

EDITORIAL

É com grande satisfação que trazemos ao seletor público de leitores esta 36ª edição de nossa revista eletrônica, que marca, mais uma vez, o trabalho incansável de juristas tradicionais do cenário nacional. Junto com eles, mesclamos a colaboração de acadêmicos de direito, alguns em curso, outros recém-formados no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, que despontam como novos talentos no direito, não apenas na pesquisa, como também na discussão séria de assuntos de importância no nosso dia-a-dia.

Com efeito, ao lado de Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (*O biodireito e sua importância na pós-modernidade*), Antonio Fernando Costa Pires Filho (*Ensino à distância: principiologia constitucional e infraconstitucional*), Cíntia Barudi Lopes Morano (*Tendências modernas do direito administrativo e o papel das agências reguladoras*), Daniella D'Arco Garbossa (*Princípio da publicidade no direito processual*), João Americo de Sbraglia e Forner, Marco Antonio Barbosa (*O costume "contra legem" como fonte de direito na sociedade da informação*), José Eduardo Parlato Fonseca Vaz (*Formas de controle jurisdicional de constitucionalidade*), Marcelo Barbosa de Melo (*Reforma agrária como garantia fundamental*), Mônica Tereza Mansur Linhares, Regina Célia Martinez (*Bullying e o direito educacional*), Nivaldo Sebastião Vícola (*Usucapião*) e Rui Cesar Publio Borges Correa (*A evolução da legislação desportiva trabalhista no Brasil*), escreveram artigos com profundidade ímpar o acadêmico Roberto Beijato Junior (*Reflexões acerca das pesquisas com células-tronco e sua legitimidade ético-jurídica*), orientado por Regiane Alonso Angeluci, e os ex-acadêmicos Bruno Ricardo Bioni e Júlia Dias Branco (*A fixação do dano moral na perspectiva constitucional*), orientados por Roberto Senise Lisboa.

A renovação é imprescindível em todos os setores de nossas vidas. O mesmo se sucede com a doutrina jurídica: novos pensamentos, novos posicionamentos e novos ângulos de interpretação do direito, que, por certo, irão determinar um futuro mais promissor para o nosso país.

Prof. Dr. Jorge Shiguemitsu Fujita
Editor Responsável

RESUMO

A evolução das ciências fez com que se alterassem os paradigmas da vida moderna introduzindo uma necessidade de implementação de um debate bioético sobre essas prática e a conseqüente regulação pelo biodireito, ramo novo do direito público, que se ocupa das proteção da vida e dignidade humana em face da revolução biotecnológica.

Palavras-chave: Biodireito. Bioética. Legislação. Dignidade da Vida Humana.

ABSTRACT

The sciences evolution brings to the modern life a paradigmatic changes introducing some issues to the study of bioethics brought about by advances in biology and medicine, and it will be regulated by it. Bioethicists are concerned with the ethical questions that arise in the relationships among life sciences, biotechnology, medicine, politics, law, and philosophy, whose regulation is a branch of the public law, that's the main interest is the life and human dignity protection, because this bioethical issues have been debated since ancient times, and public attention briefly focused on the role of human subjects in biomedical experiments. These questions were often discussed by philosophers and religious scholars.

Keywords: Medical Law. Bioethics . Law. Human Rights and Dignity.

* Mestre e Doutora em Direito Civil pela FADUSP, Profª Doutora de Direito Civil e Biodireito no Centro Universitário UniFMU, membro da Comissão de Biotecnologia e estudos sobre a vida da OAB/SP, membro do IASP, Advogada e Nutricionista.

1. Introdução

Na atualidade, a evolução das ciências, da tecnologia e dos costumes fez imperioso o estudo da bioética e do biodireito, ramos do conhecimento essencialmente ligados à vida – humana, animal e do meio ambiente; pois os diversos experimentos saíram da esfera da ficção científica e aportaram na realidade social, trazendo com isso riscos e benefícios para a coletividade.

Assim, tendo em vista o desenvolvimento da biotecnologia e das ciências médicas em geral, fez-se imperioso o desenvolvimento de um ramo do direito essencialmente ligado à proteção da vida e à administração das relações sociais, uma vez que ocupa-se a biotecnologia da aplicação dos processos biológicos visando a produção de materiais e novas substâncias para uso industrial, medicinal, farmacológico, entre outros.

Nasce então o biodireito, que tem o escopo fundamental de cobrir