisões dos benefícios, informando que seriam realizadas mediante requerimento individual ou automaticamente, quando processada qualquer outra revisão, com o pagamento das diferenças decorrentes, respeitada a prescrição.

O Ministério Público Federal instaurou inquérito civil²⁰ para apurar as dificuldades para a revisão da renda mensal dos benefícios, indiciado pelo expressivo número de ações ajuizadas no Juizado Especial Federal, concluindo pela insuficiência do plano de revisão administrativa apresentado pelo INSS. Propôs ação civil pública em litisconsórcio com o Sindicato Nacional dos Aposentados, visando à revisão de todos os benefícios integrantes da situação jurídica acima, e que a autarquia previdenciária encaminhasse informe aos interessados, apresentando cronograma para o início do pagamento administrativo dos benefícios revisados e do pagamento dos atrasados.

Em 05/09/2012, foi homologado acordo, notificando os titulares dos benefícios envolvidos, fixando-se cronograma para as revisões e pagamentos administrativos de diferenças de renda mensal, dividido entre benefícios ativos e benefícios cessados ou suspensos, bem como a forma de atualização dos valores devidos, respeitadas a decadência e a prescrição quinquenal. Cálculo do INSS para agosto de 2012 demonstrava atrasados da ordem de R\$ 6 bilhões, sendo necessários a concordância da autarquia federal, o aval do Ministério da Fazenda (MF), por sua Secretaria do Tesouro Nacional (STN), demonstrando esforço expressivo da Administração na busca da solução do conflito coletivo.

Pela configuração jurídica dada ao processo coletivo pátrio, quanto aos feitos em curso à época da transação ou mesmo propostos após sua homologação, ainda

¹⁹ Tratava-se da interpretação dada ao art. 29, II, da Lei nº 8.213/1991, pelo ente previdenciário.

²⁰ ICP nº 1.34.001.005178/2011-64, portaria PR/SP nº 348, de 30 ago. 2011.

que notificado dos termos do acordo, este só vincula o titular do direito material se for litisconsorte na lide coletiva ou requerer a suspensão da ação em curso, caso contrário, a transação coletiva homologada só vincula o réu, jamais os autores individuais.

Em termos de prevenção de demandas, o sistema atual não oferece nenhum estímulo à resolução amigável de conflitos coletivos, ao contrário, no caso concreto, paulatinamente, as poucas decisões favoráveis à prevalência do acordo, extinguindo as ações individuais ou julgando tais feitos improcedentes, foram reformadas sob o argumento de inexistência de litispendência entre ação coletiva e a respectiva ação individual, bem como da incidência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, art. 5º, inciso XXXV, da CF, cabendo ao réu responder novamente às ações atomizadas, agora com redobrada atenção, cuidando para não pagar em duplicidade, haja vista os pagamentos administrativos realizados em respeito ao cronograma homologado.

3.2. Poderes dos Substitutos Processuais

Opostamente, nas *class actions* do direito norte-americano é esperado que o conflito coletivo se resolva por acordo entre as partes, muitas vezes até antes da certificação da ação como coletiva, com ampla margem para negociação e, em não poucos casos, renúncia considerável do direito material em jogo, tudo a cargo do advogado do representante do grupo²¹.

O que importa para a realização do acordo coletivo no direito norte-americano é a sua adequação aos fatos e circunstâncias de cada caso concreto, havendo amplo poder discricionário atribuído ao juiz da causa, que deverá decidir em cada ação se “[...] é melhor para o grupo encerrar o litígio com o acordo proposto ou prosseguir com o processo”.²² Assim, procede-se à rigorosa análise dos termos substanciais da proposta feita, inclusive quanto ao valor de honorários advocatícios, se fizeram parte da transação, e ao próprio processo de negociação entre réu e representante (advogado) do grupo, tudo em decisão pormenorizadamente fundamentada, isto é, o magistrado não apenas homologa, repetindo os termos da proposta na sentença, mas demonstra, por sólida argumentação, que teve conhecimento de todos os aspectos de fato e de direito envolvidos, e que entre as várias possibilidades de composição do conflito, aquela se apresenta como razoável e adequada.

Também é comum a designação de audiência pública, às vezes, mais de uma, visando à ampla participação de eventuais interessados, até para que o magistrado aumente a gama de informações necessárias para decidir sobre as impugnações apresentadas e sobre o acordo proposto.

²¹ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 318-358.

²² *Ibidem*, p. 306-309.

Nesse sistema jurídico, amplos são os poderes do representante, mais especificamente do advogado do grupo, legitimado pelo – muito resumidamente descrito – sistema de controle judicial da representação adequada, “[...] que inclui a aprovação judicial dos termos do acordo, a notificação aos membros ausentes, a audiência, o direito de intervenção e de objeção ao acordo, o direito de autoexclusão, etc.”²³

No ordenamento jurídico brasileiro, fundado no direito romano-germânico, com distinção entre direito público e privado, direito disponível e indisponível, direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e a fixação legal in abstracto dos legitimados extraordinários para propor ação coletiva – sem maior ou rigoroso controle judicial da adequação da representação em juízo –, o âmbito de atuação destes é significativamente mais reduzido do que na correlata *class action* norte-americana, qualquer que seja a categoria de direito material coletivamente tratada, quer transindividual, quer individual homogêneo.

Quanto aos direitos individuais homogêneos, em geral disponíveis, admitindo a possibilidade de extinção do conflito judicial pela realização de acordo coletivo, vê-se que mesmo diante de questões meramente econômicas o poder de transacionar é restrito a questões de tempo, modo e consectários legais (juros de mora e correção monetária) e, seguindo a regra geral do processo coletivo, só é vinculante ao sujeito individual que integrou a ação coletiva como litisconsorte, nos termos do art. 94 da Lei nº 8.078/90.

3.3. A eficácia subjetiva do acordo perante os demais legitimados ativos e os titulares do direito material

Nosso ordenamento jurídico não contemplou regras a respeito de acordo coletivo, portanto, todas as inferências doutrinárias sobre a sua eficácia subjetiva estão diretamente relacionadas ao regime jurídico da coisa julgada coletiva e sua relação com as ações individuais correlatas, conforme fixado no CDC, artigos 103 e 104.

Em se tratando de direitos individuais homogêneos e pensando naqueles classificados como disponíveis – uma vez que os indisponíveis atrairão consigo as restrições inerentes aos direitos metaindividuais – pode-se pensar que o acordo homologado e transitado em julgado, vincula os demais colegitimados extraordinários não integrantes do feito coletivo, como ocorre no regime jurídico da coisa julgada *erga omnes*.

Ocorre que entre as inúmeras possibilidades de composição amigável na forma de transação, certamente, poderá haver a demonstração de interesse jurídico do colegitimado extraordinário, demonstrando a inadequação do acordo coletivo

²³ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 359.

firmado – logo, havendo concessões recíprocas, já haveria, em tese, possibilidade de discordância quanto ao alcance da parcela de direito disponível cedida.

Para GIDI²⁴, pela conformação do processo coletivo nacional, não seria factível a realização de verdadeiro acordo em sede de ação coletiva, quer pela sua aceitação somente quanto a direito disponível, quer pela ausência de obrigatória análise judicial da qualidade da representação adequada *in concreto* do substituto processual, quer pela deficiência no sistema de notificação dos interessados, quer pela ausência de um procedimento de avaliação da adequação do acordo coletivo, mas, principalmente, pela produção da coisa julgada *erga omnes*, somente *secundum eventum litis*. Em consequência, todo titular do direito material que não se sinta beneficiado pelo acordo coletivo firmado e que não interviu na demanda coletiva como litisconsorte, poderá ajuizar normalmente sua ação individual, pleiteando a recomposição total da lesão sofrida, não estando vinculado aos termos do acordo.

Dessa forma, o desequilíbrio do tratamento processual coletivo entre autor e réu não colaboraria para que este se sentisse estimulado a oferecer uma proposta de transação visando encerrar a lide, nos termos do art. 487, III, “b” do CPC, em especial, porque não terá garantia nem de que não será demandado por outro colegitimado ativo concorrente, nem que não responderá pulverizadamente a milhares de idênticas ações individuais.

ZUFELATO²⁵ entende possível a transação como forma de extinção do feito, com resolução do mérito, fazendo um paralelo com o regime da coisa julgada coletiva, concluindo que o acordo terá efeitos *erga omnes in utilibus*. Segundo ele, o fundamental para a não vinculação dos sujeitos individuais aos efeitos de acordo considerado prejudicial, “[...] é sempre o respeito ao contraditório e à ampla defesa, dos quais decorrem a impossibilidade de sofrerem prejuízo em sua esfera jurídica”, em transação da qual não participaram. Considera que o grau de eficácia do acordo dependerá da composição entabulada se mostrar justa e equânime, compatível com o dano coletivo e satisfazendo colegitimados e interessados individuais.

Conforme revelam os dados informados no acordo coletivo noticiado: aspectos como correção monetária, incidência ou não de juros de mora, data a partir de quando seriam consideradas prescritas as parcelas atrasadas, o cronograma de pagamento administrativo, a possibilidade de incluir ou não benefícios cessados, a desnecessidade de execução individual, o montante de recursos públicos envolvidos, são aspectos reais, práticos, que fazem diferença no montante final devido, interferindo na vida das pessoas e na gestão administrativa do ente público envolvido

²⁴ GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008, p. 279.

²⁵ ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 452-461.

– sendo possível, em tese, pensar em variadas possibilidades de transação, todas justas e equânimes.

Uma transação coletiva negociada entre as partes, de alcance nacional e apresentada em uma ação civil pública proposta em litisconsórcio ativo pelos dois mais frequentes autores coletivos nas lides previdenciárias, Ministério Público Federal e Sindicato Nacional dos Aposentados, homologada pelo Poder Judiciário, dificilmente será injusta, no entanto – não obstante o subjetivismo do conceito –, ainda assim poderá desagradar aos titulares do direito material, demonstrando que o principal motivo para o ajuizamento das ações individuais correlatas não se relaciona à justiça ou injustiça dos termos do acordo, mas sim ao regime jurídico da coisa julgada coletiva.

Portanto, quanto ao indivíduo, a sentença homologatória de acordo coletivo somente faz coisa julgada *erga omnes in utilibus*. Caso o titular do bem da vida avalie não ter sido a transação coletiva adequada a recompor na integralidade a lesão ao direito material existente, poderá propor sua ação individual, partindo do já acordado como um mínimo, mas buscando a totalidade do ressarcimento, inclusive o que foi objeto de concessão mútua pelo ente intermediário.

Embora frustrante e contraditório em relação à ideia de resolução célere, eficiente e coletiva de conflitos de massa, cuida-se de consequência natural das regras vigentes do processo coletivo brasileiro, com excessiva preocupação com o direito de ação do titular do bem jurídico que não participou da formulação da proposta da transação homologada.

4. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA GENÉRICA COLETIVA E EXECUÇÃO INDIVIDUAL

Em que pese o objetivo da ação coletiva envolvendo direitos individuais homogêneos no sentido de economizar recursos processuais, evitando a necessidade da propositura massificada de ações individuais idênticas, é certo que, fatalmente, no sistema erigido pelo CDC, as lides evitadas na fase de conhecimento serão apresentadas na fase de liquidação e execução individual do julgado coletivo.

Isto porque a sentença que resolve o mérito da lide coletiva envolvendo direitos individuais homogêneos, quando procedente, será genérica, estabelecendo a responsabilidade do réu pelos danos causados, nos termos do art. 95 do CDC.

Quanto às questões comuns ao grupo, a sentença será certa e determinada, reconhecendo a ocorrência da lesão ou ameaça ao bem jurídico, a responsabilidade do réu e a existência de obrigação de reparação. Normalmente, tratando-se de direitos individuais homogêneos, há condenação ao ressarcimento econômico do dano reconhecido, portanto, a existência da dívida e quem deve são requisitos obrigatórios da sentença coletiva.

Por opção legislativa e porque inviabilizaria a ideia de coletivização de direitos subjetivos individuais, as questões particulares são conduzidas à segunda fase da

atividade de conhecimento²⁶. Desse modo, a liquidação se faz necessária, em maior ou menor alcance, a depender do caso concreto.

Certamente, pois o réu teria seu direito de defesa ainda mais mitigado se houvesse a mínima possibilidade de ser compelido a cumprir a sentença coletiva sem individualizar os beneficiários da decisão de mérito e se manifestar sobre os valores individualmente devidos. Em especial, porque o sistema processual coletivo permite a concomitância de ação coletiva e ação individual, havendo a possibilidade concreta da existência de múltiplas condenações, o que levaria à extinção da obrigação em um dos processos, caso cumprimento de sentença da ação individual nos termos do art. 525, §1º, inciso V ou VII ou art. 535, IV ou VI (se o vencido for a Fazenda Pública)²⁷; nos casos de ação de execução pelo transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva (no art. 97 do CDC), conforme art. 917, incisos III ou VI, todos do CPC de 2015.

Tal peculiar liquidação será processada pelo procedimento comum (art. 509, II do CPC de 2015, antiga *liquidação por artigos*), podendo ser promovida pela vítima e por seus sucessores (art. 97 do CDC) e visa à apuração de: “[...] a) os fatos e alegações referentes ao dano individualmente sofrido pelo demandante; b) a relação de causalidade entre esse dano e o fato potencialmente danoso acertado na sentença; c) os fatos e alegações pertinentes ao dimensionamento do dano sofrido”.²⁸

Após, segue-se à execução da sentença genérica, tratada nos artigos 97 a 100 do Código Consumerista, podendo ser individual ou coletiva, mediante extração de certidão de sentença. O detalhe é que essa execução sempre é relativa ao dano individual, ainda que seja a referida execução coletiva do art. 98, cuja palavra *coletiva* indica apenas que está sendo promovida por um dos substitutos processuais coletivos fixados no art. 82 do CDC. Por essa razão, Grinover²⁹ informa que os

²⁶ OLIVEIRA, Marco Antonio Perez de. *Coisa julgada sobre a sentença genérica coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 222.

²⁷ Há precedente do STJ entendendo que, não havendo notícia de pedido de suspensão do feito singular (art. 104 CDC), deverá prevalecer o decorrente da ação individual, “[...] por configurar autêntico exercício do poder volitivo do titular do direito, que, de forma inequívoca, manifestou sua vontade de ajuizar a demanda” (ExeMS nº 7.385-DF, decisão monocrática, Ministro Hamilton Carvalhido, julgado em 14/02/2008) – em consequência, será no bojo desta que deverá ocorrer a execução do julgado, extinguindo-se a execução individual decorrente do título coletivo. No caso concreto, o julgador excetua apenas os beneficiários que intentaram mandado de segurança individual após o trânsito em julgado *do mandamus* coletivo, em seu sentir, por ausência de interesse de agir em obter vantagem já conquistada em definitivo por outro meio processual, logo, determinou o prosseguimento da execução individual na lide coletiva.

²⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 8 ed. Salvador: JusPodivm, v. 4, 2013, p. 408.

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 790.

entes intermediários agiriam na qualidade de *representantes* das vítimas ou sucessores, e não mais como legitimados extraordinários³⁰.

Por mais engenhoso que seja o sistema de amparo processual coletivo de direito ontologicamente individual inaugurado pelo CDC, não deixa de ser decepcionante a constatação de que apenas se posterga a atomização dos feitos individuais para a fase de execução que, com todas as particularidades expostas, traz consigo, ainda, a necessidade de contratação dos serviços profissionais de um advogado, o tempo despendido entre liquidação e execução e, não raras vezes, a ausência de informação dos titulares do próprio direito a proceder à execução individual. Além do que, sendo a liquidação verdadeira ação ou fase de conhecimento, possibilita ao réu – de forma acertada e inevitável dentro das regras do sistema – ampla gama de matérias a serem arguidas, ocasionando mais atraso e novos incidentes até a satisfação final do direito reconhecido.

5. (IN) PERTINÊNCIA DA MANUTENÇÃO DO REGIME JURÍDICO DO PROCESSO COLETIVO ENVOLVENDO DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

5.1. Os novos desafios da jurisdição

Quando foram editadas as principais leis que ainda regem o processo coletivo – Lei de Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor – o Brasil vivia a euforia de sair de uma ditadura de vinte anos e de promulgar uma nova Constituição Federal em um Estado Democrático de Direito.

Direitos individuais e coletivos são enunciados logo no início do texto constitucional, no art. 5º, originalmente, em 77 incisos e dois parágrafos, demonstrando a primazia dos direitos fundamentais na nova ordem jurídica, prevendo a defesa do consumidor no inciso XXXII, também no inciso V, art. 170, culminando com a edição do CDC, em 11/09/1990, Lei nº 8.078, conforme determinava o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

O Código, por sua vez, instituiu no sistema processual brasileiro as ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, III e 91 a 100 do CDC). Assim, para refletir sobre a pertinência de manutenção do regime jurídico do processo coletivo em vigor, cuidando de direito subjetivo tradicional e apenas tutelado coletivamente, é útil recordar alguns aspectos do contexto histórico do período.

³⁰ Há precedente do STF de que a exceção seria em relação aos sindicatos, em virtude de autorização constitucional, art. 8º, III, por exemplo, o julgamento do REsp 210.029/RS, relator para o acórdão Ministro Joaquim Barbosa, publicado no DJ de 17 ago. 2007. Sendo a ação coletiva movida por sindicato, é possível sustentar a desnecessidade de autorização específica do titular do direito para o início da execução individual.

A nova ordem jurídica nascia em um cenário econômico³¹ desafiador – pois, embora o país estivesse saindo da profunda recessão entre 1981 e 1983 e mantendo equilibrado o balanço de pagamentos em transações correntes – convivia com altíssimas taxas de inflação (1.782,9% a.a. em 1989), com aumento generalizado e contínuo dos preços, com efeito negativo, entre outros, sobre a distribuição de renda da população, especialmente a assalariada, uma vez que os salários não aumentavam no mesmo ritmo dos preços de produtos e serviços, gerando a série histórica de planos econômicos “heterodoxos” – *Cruzado (1986)*, *Bresser (1987)*, *Verão (1989)*, *Collor I (1990)*, *Collor II (1991)* – ainda hoje questionados judicialmente nas ações coletivas (em 2009, eram 721 *macrolides*)³² em defesa dos titulares de conta poupança pelas supostas perdas econômicas advindas das alterações da política monetária.

No setor de telecomunicações, quando o CDC veio a lume, o país já vivia sob o esgotamento do modelo estatal³³, iniciado em 1962 e impulsionado com a criação da sociedade de economia mista Telecomunicações Brasileiras S.A. (TELEBRÁS). A relação com o direito do consumidor demonstra-se nas consequências práticas na prestação do serviço de telefonia à época: escassez de novas linhas, degradação da qualidade da comunicação, tarifas elevadas e um absurdo mercado paralelo para a aquisição de novas linhas telefônicas para os assinantes que não podiam ou não queriam aguardar a morosa expansão do sistema, transformando o acesso à comunicação via telefonia fixa em *artigo de luxo*, excluindo a maior parte da população brasileira. Tal cenário perdurou até o final da década de 1990 e início dos anos 2000, com o advento das novas tecnologias de informação e comunicação e a implantação de um novo modelo de telecomunicações.

Considerando a extensão do território nacional e a ausência do direito à comunicação via telefone para imensa parcela dos brasileiros, contribuindo para dificultar a transmissão de informação entre as pessoas, mostra-se razoável a preocupação do legislador consumerista de 1990 em preservar a ação individual do titular do direito material frente à ação coletiva ajuizada pelos substitutos processuais, com o

³¹ GREMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval; TONETO JÚNIOR, Rudinei. *Economia brasileira contemporânea*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 95-101; 416-435.

³² O paradigmático Resp. nº 1.110.549/RS que determinou pela primeira vez a suspensão de ofício de todos os processos individuais em curso envolvia a discussão sobre a correção monetária e os Planos Econômicos citados, destacando que, segundo matéria veiculada no jornal Folha de S.Paulo de 24/11/2009, **havia 694 mil ações judiciais individuais e 721 ações coletivas** sobre o tema, a indicar que se pretende ser útil para a sociedade, para as partes e para a administração da justiça, o processo coletivo merece realmente ser repensado. Matéria disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2009/11/656669-stj-suspende-analise-de-acoes-individuais-sobre-perdas-da-poupanca.shtml>>. Acesso em: 4 jan. 2016.

³³ NEVES, Maurício dos Santos. *O setor de telecomunicações*. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/livro_setorial/setorial13.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2016.

estabelecimento da não indução à litispendência e do regime da coisa julgada *secundum eventum litis*, com a extensão somente *in utilibus*.

A título de comparação, utilizando os resultados sobre as Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD 2013)³⁴, feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), estimou-se em 85,6 milhões (49,4% da população) o contingente de pessoas de 10 anos ou mais de idade que utilizaram a Internet (microcomputador, telefone móvel celular, *tablet*), pelo menos uma vez, no período de referência dos últimos 90 dias que antecederam ao dia da entrevista. Quanto ao percentual de pessoas que possuíam telefone móvel celular para uso pessoal (no mesmo contingente populacional), este representava 80% na área urbana e 47,9% na área rural.

Em que pesem as diferenças regionais, qualquer segmento populacional está, hoje, em melhores condições do que a população brasileira entre 1985 a 1990 – o que indicia que a alteração na realidade possa permitir mudanças processuais mais profundas.

A Constituição Federal de 1988 também trouxe importante contribuição ao processo coletivo quanto aos entes intermediários, legitimados *in abstracto* a intentar a ação coletiva, pois, ao prever a criação da Advocacia Geral da União (AGU), no Capítulo IV, *Das funções essenciais à Justiça*, como instituição responsável pela representação da União, judicial e extrajudicialmente (art. 131 da CF), resolveu o problema do conflito de interesses por vezes verificado no caso concreto, na atuação do Ministério Público Federal, já que era encarregado da defesa dos interesses da coletividade e da União Federal, muitas vezes *ré* ou parte interessada na ação civil pública.

Com a edição da Lei nº 11.488/2007, alterando a redação do inciso II do art. 5º da LACP e conferindo legitimidade *ad causam* à Defensoria Pública para ajuizar a demanda coletiva, desde que compatível com a missão institucional ordenada pela CF, art. 134, ou seja, a defesa dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados na forma do inciso LXXIV de seu art. 5º, ampliou-se o próprio acesso à justiça de grupos excluídos em razão da pobreza ou vulnerabilidade social. Em relação a esse ente intermediário, vale lembrar que no Estado de São Paulo, com maior contingente populacional do país, a Defensoria Pública só foi criada em 2006, pela LCE nº 988.

Outra mudança de paradigma diz respeito ao *controle da representação adequada* no caso concreto. Ainda que não haja exigência legalmente expressa, é inegável que houve amadurecimento jurisprudencial no sentido de reconhecer necessárias, ao menos em relação às associações, a verificação das condições objetivas fixadas na LACP (estar constituída há pelo menos um ano e incluir entre suas finalidades a proteção aos

³⁴ PNAD 2013 – Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv93373.pdf>>. Acesso em: 4 jan. 2016.

bens jurídicos elencados na lei) e a análise das peculiaridades do caso, até inferindo sobre sua idoneidade, como demonstra recente julgado do STJ, REsp. nº 1213614/RJ, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 01/10/2015.³⁵

Além de ampliado o rol dos legitimados extraordinários, constata-se que passados mais de 25 anos da edição do CDC, tais entes estão mais organizados, preparados e fiscalizados para a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos. Acompanhando as mudanças no contexto político do país, em outro giro, novos são os objetivos e desafios da jurisdição, como pontua OSNA³⁶, referindo-se às finalidades sociais e políticas desempenhadas pela atividade jurisdicional para além da precípua atividade jurídica.

Ressalta, como exemplo da “*dilatação funcional*” da jurisdição, a atuação do Judiciário no controle das políticas públicas via ação coletiva, tema que, embora polêmico, segue cada vez mais frequente no cenário nacional. Para fazer frente aos valores constitucionais e atender as necessidades de uma sociedade plúrima e complexa, entende obrigatória a revisão da estrutura processual contemporânea com a reconstrução “[...] de seus princípios gerais e cânones clássicos de atuação”, significando avaliar as escolhas atuais que privilegiam o processo individual, em especial quando inserido em termos autenticamente coletivos, como conflitos de massa e a consideração dos custos e limites materiais do serviço público “*prestação jurisdicional*”.

Exatamente pelas limitações materiais, OSNA destaca a necessidade de considerar os “[...] olhares da Economia no momento de definição e de elaboração das instituições do direito processual civil, não como único aspecto, mas certamente como um dos ferramentais a serem relevados”³⁷. Como forma de racionalizar o uso dos recursos públicos na administração dos serviços judiciários, a maximização do uso do processo coletivo, defende a desnecessidade de conceituação legal dos direitos considerados **individuais homogêneos**, buscando outras bases e elementos para a coletivização de direitos individuais, nos moldes do intentado pelo legislador nas técnicas de resolução de demandas repetitivas – que, embora agilizem o trabalho dos magistrados, uniformizando, pela fixação de decisões paradigmas, o entendimento dos tribunais – não conseguem diminuir o número de ações em curso no país.

³⁵ REsp 1213614/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01 out. 2015, publicado no DJe de 26 out. 2015.

³⁶ OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 26. No mesmo sentido, em obra precedente, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 188-258.

³⁷ *Ibidem*, 2014, p. 48.

Em seu entendimento, “[...] o cerne do problema se encontra no contínuo conflito existente entre a tutela coletiva de direitos individuais e a defesa de uma mentalidade individualista para o processo”.³⁸

ARENHART³⁹, com idêntica preocupação – a racionalização dos recursos judiciais – busca a resolução do problema do volume excessivo de demandas repetidas que veiculam interesses individuais de massa pelo critério da *proporcionalidade panprocessual*, descrita, resumidamente, como sendo a compatibilização entre os institutos processuais não apenas considerando o princípio da proporcionalidade em relação ao processo analisado, a um processo específico (proporcionalidade endo-processual – p.e. tempestividade da tutela em relação ao contraditório naquela ação), mas também a relação externa dos processos, tomados em conjunto (*panprocessual*).

Assim como GIDI⁴⁰, entende que, em sede de coletivização de interesses individuais, o tema fulcral para a ineficiência do sistema é a estrutura da coisa julgada coletiva *secundum eventum litis*. ARENHART⁴¹ ressalta a injustificável quebra na paridade de tratamento entre as partes, cujo sistema não confere nenhuma vantagem processual ao réu, e destaca a inadequação do modelo para o próprio Judiciário, que se assoberba de demandas individuais na fase de execução, além de conviver com as ações individuais na fase de conhecimento em concomitância com a demanda coletiva, em prejuízo da segurança jurídica pela óbvia possibilidade de decisões contraditórias, abalando a credibilidade na função jurisdicional.

Ora, se as regras vigentes do direito processual coletivo atual não atendem a contento a defesa coletiva do direito material, ou se sua utilidade para o corpo social e para a administração da justiça é cada vez mais questionada, coloca-se em discussão o próprio grau de eficácia deste *microsistema* coletivo. Para BEDAQUE⁴², a razão de ser do direito processual está no direito material, o que não significa abandono da autonomia da ciência processual, mas legítima preocupação com os resultados obtidos pelo processo, cuja eficácia “[...] é medida em função de sua utilidade para o ordenamento e para a pacificação social”, destacando a natureza ética da ciência

³⁸ OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 135.

³⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014; p. 153.

⁴⁰ GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008.

⁴¹ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 380-392.

⁴² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 60-74.

processual para o reconhecimento da “[...] identidade ideológica entre processo e direito material”.

O autor destaca a importância de considerar as mudanças na realidade quando da elaboração de um sistema processual, pensado como instrumento e somente eficaz se o resultado obtido for “[...] socialmente útil, proporcionando o acesso à ordem jurídica justa”⁴³.

5.2. Técnicas de julgamento de causas repetitivas e processo coletivo

Alterar as bases teóricas que fundamentam as principais leis regentes do processo coletivo (LACP e CDC) parece ser uma *tarefa inglória* porque há grande dissenso doutrinário sobre as origens do congestionamento judicial e dificuldade em pensar em um modelo que compatibilize a prestação da tutela jurisdicional individual e coletiva, considerando os inegáveis limites dessa compatibilização. Por isso, menos complicado foram as mudanças legislativas visando à criação de técnicas processuais que sistematizassem o julgamento de causas repetitivas⁴⁴ ou também chamada tutela judicial “plurindividual”⁴⁵.

A primeira experiência de julgamento por amostragem surgiu no direito brasileiro com a Lei nº 10.259/2001, instituindo os Juizados Especiais Federais (JEF), na qual constou a previsão no §6º do art. 14 do procedimento para a instauração do incidente de uniformização da interpretação da lei federal, estabelecendo que “[...] eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subsequentemente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão retidos nos autos, aguardando-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça”. Idêntico incidente foi previsto na Lei nº 12.153/2009, que dispôs sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública nos Estados e Distrito Federal.

No mesmo ano, a MP 2.180-35 inseria o §8º, do art. 4º da Lei nº 8.437/1992, fixando a possibilidade de extensão pelo Presidente do Tribunal, dos efeitos da suspensão da liminar deferida em um processo às demais liminares posteriormente concedidas, “[...] mediante simples aditamento do pedido original”. A mesma previsão constou do art. 15 da Lei nº 12.016/2009 em relação às liminares em mandado de segurança.

⁴³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 73-74.

⁴⁴ Sobre o tema, ver FARINA, Fernanda Mercier Querido. *Técnicas de agregação de demandas repetitivas: uma análise comparativa da experiência norte-americana em busca da eficiência processual*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014 e MARQUEZINI, Paulo Roberto da Silva. *Técnicas de julgamento de causas repetitivas no direito brasileiro*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

⁴⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Da jurisdição coletiva à tutela judicial plurindividual: evolução da experiência brasileira com as demandas seriais. *Revista de Processo*, v. 237, nov/2014, p. 307-334.

Quanto ao CPC, na exposição de motivos do Projeto de Lei que mais tarde originou a Lei nº 11.277, de 07/02/2006, acrescentando o art. 285-A no CPC de 1973, já se alegava a necessidade de “[...] alteração do sistema processual brasileiro com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa”.

Assim, dispensando a citação do réu, tratando de matéria unicamente de direito e havendo sentença de improcedência proferida em casos idênticos no juízo em que a ação fora proposta, permite-se a improcedência *prima facie*, reproduzindo o teor da anteriormente prolatada.

Em sede de recurso extraordinário, a Lei nº 11.418, de 09/12/2006, regulamentando o § 3º do art. 102 da Constituição Federal (introduzido pela Emenda Constitucional [EC] nº 45/2004 – “*Reforma do Judiciário*”), acresceu os artigos 543-A e 543-B no CPC de 1973, fixando que o STF não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional não oferecer repercussão geral; esta considerada a existência de “[...] questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”, estabelecendo o procedimento para o julgamento por amostragem, pela seleção de um ou mais recursos representativos da controvérsia e sobrestamento dos demais recursos extraordinários até o pronunciamento definitivo da Corte. Nos termos do § 2º, “[...] negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos”.

Inspirada no mesmo procedimento, surge a Lei nº 11.672, de 08/05/2008, incluindo o art. 543-C no CPC de 1973, prevendo o julgamento por amostragem em sede de recurso especial repetitivo, amparado na mesma ideia de otimização do serviço de prestação jurisdicional em virtude do excessivo número de recursos especiais aportando no STJ todos os anos, tratando de matéria idêntica, além da necessidade de uniformização jurisprudencial da exegese da legislação infraconstitucional.

É interessante observar que todas as técnicas acima são exemplos de coletivização de julgamentos a partir de demandas individuais, ou seja, a partir do momento em que se fixa o entendimento do STF ou STJ em sede de recurso extraordinário com repercussão geral ou recurso especial repetitivo em um exemplar da controvérsia, a solução será necessariamente replicada em todos os recursos idênticos e sobrestados, quer se relacionem a lides individuais ou coletivas – sem que se cogite desrespeito ao devido processo legal de cada recorrente singularmente considerado que tenha tido sua causa resolvida via julgamento por amostragem⁴⁶.

⁴⁶ Sobre as técnicas de julgamento por amostragem, a replicação de decisões para os demais processos idênticos e atenuação (aceita) da garantia do contraditório, cita-se ARENHART, *op. cit.* 2014, p. 204-206.

A decisão do STJ no REsp nº 1.110.549/RS, de relatoria do Ministro Sidnei Benetti, de 28/10/2009, anteriormente comentada, é emblemática por ser a primeira que anteviu a interseção entre as técnicas de julgamento de ações de massa, introduzidas naquela Corte pela Lei dos Recursos Repetitivos e processo coletivo, daí porque defendia o relator uma interpretação atualizada dos arts. 51, IV e §1º, 103 e 104 do CDC, 122 e 166 do Código Civil e 2ª e 6ª do CPC de 1973, extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do CPC revogado, para fixar o entendimento hoje dominante no Tribunal de que: “[...] ajuizada a ação coletiva atinente a macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva”. (Negrito nosso).

Outro exemplo, também fruto da EC nº 45/2004, foi a inclusão do art. 103-A na Constituição Federal, posteriormente regulamentado pela Lei nº 11.417/2006, estabelecendo o procedimento para a aprovação de **súmula vinculante** pelo Supremo Tribunal Federal, de observância obrigatória *em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*, bem como prevendo a possibilidade de revisão ou cancelamento da súmula.

Assim, por outros caminhos, o sistema processual brasileiro está buscando mecanismos de coletivização e replicação de decisões judiciais, no sentido de que não é mais suportável pelo sistema regras que estimulem a pulverização de ações de massa ou soluções que privilegiem o interesse individual ou *pseudoindividual* sobre o interesse coletivo – aqui tomado não só pelo conjunto dos demais titulares do direito subjetivo, mas pelo conjunto social de todos os agentes envolvidos, entre particulares, empresas privadas, entes públicos e a administração do serviço jurisdicional.

O CPC de 2015 aprofunda tais ferramentas e, em um movimento de valorização dos precedentes judiciais, amplia as hipóteses de improcedência liminar do pedido. Segundo o art. 332, equivalente ao antigo 285-A, “[...] nas causas que dispensem a fase instrutória”, o juiz julgará improcedente *prima facie* o pedido que contrariar enunciado de súmula do STF ou STJ, como acórdão proferido pelo STF ou STJ em julgamento por amostragem, entendimento firmado em IRDR ou de assunção de competência ou enunciado de súmula de Tribunal de Justiça sobre direito local e a já conhecida improcedência liminar caso o magistrado verifique, desde logo, a ocorrência de prescrição ou decadência.

Quanto ao julgamento de Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos (art. 1.036 a 1.041), ampliou-se a possibilidade de suspensão para **todos** os processos pendentes, tanto no juízo de primeiro grau quanto nos demais recursos que estejam tramitando nos tribunais superiores, **individuais ou coletivos**, que tramitem no Estado ou na região, até que seja proferida a decisão paradigma, cuja tese jurídica será replicada em tantos quantos forem os recursos sobrestados e nos processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição.

Nos termos do art. 976 do CPC/2015, é cabível o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) quando houver – simultaneamente – **efetiva repetição**

de processos que contenham controvérsia sobre idêntica questão de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, vedada sua instauração quando um dos tribunais superiores já tiver afetado recurso para definição de tese de direito material ou processual repetitiva. Nos termos do parágrafo único do art. 928, pode ter por objeto questão de direito material ou processual.

O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente do tribunal pelo juiz ou relator, de ofício, pelas partes, pela Defensoria Pública ou pelo Ministério Público que, se não for requerente, intervirá obrigatoriamente, devendo assumir sua titularidade na hipótese de desistência ou abandono. Deverá ser registrado eletronicamente no CNJ, visando “[...] a mais ampla e específica divulgação e publicidade”, art. 979 do CPC/2015, e julgado no prazo de um ano, com preferência sobre os demais feitos cíveis (excluído da regra do art. 12 – “ordem cronológica”). Consoante o art. 982, admitido o incidente, o relator suspenderá os processos pendentes, **individuais ou coletivos**, que tramitam no Estado ou na região, conforme a competência estadual ou federal (suspensão também prevista no art. 313), comunicando aos órgãos jurisdicionais competentes. Tal suspensão poderá ser ampliada a todo território nacional a pedido dos legitimados mencionados no art. 977, dirigido ao STF ou STJ. Superado o prazo de um ano, cessa a suspensão dos processos, salvo decisão fundamentada em sentido contrário.

Julgado o incidente, a tese será aplicada a todos os processos **individuais ou coletivos** que estejam tramitando na área de jurisdição do tribunal, inclusive aos de competência dos juizados especiais do Estado ou região (art. 985), cabendo reclamação no caso de descumprimento pelos demais juízos. O art. 986 prevê o procedimento para a revisão da tese firmada, e o art. 987 estabelece caber recurso extraordinário ou especial do julgamento de mérito do incidente, com efeito suspensivo (§1º) e presunção de repercussão geral da questão constitucional eventualmente discutida. Julgado o mérito do recurso pelo STF ou STJ, a tese de direito será aplicada a todas as ações individuais ou coletivas, em todo o território nacional, que versem idêntica controvérsia. Aqui cabe uma reflexão interessante, pois o art. 980 do CPC de 2015 prevê que, se o IRDR não for julgado no prazo de 1 (um) ano, cessará a suspensão dos processos prevista no art. 982, salvo fundamentação em sentido contrário.

Já em relação aos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos, art. 1.036 a 1.041, cuja suspensão dos processos (não somente recursos) pendentes deverá ser determinada pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou tribunal regional, também cessaria se o recurso afetado não fosse julgado no prazo de um ano. Entretanto, foi aprovada a Lei nº 13.256, de 04/02/2016, alterando a disciplina do processamento e julgamento do Recurso Extraordinário e Especial no Código de Processo Civil de 2015, dessa forma, readmitiu-se o duplo juízo de admissibilidade, revogando § 5º do art. 1037, que trata da cessação automática da afetação e suspensão e retorno do curso normal dos processos.

Ou seja, se a matéria discutida envolvendo demandas seriais for veiculada pelo IRDR, existe a possibilidade de retorno do trâmite normal dos feitos suspensos caso não haja decisão no incidente da corte estadual ou regional no prazo de um ano. Todavia, se a suspensão dos processos pendentes em todos os juízos ou grau de jurisdição for motivada pela afetação de recurso representativo de controvérsia, nos termos dos arts. 1036 e 1.037, alterados pela Lei nº 13.256/2016, não existiria mais a fixação de prazo para cessar automaticamente a afetação e suspensão dos processos.

Acompanhando o ideário de respeito aos precedentes, tão fortemente colocado na nova legislação processual⁴⁷, preceitua o art. 926 que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la *estável, íntegra e coerente*, significando que os órgãos do Poder Judiciário observarão além das decisões citadas nos incisos de I a V, **os acórdãos proferidos em IRDR**, cabendo reclamação na hipótese de descumprimento (art. 988, IV).

A relação com o processo coletivo estreita-se cada vez mais, conforme pontua TALAMINI⁴⁸ quanto aos direitos individuais homogêneos que envolvam matéria exclusivamente de direito: “[...] nestes casos, a decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas terá função similar à eficácia declaratória da sentença genérica na ação coletiva”.

Embora o CPC não esclareça como o processo representativo da controvérsia será eleito, sabendo da possibilidade, permitida pelo sistema processual brasileiro, de concomitância de tramitação de ação coletiva e ações individuais correlatas, e considerando que o incidente é claramente voltado às ações de massa, não é difícil supor que o Tribunal tenderá a eleger uma demanda coletiva como representativa da controvérsia sobre a questão de direito, em especial, porque o processo coletivo, por envolver uma multidão de substituídos, deverá ter

⁴⁷ Vale destacar a posição daqueles que entendem a previsão normativa do CPC, quanto ao uso do direito jurisprudencial, um importante aprimoramento dessa técnica, mas são céticos ao argumento de que precedentes resolverão o problema da litigiosidade repetitiva. Nesse sentido, THEODORO JR, Humberto *et al.* Novo CPC – fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 393: “Evidentemente que o uso do Direito jurisprudencial corresponde a uma tendência inexorável, o que torna a tarefa de todos os envolvidos mais séria, especialmente quando se percebe toda a potencialidade e a importância que o processo e a jurisdição, constitucionalizados em bases normativas consistentes, vêm auferindo ao longo desses anos pós-Constituição de 1988. O Novo CPC ajuda muito nesse movimento, desde que devidamente interpretado, sempre com base em suas premissas fundamentais (...). Não se pode reduzir o discurso do Direito jurisprudencial a uma pauta de isonomia forçada a qualquer custo para geração de uma eficiência quantitativa. Precedentes, como aqui se afirmou, são princípios (não fechamento) da discussão e da aplicação do Direito. Eles não podem ser formados com superficialidade e aplicados mecanicamente.”

⁴⁸ TALAMINI, Eduardo. *Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no código de processo civil de 2015*. Revista dos Tribunais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 10, 2015, p. 1983-2006.

preferência⁴⁹ de julgamento sobre as ações individuais. Além disso, propiciará publicidade e participação ainda maior dos interessados, desde que, evidentemente, tenha sido bem postulada e devidamente instruída pelos entes intermediários. De qualquer modo, o Ministério Público caso não seja o legitimado extraordinário responsável pelo ajuizamento da lide coletiva, obrigatoriamente atuará como *custus legis*.

É significativo realçar que o instituto parece realmente ter sido pensado para os litígios envolvendo direitos individuais homogêneos, como se pode inferir do §2º do art. 985, que expressamente se refere à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado (relações tipicamente de consumo), determinando que a decisão do tribunal será comunicada aos entes públicos responsáveis pela fiscalização, para acompanhar a efetiva aplicação do entendimento adotado pelos respectivos concessionários, permissionários ou autorizados de serviço público ou de interesse público.

O incidente já apresenta a vantagem de não se submeter a este ou aquele determinado tema de direito material⁵⁰, além de ter incidência obrigatória a todos os processos, não contando com a restrição da projeção dos efeitos da coisa julgada material *secundum eventum litis e in utilibus*.

Com isso não se está afirmando o esvaziamento da tutela coletiva nos moldes da LACP e CDC, até porque a tutela coletiva vai muito além desses diplomas. Contudo, independentemente de o incidente atingir os objetivos almejados pelo legislador do novo Código, uma vez estabelecido a interseção entre técnicas processuais de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas – feito a nosso ver não com o IRDR, mas primeiramente com a *ratio essendi* da decisão proferida em 2009 pelo STJ, no REsp. nº 1.110.549/RS – dificilmente haverá retrocesso.

6. CONCLUSÃO

Se, por um lado, a solução brasileira de compatibilização do direito de ação do indivíduo e as vantagens do tratamento coletivizado prestigiam a liberdade, por outro, mitiga o potencial de interesse pelo manejo coletivo de demandas e sua real capacidade de promover economia processual.

⁴⁹ O relatório “Justiça em Números” 2015, ano base 2014, anuncia como destaque a inclusão sobre o tempo de duração do processo individual e a prioridade na tramitação do processo coletivo. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 23 de nov. 2015.

⁵⁰ Restrição posta pelo parágrafo único do art. 1º, da Lei nº 7.347/1985: Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001).

O maior obstáculo para a viabilização do processo coletivo cuidando de interesses individuais homogêneos como instrumento de racionalização da prestação jurisdicional é o tratamento jurídico da coisa julgada coletiva *secundum eventum litis* e sua extensão a terceiros somente para beneficiar o titular do direito subjetivo. Isso porque o modelo vigente desconsidera o serviço judiciário despendido com o processamento da lide coletiva e trata de forma inequânime autor e réu, pois ainda que este tenha despendido importantes recursos com o custo de sua defesa e tenha se sagrado vencedor, responderá de forma pulverizada aos milhares de ações individuais propostas sobre tema idêntico.

Decorrência do regime jurídico da coisa julgada coletiva envolvendo direitos individuais homogêneos, quase sempre direitos disponíveis e resolvidos pelo ressarcimento econômico, não existe nenhum estímulo para que o réu se empenhe na apresentação de acordo coletivo.

Infelizmente, pois sua realização traria inegáveis benefícios sociais, por representar a maximização do acesso à justiça para a parcela mais vulnerável da população, pelo potencial de solucionar o conflito daqueles que nem sequer possuem condições de conhecer a controvérsia em questão, além de promover importante economia de recursos, tanto do serviço judiciário quanto dos próprios titulares do direito material. No estudo de caso citado, por receberem prestações mensais do ente público, o dano de todos poderia ter sido recomposto diretamente entre segurados e INSS, sem a necessidade de contratação de um advogado para posterior liquidação e execução individual do julgado.

Quanto à satisfação da sentença coletiva, conclui-se que toda a suposta economia processual feita em sede de conhecimento é desfeita na liquidação e execução individuais, pelo transporte *in utilibus* da sentença coletiva genérica, haja vista que esta apenas cuidará das questões comuns do grupo, restando para a fase seguinte a individualização dos beneficiários e a apuração do quanto devido.

Considerando as mudanças descritas na realidade brasileira, além dos novos desafios da jurisdição, é chegado o momento de rever as incongruências do microsistema coletivo que não têm colaborado para a redução de demandas.

Se, por um lado, não existe consenso doutrinário sobre reformas profundas no regime jurídico do processo coletivo envolvendo interesses individuais homogêneos, a perpetuar as controvérsias apresentadas no polêmico convívio entre ação coletiva e ações individuais, por outro, surgem com vigor as técnicas processuais de coletivização de julgamentos a partir de demandas individuais, cujos mecanismos de atuação foram mantidos e ampliados pelo CPC de 2015, com o estabelecimento de um sistema de precedentes com força vinculante aos órgãos jurisdicionais, aplicáveis a processos individuais e coletivos, indistintamente.

Entre as técnicas previstas, e que poderão amenizar o problema da pulverização de ações individuais na concomitância de ação coletiva, encontra-se o IRDR, previsto no art. 976 e cabível quando houver simultaneamente efetiva

repetição de processos com idêntica controvérsia sobre questão de direito material ou processual e risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica, concluindo-se pela imbricação definitiva entre as técnicas processuais de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas.

Dessa forma, urge buscar novos instrumentos de racionalização da prestação jurisdicional, considerando as limitações materiais existentes e o custo das escolhas legislativas processuais para a sociedade, prestigiando soluções coletivas para a resolução de demandas replicadas, seja pelo processo coletivo, seja pelas técnicas de julgamento de ações massificadas, uma vez que a compatibilização entre direito individual de ação e tutela coletiva de direito individual homogêneo, conforme arquitetado pelo microsistema coletivo em vigor, mostra-se esgotada diante da inexpugnável restrição desse pretendido equilíbrio processual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, 8. ed. Salvador: JusPodivm, v. 4, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, v. 1, 2002.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, Teoria Geral das Obrigações*, 29. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2014.

FARINA, Fernanda Mercier Querido. *Técnicas de agregação de demandas repetitivas: uma análise comparativa da experiência norte-americana em busca da eficiência processual*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008.

_____. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*, v. 108, n. 61, 2002. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1016416>>. Acesso em: 25 fev. 2015.

GREMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval; TONETO JÚNIOR, Rudinei. *Economia brasileira contemporânea*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo – II série: estudos e pareceres de processo civil*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Da jurisdição coletiva à tutela judicial plurindividual: evolução da experiência brasileira com as demandas seriais. *Revista de Processo*, v. 237, p. 307-334, nov/2014.

MARQUEZINI, Paulo Roberto da Silva. *Técnicas de julgamento de causas repetitivas no direito brasileiro*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MIRRA, Alvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

NEVES, Maurício dos Santos. *O setor de telecomunicações*. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/livro_setorial/setorial13.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2016.

OLIVEIRA, Marco Antonio Perez de. *Coisa julgada sobre a sentença genérica coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2014.

OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre a fluid recovery do art. 100 do CDC. *In: Revista de Processo*, v. 116, p. 325-333, jul/ago, 2004.

TALAMINI, Eduardo. Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015. *In: Revista dos Tribunais*, v. 10, p. 1983-2006, 2015.

THAMAY, Rennan Faria Krüger. O processo civil coletivo: legitimidade e coisa julgada, *In: Revista de Processo*, v. 230, p. 255, abr./2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, p. 399-424, jan/dez, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. Coleção Direito Civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, v. 2, 2008.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS COMO INSTRUMENTO DE ISONOMIA, SEGURANÇA JURÍDICA E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

“Incidente de resolução de demandas repetitivas” as an instrument of Isonomy, Legal Certainty and Reasonable Length of the Process

Luís Felipe Freind dos Santos¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Princípios processuais e sua evolução. 2.1. Princípio da isonomia no processo civil: da paridade de armas à uniformidade de interpretação das normas pelo Poder Judiciário. 2.2. Princípio da segurança jurídica no processo civil: da manutenção do status quo à previsibilidade das consequências jurídicas das condutas. 2.3. Razoável duração do processo: devido processo legal e a efetividade da tutela jurisdicional. 3. Modelo processual civil brasileiro: aproximação a um sistema de precedentes (?) 3.1. Considerações gerais. 3.2. Conceito de precedentes. 3.3. Pronunciamentos vinculantes no Código de Processo Civil. 3.4. Efeitos dos pronunciamentos vinculantes no Código de Processo Civil. 3.5. Constitucionalidade dos pronunciamentos vinculantes. 4. Incidente de resolução de demandas repetitivas. 4.1. Origens. 4.2. Cabimento, legitimidade, competência e procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

RESUMO

O Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) introduz nos artigos 976 a 987 o incidente de resolução de demandas repetitivas (“IRDR”), mecanismo que objetiva resguardar a isonomia e a segurança jurídica, e prestigiar a duração razoável do processo. Esses princípios devem ser reexaminados e ampliados à luz da Constituição. Assim, a isonomia passa a ter também a conotação de uniformidade de interpretação das normas pelo Poder Judiciário. Na segurança jurídica se identifica um viés de previsibilidade das consequências jurídicas das condutas. Na razoável duração do processo se vislumbra a efetividade da tutela jurisdicional. De outro lado, é preciso perceber que o IRDR está inserido dentro de uma nova sistemática própria e inédita no ordenamento pátrio, de valorização dos pronunciamentos judiciais. Portanto, para compreendê-lo é necessário analisar de que forma se dá a aproximação à cultura de precedentes e quais as peculiaridades do modelo brasileiro. Essa análise perpassa pela própria afirmação da constitucionalidade dos pronunciamentos vinculantes. Somente então é possível imergir no regramento do IRDR para, concatenando-o com o conhecimento adquirido na jornada, compreender como o instituto contribui para instrumentalizar os mencionados objetivos.

Palavras-chaves: Demandas repetitivas. Isonomia. Segurança jurídica. Precedentes. Razoável duração do processo.

¹ Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo (USP), Especializado em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPE/SP). Procurador da Fazenda Nacional.

ABSTRACT The Code of Civil Procedure (Law n. 13.105/15) introduces in articles 976 to 987 the “incidente de resolução de demandas repetitivas” (“IRDR” - Repetitive Demands Resolution Incident), a mechanism that aims to safeguard isonomy and legal certainty, and enforce the reasonable length of the process. Those principles should be re-examined and broadened in the light of the Constitution. Therefore, isonomy has also the meaning of uniformity of the Judiciary interpretation of law. On legal certainty can be identified a bias of predictability of the conduct’s legal consequences. The reasonable length of the process envisage the effectiveness of judicial remedy. On the other hand, it is necessary to realize that the IRDR is inserted within a new Brazilian’s systematic of judicial pronouncements valorization. Therefore, in order to understand it, it is necessary to analyze how the approximation to the culture of precedents works in Brazil and its peculiarities. This analysis runs through the very affirmation of the constitutionality of binding pronouncements. Only then is it possible to immerse in the regulation of the IRDR, in order to link it with the knowledge acquired in the journey, to understand how the institute contributes to instrumentalize the mentioned objectives.

Keywords: Repetitive demands. Isonomy. Legal certainty. Precedents. Reasonable length of the process.

1. INTRODUÇÃO

Uma das inovações do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15 – “CPC”) é a introdução do incidente de resolução de demandas repetitivas (“IRDR”), nos artigos 976 a 987. Esse procedimento, previsto desde o anteprojeto do código apresentado pela Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379/2009, e inicialmente inspirado de forma explícita no *Musterverfahren*, figura do direito alemão, traz para o âmbito dos tribunais locais (estaduais e regionais) o tratamento das demandas repetitivas.

O artigo 976 da Lei nº 13.105/15, que inaugura o capítulo referente ao IRDR, expressa a intenção do legislador em resguardar a isonomia e a segurança jurídica. Esse intuito, no entanto, não descuida da razoável duração do processo.

Dessa forma, cumpre indagar em que medida o IRDR se coaduna com a efetivação desses valores constitucionais intrínsecos ao Estado Democrático de Direito, considerando ainda peculiaridades brasileiras, como a existência de vinte e sete tribunais estaduais/distrital e cinco Tribunais Regionais Federais, além do recorrente problema de diversidade de interpretações da lei num mesmo momento histórico.²

Em outras palavras, o estudo do IRDR deve ser feito, como hoje se propugna em todo o ordenamento, à luz dos princípios constitucionais. Nesse caso,

² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 220: “O princípio da isonomia significa, grosso modo, que todos são iguais perante a lei, logo, a lei deve a todos tratar de maneira uniforme e assim também (sob pena de esvaziar-se o princípio) devem fazer os tribunais, respeitando o entendimento tipo por correto e decidindo de forma idêntica casos iguais, num mesmo momento histórico”.

especificamente, sob a ótica daqueles que o legislador explicitamente indicou como finalidade própria do instrumento.

Essa abordagem permite, inclusive, perquirir a própria constitucionalidade da utilização do IRDR como fonte de decisões capazes, ou não, de vincular o julgador em casos futuros de idênticas questões, em face da ausência de previsão constitucional nesse sentido.

2. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS E SUA EVOLUÇÃO

2.1. Princípio da isonomia no processo civil: da paridade de armas à uniformidade de interpretação das normas pelo Poder Judiciário

A isonomia é, antes mesmo de um princípio geral do direito, um ideal humanitário. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy ensina que:

Todas as perspectivas filosóficas pugnam essa liça, o homem é igual. Seja na doutrina da predestinação – de traços agostinianos – na tendência do livre-arbitrio – contornada por São Tomás na conceituação liberal-iluminista dos séc. XVIII e XIX e nas tendências mais hodiernas, que transitam da Escola de Frankfurt, para os nihilistas de cátedra, na deliciosa expressão de José Guilherme Merchior, a todos os matizes do marxismo. O esforço estrutural da criação humana persegue o ideal isonômico.³

Não por acaso, a isonomia é invocada desde o *caput* do artigo 5º da CRFB: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, (...)”.

Para os constitucionalistas, a isonomia guarda, primeiramente, um viés formal, atrelado aos ideários burgueses da Revolução Francesa, calcado na aplicação indiscriminada da lei, sem qualquer discernimento. Popularmente, se afirma que “a lei é igual para todos”⁴.

Por outro lado, a doutrina constitucional também reconhece um aspecto material da isonomia, que remete ao conceito aristotélico de igualdade, segundo o qual se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Nessa linha, a igualdade substancial autoriza discriminações legais, desde que justificadas. No processo civil, por exemplo, a vulnerabilidade dos consumidores fundamenta a inversão do ônus da prova em seu favor (ex. inciso VIII do art. 6º da lei

³ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A igualdade no processo. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 76, outubro/dezembro, 1994, p. 200, 2008.

⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 214.

nº 8.078/90), e o interesse público ampara prerrogativas em prol da Fazenda Pública (ex. art. 183 do CPC).

Aliás, os exemplos acima denotam que, no âmbito processual, a isonomia está tradicionalmente atrelada à igualdade entre as partes, através da “paridade de armas” que instrumentaliza o contraditório. Ou seja, às partes devem ser conferidas idênticas condições de, observando os procedimentos adequados e limites impostos pela legislação, influir no resultado final do processo⁵.

Essa ideia permanece fortemente vigente em nosso ordenamento, tanto é que o artigo 7º do CPC/2015 dispõe que: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

Em síntese, não se pretende (e nem se pode) negar que, na seara processual civil, a primeira acepção que se faz da isonomia é a do tratamento igualitário das partes, como corolário do contraditório.

Não obstante, o moderno direito processual civil, em consonância com a realidade mundana, de uma sociedade massificada – com o conseqüente surgimento de demandas “standardizadas” – clama por um alargamento do conceito de igualdade, para que se atente ao direito à uniformidade de interpretação das normas pelo Poder Judiciário.

Em linhas gerais, o direito a tratamento igualitário tem por conclusão lógica que processos que tratam de casos concretos idênticos conduzam a uma mesma solução aplicável.

Trata-se, portanto, de uma igualdade de partes não apenas dentro do mesmo processo, mas também entre processos que versem sobre a mesma questão. Completa-se, assim, a tríade da lição de Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco: igualdade perante a lei, igualdade perante o juiz, igualdade perante o judiciário!⁶

É curioso notar que a ideia de isonomia enquanto direito à uniformidade de interpretação das normas pelo Poder Judiciário não é, propriamente, uma novidade. Todavia, o tema muitas vezes passou despercebido ou apenas tangenciado

⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO. Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 55.

⁶ Semelhantes considerações sobre o assunto são feitas por Paula Pessoa Pereira: “Ainda que paire sobre os tribunais a ideia de que sua função consiste em resolver casos particulares, eles devem pensar na resolução do caso sob os auspícios da definição de uma justificação normativa que tenha a pretensão universalizável, ou seja, que possa ser aplicada em todos os sucessivos casos concretos semelhantes. Caso contrário, a resposta jurisdicional dada aos litigantes, ali situados em sua frente, será a de um governo de homens e não efetivamente de um governo de direito que tem como fim a realização da justiça na sua dimensão formal”. PEREIRA, Paula Pessoa. “Precedentes: a necessária reconstrução racional e imparcial do direito”. In: *Revista de processo comparado*. v. 1/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais. janeiro/junho, v. 1, 2015, p. 187-222.

pela doutrina, seja por se tratar de uma decorrência natural do sistema jurídico que se pretenda lógico, seja pela influência, em nosso ordenamento, de uma “concepção dualista do ordenamento jurídico (que rejeita a função criativa da sentença, que se limitaria a declarar direitos subjetivos preexistentes)”.⁷

A ideia de que a isonomia se traduz em igualdade de aplicação da lei para situações idênticas tem até mesmo caráter de obviedade, mas parece ter sido negligenciada, por sempre se considerá-la como inerente a um sistema capaz de assegurar que todos sejam iguais perante a lei, com observância das garantias do juiz natural e do devido processo legal.

A realidade prática, porém, tem demonstrado que, muitas das vezes, situações iguais não conduzem a um resultado idêntico, sobretudo em razão de divergências interpretativas dos julgadores quanto à aplicação das leis. Ocorre que, se a interpretação de uma norma pode variar conforme o julgador, há uma deficiência do sistema em garantir que a lei seja igual para todos e, conseqüentemente, todos deixam de ser “iguais perante a lei”.

Essa conclusão, naturalmente, comporta a premissa de que as decisões judiciais não são mera aplicação da lei em abstrato a um caso concreto que a ela se subsume. São, em verdade, produto da interpretação do julgador, que agrega ao texto legal valores que culminam em uma norma para aquela determinada situação jurídica⁸.

Sedimentado, então, que a uniformidade de interpretação das normas pelo Poder Judiciário é uma faceta do princípio da isonomia e, conseqüentemente, um direito dos jurisdicionados, a doutrina tem aludido à criação de um sistema brasileiro de pronunciamentos de observância obrigatória, como meio adequado para a concretização desse direito, de modo que as interpretações sejam balizadas por parâmetros que conduzam à desejada uniformidade.

⁷ CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 221, julho, 2013, p. 13-48.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015, p. 64. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 28.

2.2. Princípio da segurança jurídica no processo civil: da manutenção do status quo à previsibilidade das consequências jurídicas das condutas

Segurança remete, ao mesmo tempo, à ideia de proteção e à ideia de certeza, confiança. É tratada na doutrina constitucional como uma garantia individual, com contornos de proteção à estabilidade das relações jurídicas⁹, tradicionalmente associada ao disposto no inciso XXXVI do artigo 5º da CRFB, cujo teor é o seguinte: “XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Cuida-se, inicialmente, do fenômeno de sucessões de leis no tempo e do respeito que este deve às instituições ali elencadas.

Não obstante, o legislador constituinte escreveu menos do que queria dizer, pois a proteção à coisa julgada é maior do que a mera interdição à inovação legislativa, alcançando outros fatores, como a impossibilidade de reexame da matéria pelo próprio Poder Judiciário.

Na seara processual civil, os debates envolvendo a segurança jurídica sempre se debruçaram com maior atenção sobre o fenômeno da coisa julgada: sua qualificação, limites objetivos e subjetivos, e até mesmo as hipóteses em que pode haver sua mitigação.

Essa concepção não deixa de permanecer atual, como se extrai dos comentários de Teresa Arruda Alvim e outros acerca do art. 502 do novo Código de Processo Civil:

A coisa julgada é instituto cuja função é a de estender ou projetar os efeitos da sentença ou decisão interlocutória de mérito, indefinidamente para o futuro. Com isso, pretende-se zelar pela segurança extrínseca das relações jurídicas, de certo modo em complementação ao instituto da preclusão

[...]

A coisa julgada projeta os efeitos da sentença ou da decisão interlocutória de mérito para o futuro, de maneira estável – esta é sua função positiva – e impede o próprio Judiciário de se manifestar acerca daquilo que já foi decidido – esta é a função negativa da coisa julgada.¹⁰

⁹ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 433.

¹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 819.

Assim, uma vez mais não se nega a importância que a aceção tradicional da segurança jurídica e sua correlação com o fenômeno da coisa julgada tem para o Direito, em especial para o processual civil.

No entanto, a abordagem da segurança jurídica carece de ampliação, para alcançar também o conceito de previsibilidade das consequências jurídicas das condutas. Nesse viés, a segurança jurídica deva estar presente não apenas para reger a relação versada em determinado processo, mas também entre processos que ventilem a mesma questão.

Marinoni recorda que “O cidadão, para poder se desenvolver, tem que conhecer as consequências jurídicas das suas ações e dos comportamentos daqueles com quem convive. Essa previsibilidade pressupõe univocidade de qualificação das situações jurídicas”¹¹.

Claro está, enfim, que a segurança jurídica, além de garantir a respeitabilidade das decisões judiciais transitadas em julgado, tem o condão de fornecer ao jurisdicionado previsibilidade sobre as consequências, inclusive judiciais, de suas condutas futuras, o que só pode ser alcançado se, diante de situações iguais, as decisões forem no mesmo sentido¹².

Chega-se, portanto, a um denominador comum ao tópico anterior, qual seja, a necessidade de construir mecanismos que assegurem a conferência de idêntico tratamento pelo judiciário a determinada situação, possibilitando ao jurisdicionado planejar suas condutas para determinado fim, com certeza e confiança nas relações de causas e consequências.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2014, p. 169.

¹² No ponto, é emblemática a seguinte ementa de acórdão proferido por unanimidade pelo STJ: “PRO-CCESSUAL – STJ – JURISPRUDÊNCIA – NECESSIDADE DE QUE SEJA OBSERVADA. O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental nos embargos de divergência no recurso especial nº 228.432/RS, Corte Especial, julgado em 01 fev. 2002, publicado no DJU de 18 mar. 2002, p. 163.

2.3. Razoável duração do processo: devido processo legal e a efetividade da tutela jurisdicional

A relação entre o tempo e o processo é objeto de investigação doutrinária de longa data. É cediço que a duração de todo o processo causa um “dano marginal”, expressão atribuída por Piero Calamandrei a Enrico Finzi, e que está vinculada aos prejuízos decorrentes da demora na prestação jurisdicional.

Acerca do tema, Paulo Lucon reconhece que “A presteza da atividade jurisdicional constitui aspecto fundamental para o acesso à justiça, pois a demora exagerada na solução dos litígios atinge muito mais aqueles que não têm recursos para suportar a espera”¹³.

Por sua vez, Barbosa Moreira destaca, acompanhado por Didier Jr., que o processo não tem de ser rápido, e, sim, deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional¹⁴.

De fato, o sistema processual ideal é aquele que dispõe do tempo estritamente necessário para conhecer do litígio, desenvolver-se oportunizando às partes efetiva participação e, por fim, conferir a prestação adequada à solução do conflito, não se admitindo, retardamento exagerado. Historicamente, inclusive, a demora na solução dos conflitos foi antes um reflexo das conquistas das garantias dos jurisdicionados, do que um entrave à efetivação dos seus direitos.

Infelizmente, porém, a realidade processual é bastante dissociada da idealizada, o que levou à seguinte previsão da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica):

¹³ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Repercussão geral (ausência). Prequestionamento (ausência). Ofensa indireta à constituição federal. Má-fé e ignorância. Danos decorrentes da demora do processo. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 157, março, 2008, p. 345-368.

¹⁴ “Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quicá o único. Seria fácil invocar aqui um rol de citações de autores famosos, apostados em estigmatizar a morosidade processual. Não deixam de ter razão, sem que isso implique – nem mesmo, quero crer, no pensamento desses próprios autores – hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. In: *Revista de Processo*, v. 102, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 2001, p. 232. DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: JusPodivm. 2009, p. 69.

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Apesar desse diploma ser integrado ao nosso ordenamento desde 1992, através do Decreto nº 678, entendeu-se necessário explicitar o direito à razoável duração do processo na Constituição, através da Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu o inciso LXXVIII no artigo 5º.

Essa inserção teve o efeito salutar de chamar maior atenção ao tema, que na década seguinte recebeu constante dedicação doutrinária e dos legisladores, através de sucessivas normas que, reformando o CPC de 1973, objetivaram otimizar os procedimentos, a exemplo das Leis nº 11.187/05 (nova disciplina do recurso de agravo) nº 11.232/05 (criou o cumprimento de sentença), nº 11.276/06 (criou a chamada súmula impeditiva de recurso), nº 11.277/06 (criou o julgamento liminar de improcedência, introduzindo o art. 285-A no CPC/73), as já mencionadas Leis nº 11.418/06 e nº 11.672/08, entre outras.

A duração do processo é um problema que no Brasil é agravado pela dimensão continental do país e pela existência de vinte e seis estados, além do Distrito Federal, cada um com seu próprio Tribunal de Justiça, que se somam a outros cinco Tribunais Regionais Federais, para mencionar apenas a denominada “justiça comum”. Essa profusão de cortes acarreta grandes discrepâncias no que se refere à tramitação dos processos nas diversas localidades.

Acerca da Justiça Estadual, por exemplo, o relatório “Justiça em Números 2014”¹⁵ alerta que, apesar dos esforços, a quantidade de processos novos é maior que a quantidade de processos finalizados a cada ano, aumentando a “taxa de congestionamento” e o tempo médio que um processo leva para ser julgado.

As consequências desse retardamento são nefastas.

No âmbito endoprocessual, a morosidade tem como efeitos o alargamento do já mencionado dano marginal, quando não da própria inefetividade da tutela jurisdicional, ocasionando o surgimento e a aplicação de “teorias”, como a do “fato consumado”¹⁶.

¹⁵ BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. *Justiça em números 2014: ano-base 2013*. Brasília : CNJ, 2014, p. 78.

¹⁶ A título ilustrativo, eis o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça em maio de 2012: “ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. TRANSFERÊNCIA DE CAMPUS. ENTIDADES CONGÊNERES. LIMINAR DEFERIDA. CONCLUSÃO DO CURSO. SITUAÇÃO

A lentidão tem ainda o efeito colateral de influenciar negativamente o comportamento das partes, que se sentem estimuladas à procrastinação processual, convertendo o processo em instrumento para o rolamento de dívidas ou até mera importância da parte adversa.

Na esfera extraprocessual, a morosidade tem como principal efeito o descrédito no Judiciário, mas pode até mesmo constituir óbice ao acesso à justiça, pois às violações de direito material se somam o tempo pelo qual as demandas se arrastam, desestimulando a busca pela prestação jurisdicional.

Como visto, em combate no que tange à morosidade, nesses mais de dez anos de explicitação constitucional da razoável duração do processo, o legislador foi profícuo na elaboração de normas que adaptam o procedimento para lhe tornar mais célere.

Nesse diapasão, o CPC de 2015 consolida esses mecanismos, e inova com outros, sobretudo no que diz respeito à técnica denominada por Barbosa Moreira de “julgamento por amostragem”¹⁷, ou, como preferiu a Comissão de Juristas responsável pela apresentação do Anteprojeto do Novo Código ao Senado, “julgamento conjunto de demandas repetitivas”.¹⁸

Se verifica, então, não apenas o aprimoramento do recurso extraordinário com repercussão geral e do recurso especial repetitivo, além da criação do IRDR, mas também uma sistematização voltada para a vinculatividade de determinados pronunciamentos que objetivam uniformizar o entendimento do Poder Judiciário sobre determinada matéria.

Essas medidas conduzem o modelo processual civil brasileiro para uma sistemática bastante particular, que será tratada a seguir.

FÁTICA CONSOLIDADA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. 1. Constam nos autos o Histórico Escolar expedido pela Pró-Reitoria de Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, bem como o Diploma expedido pela referida instituição de ensino que comprovam ter o recorrido concluído o curso de Direito. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem firmado-se no sentido de que, em hipótese como a dos autos, em que o estudante obteve a transferência do curso de um campus para outro, por intermédio do mandado de segurança e, inclusive, já houve conclusão do curso, deve-se aplicar a teoria do fato consumado. Precedentes: AgRg no REsp 1133200/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2010, Dje 20/09/2010; EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 773014/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/05/2010, Dje 30/06/2010; REsp 1096431/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/08/2009, Dje 03/09/2009. 3. Agravo regimental não provido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no recurso especial nº 1.127.848/RN. Segunda Turma, julgado em 15 maio 2012, publicado no Dje de 23 maio 2012.

¹⁷ TALAMINI, Eduardo. “Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no código de processo civil de 2015”. In: *Doutrinas essenciais de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, agosto, 2015, p. 1983-2006.

¹⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de processo civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal. Presidência, 2010, p. 14.

3. MODELO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO: APROXIMAÇÃO A UM SISTEMA DE PRECEDENTES (?)

3.1. Considerações gerais

Nos ensinamentos propedêuticos do Direito é comum a classificação dos sistemas judiciais ocidentais como oriundos da *civil law* (também denominada tradição romano-germânica) ou da *common law* (conhecida também como tradição anglo-saxônica).¹⁹

No entanto, se no passado era possível identificar claramente a que família os ordenamentos se filiavam, atualmente a intensificação da interação global tem mitigado essa distinção, por meio da adoção, por ordenamentos tradicionalmente alinhados a um sistema, de elementos típicos do outro, e vice-versa.

Essa influência mútua é observável pelo incremento da legislação textualizada em alguns países de tradição anglo-saxã, bem como pela ampliação da atividade criativa do magistrado em países de tradição romano-germânica²⁰.

No que diz respeito ao Brasil, a doutrina majoritariamente o alinha à tradição romano-germânica, amparada na forte influência jurídica da colonização portuguesa. Porém, Didier Jr., entre outros, questiona essa afirmação, argumentando em favor de um hibridismo, baseando-se até na miscigenação cultural, e destacando, exemplificativamente: o sistema de controle de constitucionalidade misto, congregando o difuso (com marcas estadunidenses) e o concentrado (de influência austríaca); a codificação individualista em moldes franceses, ao lado de microsistemas coletivos com contornos ingleses, etc²¹.

Independentemente da classificação, conclui-se que o ordenamento brasileiro como um todo (e o direito processual não foge à regra) é marcado pela influência da adaptação de institutos oriundos de países, indistintamente integrantes da tradição romano-germânica e anglo-saxã, embora seja originalmente mais apegado à primeira que à segunda.

Esse contexto propicia uma catalisação do fenômeno de convergência das tradicionais famílias da *common law* e da *civil law*, além da agregação aos institutos importados de características próprias da cultura jurídica local, conferindo-lhes aspectos únicos.

¹⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo : Saraiva. 2001, p. 131.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 64.

²¹ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: JusPodivm. 2009, p. 41.

Nessa linha, é curioso observar como a valorização da jurisprudência e das decisões judiciais no nosso ordenamento é feita através da própria legislação, fonte primária do direito no modelo romano-germânico.

Assim, por exemplo, a Emenda Constitucional nº 45/2004 introduziu a súmula vinculante e a repercussão geral no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Foi sucedida por diversas reformas, no Código de Processo Civil de 1973, que passaram a aproximar nosso sistema de um modelo calcado em pronunciamentos vinculantes e precedentes: súmula impeditiva de recurso, julgamento liminar de improcedência, recurso especial repetitivo, etc.

Em verdade, a par da divergência doutrinária acerca da filiação do ordenamento brasileiro a uma ou outra família de tradição, há uma peculiaridade no desenvolvimento jurídico pátrio: a sistemática de pronunciamentos vinculantes é feita muito mais através da produção de leis que impõem a vinculação a determinadas decisões judiciais (próprias ou de tribunais superiores), do que por um movimento cultural espontâneo de respeito a elas²².

Em síntese, a “aproximação aos precedentes” no Brasil, afirmada por parcela da doutrina, possui uma grande particularidade: seu viés é exógeno, uma vez que vai se incutindo no Judiciário pelo movimento encabeçado pela doutrina e reforçado pela legislação, em vez de brotar voluntariamente no comportamento dos operadores do direito.

Lênio Streck e Georges Abboud denominam esse processo de artificializado, e afirmam que há risco de que se passe a cogitar de provimentos vinculantes que funcionem como soluções prontas para casos futuros, através de atos mecânicos que prescindam de atividade interpretativa, o que seria absolutamente equivocado²³.

Os mencionados professores receiam que a ausência de uma cultura genuína de precedentes, substituída pela positivação de “provimentos vinculantes” possa conduzir a uma aplicação deturpada e irrefletidas de decisões judiciais a casos futuros.

Feito esse importante alerta, verifica-se que ao longo da última década, quiçá do último vintênio, o fenômeno de valorização das decisões judiciais vem amadurecendo no Brasil, culminando com a edição de um novo código de processo civil, dotado de sofisticados mecanismos de produção, manutenção e respeito a pronunciamentos vinculantes que se espera que sejam, enfim, a pedra de toque do Judiciário.

²² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. In: *Revista de Processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, junho, 2009, v. 172, p. 128.

²³ STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?*. In: DIDIER Jr., Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 175-76.

3.2. Conceito de precedentes

Antes de avançar no tratamento conferido pelo CPC a determinados pronunciamentos, cumpre traçar um panorama do que a doutrina tem compreendido como precedente.

Para Michelle Taruffo há, antes de mais nada, nítida distinção entre precedente e jurisprudência. Enquanto o termo precedente se refere a uma única decisão, que tem o condão de fornecer uma regra universalizável, extraída de sua *ratio decidendi* e vinculada aos fatos que resultaram na sua criação, o termo jurisprudência diz respeito a uma pluralidade, conjunto de decisões sobre um determinado tema, sem que necessariamente sejam concatenadas com os fatos que foram objeto das decisões, e sem que sejam necessariamente no mesmo sentido. Dadas essas características se pode aduzir à ideia jurisprudência conforme, prevalente, incerta ou até mesmo a situações de caos jurisprudencial, quando pulverizados os entendimentos²⁴.

Feita essa importante distinção, Didier Jr., Paula Braga e Rafael Oliveira são sucintos em seu conceito de precedente, ao afirmar que “é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”²⁵.

Os autores complementam sua ideia aludindo a Rogério Cruz e Tucci, segundo o qual “todo precedente é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”²⁶.

Segundo esse conceito, toda decisão judicial é um precedente em potencial, se puder ser utilizada como parâmetro para casos futuros. Por outro lado, o conceito de precedente não incorpora, a priori, a sua vinculatividade. Essa deflui, em regra, das características do sistema judicial em que o precedente está inserido.

Nesse diapasão, nos países histórico e culturalmente ligados à *common law* e ao *stare decisis*, a formação de um precedente se dá por um processo que Georges

²⁴ TARUFFO, Michelle. Precedente e jurisprudência. In: *Revista de processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 199, Setembro/2011.

²⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v. 2 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 385.

²⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 12 *apud* DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, v. 2, p. 385.

Abboud denomina de genuíno, ou seja, a própria condição de precedente dependeria do seguimento daquela *ratio decidendi* em casos análogos-similares.²⁷

No Brasil, porém, o novo CPC indica determinadas decisões e entendimentos que são classificados como vinculantes aprioristicamente, o que leva uma parcela da doutrina a inclusive distingui-las terminologicamente, denominando-as provimentos vinculantes.²⁸

Essa distinção, porém, ainda não parece ter sido encampada pela doutrina majoritária, que, por vezes, utiliza o termo precedente para qualificar não apenas decisões judiciais, mas também enunciados de súmulas a serem observados pelos julgadores em casos futuros, por força de estipulação legal²⁹.

Particularmente, entende-se inadequado denominar todos os atos elencados no art. 927 de precedentes, preferindo-se a expressão “pronunciamentos vinculantes”.

3.3. Pronunciamentos vinculantes no Novo Código de Processo Civil

Na linha do exposto, acerca da maneira ímpar como nosso ordenamento positiva o respeito a determinados pronunciamentos judiciais, o CPC prescreve no artigo 927:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II – os enunciados de súmula vinculante;

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

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

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

²⁷ ABOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER Jr., Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 404.

²⁸ STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?. In: DIDIER Jr., Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 176.

²⁹ ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER Jr., Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

Eis, portanto, as espécies de entendimentos que a Lei nº 13.105/15 decidiu dotar de vinculatividade, pois o termo “observarão” presente no *caput*, deve ser interpretado como um dever dos julgadores, e não uma discricionariedade.

Aliás, sobre a questão da obrigatoriedade, Teresa Arruda Alvim e outros, em comentários preliminares ao novel diploma, fazem o seguinte escalonamento:

Há a obrigatoriedade que podemos chamar de forte – se não respeitada cabe, para correção da decisão que a desrespeitou, um remédio especificamente concebido com essa finalidade [...]

Pode-se conceber, também, a obrigatoriedade média – ocorre quando desrespeitado o precedente, pode a parte lançar mão de uma medida qualquer prevista no sistema, com o objetivo de adequar a decisão àquela desrespeitada [...]

Por fim, há a obrigatoriedade fraca – esta é meramente cultural. Não há sanções no sistema, pelo fato de ser desrespeitada, nem meios processuais existem para que se possa corrigir a decisão.³⁰

Essa gradação explícita, mais uma vez, as particularidades brasileiras no que diz respeito à cultura de “precedentes”: onde o respeito às decisões pretéritas decorre espontaneamente dos valores histórico-culturais, não há necessidade de sanções predeterminadas para a sua inobservância; no Brasil, ao contrário, como a vinculação decorre de imposição legal, é necessário prever consequências para o seu descumprimento, inclusive com “níveis” de resposta: remédio específico, medidas genéricas, ausência de instrumentos, sendo essa última hipótese classificada como “fraca” pela doutrina.

Feita essa consideração, tem-se que para os mesmos autores acima referidos as hipóteses dos incisos I, II, e de julgamentos de casos repetitivos (por recurso extraordinário, especial ou incidente de resolução) são situações de obrigatoriedade forte, pois seu descumprimento pode ser corrigido através de reclamação (art. 988 do CPC). Os demais casos previstos nos incisos III e IV são de obrigatoriedade média, e a hipótese do inciso V é de obrigatoriedade fraca³¹, por ausência de meios processuais para rever o seu descumprimento.

³⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *et al. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1315.

³¹ *Ibidem*, p. 1317-1318.

Eduardo Cambi e Mateus Fogaça, por sua vez, entendem que os incisos do artigo 927 do CPC/2015 estão hierarquicamente elencados, de modo que a observância do inciso I se sobrepõe a do inciso II, e assim por diante³².

Com a devida vênia, a ideia de prevalência de um pronunciamento sobre o outro só pode ter lugar nos casos em que os provimentos se contradizem, o que, por si só, já é absolutamente indesejável (exemplo: uma decisão em recurso repetitivo contradiz enunciado da súmula de jurisprudência). Portanto, o conjunto de pronunciamentos, quando houver mais de um sobre a mesma questão, deve ser coerente (essa é a orientação do artigo 926 do CPC).

De outro lado, havendo o malquisto conflito, a aplicação de um pronunciamento em detrimento do outro certamente caberá muito mais ao contexto em que estão inseridos do que a ordem em que o artigo 927 do novo CPC os elencou.

Assim, por exemplo, os julgamentos em sede de controle concentrado de constitucionalidade, assim como os enunciados de súmula vinculante se sobrepõem aos demais não por estarem encartados no inciso I, mas em decorrência do *status* e efeitos que a própria constituição lhes atribui. Já um enunciado da súmula dos tribunais superiores poderá ceder espaço a um julgamento em IRDR conforme esse seja capaz de superar o entendimento sumulado pelo contexto fático jurídico apresentado por ocasião da nova decisão.

3.4. Efeitos dos pronunciamentos vinculantes no Código de Processo Civil

Além do dever geral de observância e da possibilidade, nos casos já mencionados, da utilização da reclamação, a Lei nº 13.105/15 previu de maneira esparsa diversos outros efeitos dos provimentos elencados no artigo 927.

Esses efeitos, na maior parte das vezes, são alterações procedimentais, que permitem aos julgadores eliminar etapas, acelerando a resolução do processo. Em outros casos, os provimentos servem de reforço para o juízo de probabilidade.

Assim, por exemplo, o inciso II do artigo 311 do CPC/2015 prevê a possibilidade de se conceder tutela de evidência, ou seja, independentemente do *periculum in mora*, nos casos em que as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Por outro lado, o artigo 332 autoriza o julgamento liminar de improcedência se o juiz verificar que o pedido contraria enunciado de súmula do STF ou do STJ, acórdão proferido em julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em incidente de assunção de competência, ou enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

³² CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatório no novo código de processo civil. In: DIDIER Jr., Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 348.

Tratando de remessa necessária, o artigo 496 do CPC/2015, a dispensa nos casos em que a sentença estiver fundada em súmula de tribunal superior, acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou incidente de assunção de competência.

O artigo 521, inserido no capítulo que rege o cumprimento provisório da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, dispensa a apresentação de caução para a prática de determinados atos que importam até mesmo transferência patrimonial, se a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do STF ou do STJ ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos. Contudo, pode ser mantida a exigência de caução se da dispensa puder resultar manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação.

Já o artigo 932, em seus incisos IV e V, autoriza o relator a julgar monocraticamente o recurso, conforme a decisão recorrida esteja amparada ou contrarie enunciados de súmula do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal, acórdãos proferidos pelo STF ou STJ em casos repetitivos ou entendimentos firmados em IRDR ou incidente de assunção de competência.

Baseado, ainda, em súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal, ou em tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência, o relator pode julgar de plano conflitos de competência (artigo 955).

O §3º do artigo 1.035 do CPC, por sua vez, dispõe que haverá repercussão geral, para efeitos de recurso extraordinário, sempre que o acórdão impugnado contrarie súmula do Supremo Tribunal Federal ou tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos.

Por fim, o parágrafo único do artigo 1.022 considera, para fins de embargos de declaração, omissa a decisão que deixa de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento³³.

Portanto, são inúmeros os efeitos dos pronunciamentos arrolados no art. 927 do CPC. Além disso, em comparação com o Código de 1973, verifica-se um ganho em termos de segurança jurídica, ao se prever expressamente quais institutos autorizam as alterações procedimentais, em vez de se utilizar de conceitos indeterminados como jurisprudência dominante (vide, por exemplo, o parágrafo único do artigo 120, parágrafo terceiro do artigo 543-A, parágrafo segundo do artigo 543-C,

³³ Por outro lado, interessante observar que conforme o enunciado nº 172 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “A decisão que aplica precedentes, com a ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória”. DIDIER Jr. Fredie (coord.); DOTTE, Rogéria (coord.); TALAMINI, Eduardo (coord.). Enunciados do fórum permanente de processualistas civis: Curitiba, 23, 24 e 25 de outubro de 2015. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/12/Carta-de-Curitiba.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2015.

alíneas 'b' e 'c' do inciso II do parágrafo quarto do artigo 544, e artigo 557, todos da Lei nº 5.869/73).

Por outro lado, vale alertar que nem sempre todos os acórdãos, enunciados e entendimentos previstos no artigo 927 do Novo Código de Processo Civil autorizarão os efeitos descritos acima. Na verdade, em cada caso, o legislador elegeu quais espécies de pronunciamentos acarretam determinada consequência.

No ponto, cumpre ressaltar que a decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado, por ter o condão de retirar do ordenamento a norma inconstitucional, ou de transformar em absoluta a presunção de constitucionalidade da norma assim declarada, não é mencionada em nenhum dos dispositivos acima referidos. A princípio, isso não impede, a concessão de tutela da evidência, o julgamento liminar de improcedência ou o julgamento monocrático de recurso pelo relator amparado nesse controle, por força constitucional (parágrafo segundo do art. 102 da CRFB).

3.5. Constitucionalidade dos pronunciamentos vinculantes

Ainda durante a tramitação do projeto do Código de Processo Civil no Congresso Nacional, iniciou-se debate doutrinário acerca da possibilidade de lei ordinária estabelecer a obrigatoriedade de órgãos jurisdicionais seguirem determinados provimentos.

No que diz respeito aos argumentos pela inconstitucionalidade, as principais alegações podem ser sintetizadas na abordagem feita ao IRDR por Georges Abboud e Marcos Cavalcanti:

- (a) violação à independência funcional dos magistrados e à separação funcional dos Poderes: a vinculação da tese jurídica aos juízes de hierarquia inferior ao órgão prolator da decisão não está prevista na Constituição da República;
- (b) violação ao contraditório: ausência do controle judicial da adequação da representatividade como pressuposto fundamental para a eficácia vinculante da decisão de mérito desfavorável aos processos dos litigantes ausentes do incidente processual coletivo;
- (c) violação ao direito de ação: ausência de previsão do direito de o litigante requerer sua autoexclusão (*opt-out*) do julgamento coletivo;
- (d) violação ao sistema de competências da Constituição: a tese jurídica fixada no IRDR pelo TJ ou TRF será aplicada aos processos que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região.³⁴

³⁴ ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de

Quanto ao último argumento, específico para o IRDR, apoiam-se os autores na ideia de que “o STF decidiu, diversas vezes, que os juizados especiais não estão sujeitos à jurisdição dos Tribunais de Justiça dos Estados e dos Tribunais Regionais Federais”³⁵.

Com a devida vênia, porém, não parece haver dispositivo constitucional que desvinculem os juizados dos respectivos tribunais, como se constituíssem “justiça à parte”.

O inciso I do artigo 98 da CRFB faz menção à criação de juizados especiais, com “julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”, o que não afasta, de modo algum, a possibilidade de aplicação de pronunciamentos vinculantes, mesmo porque a natureza do IRDR, como o próprio nome denota, é de incidente, e não recursal.

Por fim, mesmo que se pudesse, por esforço, concordar com esse argumento – que contraria o próprio sistema, pois distingue demandas que versam sobre a mesma questão, em flagrante violação à isonomia – eventual inconstitucionalidade não macularia a sistemática de pronunciamentos vinculantes como um todo, mas tão somente excluiria os juizados³⁶.

Também não se sustenta a alegação de violação ao direito de ação, pela ausência de um mecanismo de *opt-out* ou autoexclusão. O ponto nodal aqui é que o sistema de pronunciamentos vinculantes não pode ser pensado sob a ótica das ações coletivas.

Trata-se, na verdade, de um mecanismo de conformação e uniformização de teses jurídicas, que são decididas e aplicadas a todos os casos que tratem de idêntica questão. Por isso, não se pode falar na dualidade entre ação individual e coletiva, não havendo como o particular “beneficiar-se” do julgamento coletivo ou “tentar a sorte” em sua demanda individual. Ao contrário, o CPC pretende justamente acabar com a “loteria jurídica”, de modo que o direito de ação está preservado, pois é dado ao particular ingressar ou não com a ação. Fazendo-o, terá maior confiabilidade (segurança jurídica) no provável resultado da demanda, o que está totalmente em sinergia com a Constituição.

resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, fevereiro, v. 240, 2015, p. 221-242.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ A respeito desse assunto, Teresa Arruda Alvim e outros destacam que: “Sabe-se que a mesma questão jurídica muito comumente pode ter que ser decidida pelos juizados e pela justiça comum. Não faria sentido obstar o uso deste instituto nos juizados especiais, esperando chegar a mesma *quaestio iuris*, à justiça comum, em causas cujo valor é mais alto (superior a 60 salários mínimos). O tribunal competente será, respectivamente, o TJ ou o TRF da região, em que estiver sediado o juízo”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *et al. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.315.

Por razões semelhantes, não prevalece o argumento de ausência de mecanismos para aferir a representatividade adequada no IRDR. Embora seja inspirado no Musterverfahren, ou procedimento-modelo alemão, o incidente brasileiro não elege exatamente uma causa-piloto, dotada de um autor principal, e, sim, importa em deslocamento de competência, para que o tribunal dirima a questão repetitiva controvertida, com ampla participação de todos os interessados, através da maximização da publicidade e do contraditório.

Nessa linha, o Fórum Permanente de Processualistas Civis (“FPPC”) editou o enunciado nº 460, que prevê que “O microsistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação de *amicus curiae*”³⁷.

Além disso, o contraditório permanecerá em cada demanda individual, pois caberá ao juiz decidir de maneira fundamentada acerca da incidência e aplicação do pronunciamento vinculante, devendo, ainda, oportunizar às partes que se manifestem acerca do assunto³⁸.

Por fim, a ideia de que a criação de pronunciamentos vinculantes é inconstitucional por violar a independência funcional dos magistrados vem desde os debates sobre a Emenda Constitucional nº 45/04, há mais de dez anos, que introduziu a súmula vinculante do STF.

Como, na ocasião, prevaleceu a constitucionalidade da súmula vinculante, passou-se a defender, em face dos demais pronunciamentos elencados no artigo 927 do NCP, que a vinculação demanda previsão constitucional³⁹.

A questão passa, com o devido consentimento, pela adequada compreensão de independência funcional e livre conhecimento motivado. Na concepção de Teresa Arruda Alvim e outros:

Muito se tem escrito, nos últimos tempos, sobre a dimensão da liberdade, que tem o juiz, para decidir de acordo com sua própria convicção sobre os fatos e sobre o sentido da lei. Tem-se sublinhado, todavia, residir esta liberdade muito mais na convicção sobre os fatos, do que na sua compreensão (pessoal) acerca do sentido da regra jurídica. Se assim não fosse, ficaria, inevitavelmente, comprometida a forma sistemática do direito. A liberdade que tem o juiz é, de rigor, do Judiciário: e não de cada juiz individualmente considerado. O Judiciário é que deve decidir independentemente do Legis-

³⁷ DIDIER Jr. Fredie (coord.); DOTTE, Rogéria (coord.); TALAMINI, Eduardo (coord.). *Enunciados do fórum permanente de processualistas civis: Curitiba, 23, 24 e 25 de outubro de 2015*. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/12/Carta-de-Curitiba.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2015.

³⁸ BUENO. Cássio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 572.

³⁹ *Ibidem*, p. 568.

lativo, do Executivo e de outras pressões externas: mas não cada juiz a seu gosto pessoal, ao seu próprio estilo, segundo sua própria opinião, ainda que racionalmente justificável. Tornar vinculante certa interpretação da lei não é inconstitucional.⁴⁰

Em síntese, na medida em que determinada interpretação se torna vinculante, o que se fortalece é a segurança jurídica e a isonomia de sua aplicação, de modo que a vinculação está, na verdade, de acordo com o que preceitua a CRFB.

Ademais, o estabelecimento de uma tese a ser empregada não impedirá que o magistrado faça o aprofundado exercício de investigar a hipótese que lhe é colocada, analisar as provas e, ainda, interpretar se o caso se coaduna com aquela controvérsia de direito que foi abordada e decidida por um dos provimentos elencados no artigo 927 do CPC/2015, contando com intensa participação das partes em contraditório.

Tratadas, enfim, as questões gerais que norteiam os precedentes no novo código de processo civil, passa-se a cuidar especificamente do incidente de resolução de demandas repetitivas e de sua disciplina.

4. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

4.1. Origens

O incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto nos artigos 976 e seguintes da Lei nº 13.105/15 é explicitamente inspirado no instituto do direito alemão denominado *Musterverfahren*, ou procedimento-modelo, como admitiu a própria Comissão de Juristas instituída pelo Senado Federal para elaboração do anteprojeto do novo CPC⁴¹.

Antônio do Passo Cabral, em artigo especializado, aponta que o procedimento-modelo alemão é uma alternativa às ações coletivas, em especial às que versam sobre direitos individuais homogêneos, contornando alguns dos obstáculos nelas apresentados, a exemplo da legitimidade extraordinária, da vinculação de terceiros ao resultado da demanda e à repartição equitativa dos ônus da sucumbência⁴².

⁴⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 1. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.410.

⁴¹ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de processo civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal. Presidência, 2010, p. 21.

⁴² CABRAL, Antônio do Passo. “O novo procedimento-modelo (*musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas”. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 147, maio, 2007, p. 123-146.

Embora o modelo de ações coletivas no Brasil tenha sido muito bem engendrado e se reconheça seu significativo valor para a tutela de direitos difusos e coletivos em sentido estrito, são pertinentes as críticas doutrinárias no que se refere, sobretudo, à tutela de direitos individuais homogêneos⁴³.

Como se sabe, essa modalidade é constituída por direitos coletivizados pelo ordenamento, ou seja, direitos individuais dotados de determinadas características que, aos olhos do legislador, podem ser melhor amparados por tutela coletiva.

Essa concepção tem grande valia quando, por exemplo, o dano individual é insuficiente em termos de custo-benefício para justificar que cada prejudicado ingressasse com uma ação, mas o conjunto de danos individuais é significativo (exemplo: companhia telefônica que cobra alguns centavos a mais em cada conta). Também se justifica quando os danos individuais recaem sobre um grupo hipossuficiente impossibilitado de se organizar para cobrar a reparação.

Porém, há outros casos em que se verificam os obstáculos mencionados na doutrina: dispersão, falta de publicidade, divergências dentro dos grupos de prejudicados, etc.

Além disso, a ação coletiva que versa sobre direitos individuais homogêneos, embora contemple interesses de origem comum (de acordo com a dicção do artigo 81 da Lei nº 8.078/90), geralmente é dirigida contra um mesmo legitimado passivo, causador da pretensão exercida naquela demanda. Esse modelo impede que o resultado daquela ação seja importado para outra demanda sobre idêntica questão de direito, mas cujo legitimado passivo seja outro.

O IRDR, de outro lado, propõe o julgamento da questão jurídica controvertida, com suspensão das demais ações que a discutam, independentemente de quem figura no polo ativo ou passivo. Assim, uma vez acolhida determinada tese jurídica, essa será aplicável a todos os casos idênticos, indistintamente.

Sob esse prisma, o IRDR coloca-se ao lado das demandas coletivas, como forma de suprir as lacunas por estas deixadas no tratamento de demandas dotadas de homogeneidade, cujos percalços da tutela puramente individual o legislador já reconhecia desde a década de 1980.

Feitas essas considerações, passa-se a examinar o desenho que foi atribuído ao incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil.

⁴³ DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ (arts. 543-B e 543-C do CPC)*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2014, p. 72. CABRAL, Antônio do Passo. “O novo procedimento-modelo (musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas”. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio, v. 147, 2007. BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas causas repetitivas*. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/antonio_adonias_aguiar_bastos.pdf. Acessado em: 12 set. 2014.

4.2. Cabimento, legitimidade, competência e procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas

O regramento do incidente de resolução de demandas repetitivas se inicia no artigo 976 da Lei nº 13.105/15, e como o próprio nome do instituto denota, sua natureza é de incidente processual, cujos requisitos para instauração são a multiplicidade de processos sobre uma mesma questão jurídica e o risco de que esta venha a ser decidida em diferentes sentidos.

Para Teresa Arruda Alvim e outros, apesar da expressão “efetiva repetição” empregada no inciso I, a multiplicidade deve ser interpretada da forma mais ampla possível, sob pena de se exigir “um caos instaurado na 1ª instância” para deflagrar o incidente, o que frustraria por completo seus objetivos”⁴⁴. Nesse mesmo sentido, foi editado o Enunciado nº 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis⁴⁵.

Ainda assim, caso não seja admitido o incidente por faltar-lhe um requisito, o parágrafo 3º do art. 976 é expresso em afirmar a possibilidade de nova suscitação.

Antes disso, o parágrafo 1º do mesmo artigo dispõe a continuidade do exame de mérito do incidente ainda que haja abandono ou desistência do processo que o originou. Trata-se de regra igual à do parágrafo único do art. 988 que, segundo Cassio Scarpinella Bueno, busca “conciliar o interesse privado das partes (que desiste ou abandona a causa) e o interesse público residente na fixação de determinada tese jurídica”⁴⁶.

Por fim, o parágrafo 4º impede a instalação do incidente caso o tema já esteja afetado, em sede de recursos repetitivos, por um dos tribunais superiores.

Essa regra é coerente com o sistema de pronunciamentos vinculantes criado pelo CPC/2015, pois seria ilógico que um tema, em vias de ser decidido pelos tribunais superiores – o que já suscita a suspensão dos processos que versem sobre a mesma questão (inciso II do art. 1.037) – pudesse ser examinado pelos tribunais locais, possibilitando soluções divergentes.

Em seguida, o artigo 977 da Lei nº 13.105/15 dispõe que o pedido de instauração do IRDR é dirigido ao presidente do tribunal, podendo ser formulado por ofício, se por juiz ou relator, ou por petição, se pelas partes, Defensoria Pública ou

⁴⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *et al. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 1. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.397.

⁴⁵ “A instauração do incidente de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica”. DIDIER Jr, Fredie (coord.); DOTI, Rogéria (coord.); TALAMINI, Eduardo (coord.). *Enunciados do fórum permanente de processualistas civis: Curitiba, 23, 24 e 25 de outubro de 2015*. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/12/Carta-de-Curitiba.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2015.

⁴⁶ BUENO. Cássio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 614.

Ministério Público. A este último também caberá intervenção obrigatória no incidente, na qualidade de fiscal do ordenamento e, ainda, a assunção da titularidade do incidente no caso de desistência ou abandono mencionado anteriormente.

Destaca-se que é possível de instauração do incidente perante os Juizados Especiais, hipótese em que a competência permanecerá sendo do Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal respectivo⁴⁷.

Em continuidade, o artigo 979 do CPC/2015 tem grande importância ao estabelecer que a instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, concebendo meios para garantir a disseminação da informação.

Deve-se levar em consideração que, ao decidir de maneira uniforme uma questão repetitiva, a repercussão do incidente tem potencial gigantesco. Dessa maneira, para garantir o devido processo legal, é fundamental que as garantias processuais também sejam maximizadas, sobretudo a publicidade, o contraditório, e a fundamentação da decisão.

Nesse diapasão, o § 2º do art. 979 dispõe que o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados. O parágrafo 3º estipula, ainda, que os parâmetros de identificação previstos no parágrafo anterior se aplicam também aos casos de recursos extraordinários repetitivos.

Trata-se de um dos exemplos que tem levado a recente doutrina que vem se formando sobre o novo código a falar em um verdadeiro “microsistema de demandas repetitivas”.

Semelhante ao que se construiu em torno das ações coletivas, tem-se defendido a ideia de que o regramento do IRDR se aplica, no que couber, aos recursos especiais e extraordinários repetitivos e aos casos de repercussão geral, e vice-versa.

Esse microsistema é vislumbrado, por exemplo, nos artigos 976, 928 e 1.036, de modo que o FPPC editou sobre eles o enunciado 345, com o seguinte teor:

O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente.⁴⁸

A seguir, o artigo 980 da Lei nº 13.105/15 dispõe que o incidente de demandas repetitivas deverá ser julgado no prazo de um ano, reforçando a preocupação

⁴⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *et al. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 1. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.399.

⁴⁸ DIDIER Jr. Fredie (coord.); DOTTE, Rogéria (coord.); TALAMINI, Eduardo (coord.). *Enunciados do fórum permanente de processualistas civis: Curitiba, 23, 24 e 25 de outubro de 2015*. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/12/Carta-de-Curitiba.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2015.

desse instituto com a duração razoável dos processos. É prevista também a preferência de seu julgamento em relação aos demais feitos, ressalvados casos que envolvam réu preso e *habeas corpus*.

Quanto à suspensão dos demais processos sobre o mesmo tema, prevista no inciso primeiro do art. 982, esta se dará, a princípio, no âmbito do Estado ou região no qual tenha sido instaurado o incidente. No entanto, o parágrafo 3º do mesmo artigo, mais uma vez aludindo expressamente à segurança jurídica, possibilita a qualquer dos legitimados requerer, perante o STF ou STJ, conforme se trate de questão constitucional ou não, a suspensão de todos os processos individuais em curso no território nacional.

É importante notar que o pedido de extensão territorial da suspensão dos processos não afeta a matéria para julgamento pela Corte Superior, tampouco estende os efeitos da decisão tomada pelo tribunal local para fora de seu território. Consequentemente, a suspensão cessará se não for interposto recurso especial ou extraordinário contra a decisão do tribunal que julgar o IRDR (§ 5º do artigo 982 do CPC/2015).

Nesse caso, a paralisação dos processos dos demais tribunais pode se revelar inócua, pois não estando as Cortes locais vinculadas umas às outras, o precedente fixado em um tribunal não terá qualquer repercussão sobre processos externos ao seu território.

De fato, se trata de verdadeira ponderação entre a duração razoável do processo, decorrente do risco de paralisação inútil de milhares de processos, e a segurança jurídica, em razão do risco de decisões conflitantes em tribunais distintos, devendo ser levado em consideração, pelo tribunal superior a deferir a suspensão nacional, qual risco com a menor probabilidade de se implementar.

Em continuidade, o artigo 983 do CPC prevê a oitiva das partes e dos demais interessados (pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia), que, no prazo comum de quinze dias (passíveis de prorrogação pelo relator), poderão também requerer junta de documentos e realização de diligências para a elucidação da questão de direito controvertida. O relator poderá também designar audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria. Em seguida, também se manifestará o Ministério Público.

Esse dispositivo reflete, por excelência, a maximização das garantias legais referidas no exame do artigo 979 alíneas. Trata-se, nesse caso, de ampliar e aprofundar o contraditório, para que o julgamento do incidente seja o melhor embasado possível.

O artigo 984 complementa o anterior, prevendo a forma de participação das partes e dos demais interessados na sessão de julgamento do incidente. Todavia, a regra de maior importância está prevista no seu parágrafo segundo, que prevê que: “O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários”.

Para os integrantes do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, a análise deverá abranger inclusive argumentos suscitados pelos interessados, ainda que não sejam parte na demanda que resultou na instauração do incidente⁴⁹.

O art. 985 do Código de Processo Civil prevê se aplique a tese jurídica resultante do IRDR a todos os processos (inclusive coletivos) que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal (inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais), bem como aos casos futuros, salvo revisão na forma do art. 986.

A vinculação, portanto, se dá quanto à interpretação que o Tribunal conferir, através do incidente, a questão de direito que lhe foi submetida. Em outras palavras, a *ratio decidendi* do IRDR, que determinou o acolhimento de determinada tese jurídica, deverá ser importada aos demais processos que versem sobre questão idêntica à submetida à Corte.

Esse dispositivo reforça e especifica a observância compulsória prevista no artigo 927 da mesma lei, examinada em tópico anterior, sendo que a previsão do parágrafo 1º, combinada com a do inciso IV do artigo 988, faz com que a doutrina qualifique essa vinculatividade como “forte”⁵⁰, em razão da previsão de remédio específico (no caso, reclamação) contra o desrespeito ao precedente.

O §2º do art. 985 dispõe que “Se o incidente tiver por objeto questão relativa à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos à regulação, da tese adotada”.

Sobre esse dispositivo, o I Fórum do Poder Público, que reuniu em junho de 2016 diversos estudiosos do Direito Público, produziu o seguinte enunciado: “Cabe à Advocacia Pública orientar formalmente os órgãos da Administração sobre os pronunciamentos previstos no art. 927, com a finalidade de prevenir litigiosidade e promover isonomia, segurança jurídica e eficiência”⁵¹.

Por sua vez, o art. 986 dispõe que: “A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no artigo 977, inciso III”. Para Teresa Arruda Alvim e outros,

⁴⁹ Enunciado nº 305: “No julgamento de casos repetitivos, o tribunal deverá enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida, inclusive os suscitados pelos interessados”. DIDIER Jr. Fredie (coord.). DOTTE, Rogéria (coord.). TALAMINI, Eduardo (coord.). *Enunciados do fórum permanente de processualistas civis: Curitiba, 23, 24 e 25 de outubro de 2015*. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/12/Carta-de-Curitiba.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2015.

⁵⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *et al. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1410.

⁵¹ RODRIGUES, Marco Antônio (coord.). NOLASCO, Rita Dias (coord.). I fórum nacional do poder público – Brasília: 17 e 18 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.sinprofaz.org.br/pdfs/enunciados-fnpp.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

a previsão é dispensável e deve ser interpretada com ponderação, sob pena de se entender que o tribunal possa se desvincular de seus julgados por mera mudança de opinião⁵², em flagrante violação aos deveres de uniformidade, estabilidade, integridade e coerência expressos no art. 926 do CPC/2015.

Na verdade, a revisão da tese jurídica deve se dar justamente em razão dos deveres acima mencionados, ou seja, deverá se fundar em motivo relevante e ser muito bem fundamentada.

Fechando o capítulo do IRDR, o art. 987 prevê o cabimento de recurso especial ou extraordinário (conforme a matéria versada) da decisão que julgar o incidente, com efeito suspensivo *ex lege* (§1º do artigo 987) e presunção de repercussão geral para a questão discutida. Além disso, uma vez julgado pelo tribunal superior, a tese jurídica adotada será aplicada em todo o território nacional.

Acerca desse tema, importante destacar que, caso a decisão da Corte local não seja impugnada através de recurso especial ou extraordinário, a aplicação da tese aos processos sobrestados e futuros que versem sobre idêntica questão de direito poderá, com o tempo, resultar no trânsito em julgado de milhares de decisões. Se, porventura, a questão tornar a ser ventilada, agora no âmbito do STJ ou do STF, conforme o caso, eventualmente as Cortes Superiores poderão adotar posicionamento contrário ao precedente anteriormente fixado pela Corte local, que deverá passar a observá-lo nos novos casos. Consequentemente, frustrar-se-á, em certa medida, o escopo de segurança jurídica e isonomia pretendido pela criação do IRDR.

Trata-se, porém, de risco inerente ao sistema tal como concebido, sendo oportuno pontuar a polêmica que tem cercado a previsão do §15 do art. 525 do CPC, que supostamente autorizaria a ação rescisória para desconstituir título judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, quando não houver modulação temporal, o que deverá ser feito justamente em atenção à segurança jurídica, de acordo com o §12 do mesmo dispositivo.

Por fim, em razão do já aludido microssistema de demandas repetitivas, cabe analisar os parágrafos nono a treze do artigo 1.037 do CPC, inseridos no regramento dos recursos extraordinário e especial repetitivos: trata-se do pedido que pode ser formulado pela parte, para que sua demanda não fique sobrestada, ao argumento de que a questão a ser decidida no seu processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado são distintas.

⁵² RODRIGUES, Marco Antônio (coord.). NOLASCO, Rita Dias (coord.). I fórum nacional do poder público – Brasília: 17 e 18 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.sinprofaz.org.br/pdfs/enunciados-fnpp.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016, p. 1412.

Se assim entender, a parte deverá demonstrar a distinção ao juízo, que ouvirá a outra parte em cinco dias. Da decisão caberá agravo, de instrumento ou interno, conforme o processo esteja em primeiro ou segundo grau.

Parece que a aplicação deste pedido é possível na hipótese de sobrestamento de ação em razão de instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas. Nesse sentido é o Enunciado nº 481 do FPPC³³. Contudo, é controversa a possibilidade de interposição de agravo contra a decisão do requerimento, em razão da taxatividade das hipóteses de cabimento desse recurso no CPC.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual leitura constitucional dos princípios da isonomia, da segurança jurídica e da razoável duração do processo importa a ampliação dos seus significados, com vistas a conferir-lhes máxima efetividade. Assim, a isonomia no processo deve ser compreendida além da “paridade de armas”, tratamento igualitário das partes (corolário do contraditório), abarcando também a ideia de direito à uniformidade de interpretação das normas pelo Poder Judiciário. Objetiva-se, portanto, uma igualdade não apenas dentro do mesmo processo, mas também entre processos que versem sobre a mesma questão.

Igualmente, a segurança jurídica deve ser observada não apenas na relação versada em determinado processo, mas também entre processos que ventilem questão idêntica, pois além de garantir a respeitabilidade das decisões judiciais transitadas em julgado, deve ter o condão de fornecer ao jurisdicionado previsibilidade sobre as consequências de suas condutas futuras.

Paralelamente, a razoável duração do processo não pode ser confundida com mera celeridade, pois o desenvolvimento do processo deve observar outras garantias e o tempo necessário para amadurecimento da controvérsia até que esteja pronto para julgamento.

Com o advento do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), diversas alterações anteriormente realizadas no CPC de 1973 foram consolidadas e aprimoradas, e acrescidas da criação de um sistema de pronunciamentos vinculantes, com contornos tipicamente brasileiros.

No Brasil, o contexto multicultural da sociedade se reflete no ordenamento como um todo, servindo de catalisador de influências e adaptações de institutos estrangeiros, além da construção de características próprias da cultura jurídica local.

³³ RODRIGUES, Marco Antônio (coord.). NOLASCO, Rita Dias (coord.). I fórum nacional do poder público – Brasília: 17 e 18 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.sinprofaz.org.br/pdfs/enunciados-fnpp.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

Dessa forma, a criação de um sistema de pronunciamentos vinculantes se dá por uma via peculiar, que é a valorização da jurisprudência e das decisões judiciais através da própria legislação. Trata-se de um processo exógeno, em que os pronunciamentos vinculantes vão se incutindo no Judiciário pelo movimento doutrinário e legislativo, em vez de brotar voluntariamente por questões culturais no comportamento dos operadores do direito.

O CPC, então, elenca alguns provimentos cuja vinculação aos órgãos do Judiciário é apriorística, de modo que, no ordenamento brasileiro, pronunciamentos vinculantes adquirem a conotação de qualificação de algumas decisões judiciais, e enunciados de súmulas a serem observados pelos julgadores em casos futuros, por força de estipulação legal.

Existem alguns questionamentos acerca da constitucionalidade dessa previsão, sobretudo em face da independência funcional dos magistrados, além de suposta violação ao contraditório e ao direito de ação. Todavia, as críticas de violação ao contraditório e ao direito de ação decorrem, sobretudo, de um pensamento sobre o sistema de pronunciamentos vinculantes sob a ótica das ações coletivas, o que é equivocado. Quanto à independência funcional dos magistrados, essa deve ser pensada como uma garantia voltada para a sociedade, de modo que deve ser interpretada dentro de um sistema lógico, e, conseqüentemente, sujeito à conformação e uniformização de teses jurídicas.

O art. 927 do CPC/2015 arrola os pronunciamentos vinculantes. Dentre eles está o incidente de resolução de demandas repetitivas (“IRDR”), que junto com os recursos extraordinário e especial repetitivos, forma um novo “microsistema de demandas repetitivas”.

Diversos outros dispositivos espalhados ao longo do CPC preveem efeitos para os pronunciamentos elencados no artigo 927, que importam, em grande parte das vezes, alterações procedimentais que permitem aos julgadores eliminar etapas do processo, acelerando a sua resolução e cumprindo com a razoável duração.

Previsto entre os pronunciamentos vinculantes do art. 927 do CPC, o IRDR é explicitamente inspirado no procedimento-modelo alemão (*Musterverfahren*).

Trata-se de incidente processual, cujos requisitos são a multiplicidade de processos sobre uma mesma questão jurídica e o risco de que esta venha a ser decidida em diferentes sentidos.

O IRDR, como instrumento de isonomia, segurança jurídica e razoável duração do processo, deve ter desenvolvimento e elaboração extremamente zelosos, maximizando-se as garantias processuais. Por esse motivo, ao ser instaurado, deve ser sucedido de ampla e específica divulgação e publicidade.

Outrossim, o IRDR, como regra, deverá ser julgado no prazo de um ano e com prioridade em relação aos demais feitos, ressalvados os casos que envolvam réu preso e *habeas corpus*. Esse fato decorre especialmente da suspensão dos demais processos pendentes que discutam a questão jurídica objeto do IRDR, em prestígio à sua razoável duração.

Ainda na linha de preservação das garantias processuais e com o objetivo de conferir a maior legitimidade possível ao precedente oriundo da decisão adotada no IRDR, o relator deverá aprofundar o contraditório, ouvindo as partes e os demais interessados na controvérsia, possibilitando-lhes a juntada de documentos, realizando diligências e audiências públicas.

Da mesma forma, o conteúdo do acórdão que decidir sobre o IRDR abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários, inclusive aqueles suscitados pelos interessados.

Uma vez julgado o IRDR, será cabível recurso especial ou extraordinário, conforme o caso. Após o trânsito em julgado do acórdão, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem ou venham a tramitar na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região. Em grau recursal, a decisão abrangerá todo o território nacional.

Com essa previsão, espera-se atingir a isonomia e a segurança jurídica, em suas vertentes mais abrangentes acima mencionadas. Ao mesmo tempo, racionaliza-se o julgamento de diversas outras demandas, prestigiando a razoável duração do processo.

Em caso de desrespeito à tese adotada no incidente, caberá Reclamação, o que tem levado a doutrina a incluir os acórdãos em IRDR entre os pronunciamentos com grau de vinculatividade “forte”, em razão do remédio jurídico específico para assegurar sua observância.

Por fim, a parte que entender que sua demanda possui questão jurídica distinta daquela a ser julgada no IRDR poderá formular pedido para que seu processo não fique sobrestado, enquanto estiver pendente o incidente.

O juízo, após ouvir a outra parte, decidirá sobre a distinção, cabendo recurso dessa decisão. Trata-se, em suma, de dar tratamento diverso a quem se encontrar em situação diferente (observância da isonomia), e não suspender inutilmente o curso de um processo que não será atingido pelo precedente (observância da razoável duração do processo).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER Jr., Fredie *et al.* *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do Incidente de Resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 240, fevereiro, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 102, abril/junho. 2001.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Justiça e decisão: respeito moral aos precedentes como indicador da concretização, pelo juiz, do direito materialmente justo. In: *Revista de processo comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, janeiro/junho, 2015.

BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas causas repetitivas*. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/antonio_adonias_aguiar_bastos.pdf. Acesso em: 12 set. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de processo civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

_____. Conselho Nacional De Justiça. *Justiça em números 2014: ano-base 2013*. Brasília: CNJ, 2014.

BUENO. Cássio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 221, julho, 2013.

_____. O novo procedimento-modelo (musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 147, maio, 2007.

CAMBI, Eduardo. FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER Jr., Fredie *et al.* *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO. Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ (arts. 543-B e 543-C do CPC)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: JusPodivm. 2009.

_____. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, v. 2, 2012.

_____. (coord.). DOTTI, Rogéria (coord.); TALAMINI, Eduardo (coord.). *Enunciados do fórum permanente de processualistas civis: Curitiba, 23, 24 e 25 de outubro de 2015*. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/12/Carta-de-Curitiba.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2015.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A igualdade no processo. In: *Revista de Processo*. v. 76. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro/dezembro, 1994.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Repercussão geral (ausência). Prequestionamento (ausência). Ofensa indireta à constituição federal. Má-fé e ignorância. Danos decorrentes da demora do processo. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Março, vol. 157, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Paula Pessoa. Precedentes: a necessária reconstrução racional e imparcial do direito. In: *Revista de Processo Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro/junho, v. 1, 2015.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva. 2001.

RODRIGUES, Marco Antônio (coord.); NOLASCO, Rita Dias (coord.). I fórum nacional do poder público – Brasília: 17 e 18 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.sin-profaz.org.br/pdfs/enunciados-fnpp.pdf>. Acesso em: 12 de dezembro de 2016.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. ABBOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?. In: DIDIER Jr., Fredie *et al.* *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

TALAMINI, Eduardo. “Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no código de processo civil de 2015”. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Agosto, v. 10, 2015.

TARUFFO, Michelle. “Precedente e jurisprudência”. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 199, setembro/2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 172, junho, 2009.

_____*et al.* *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZANETTI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER Jr., Fredie *et al.* *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

editoração, impressão e acabamento

imprensaoficial
GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO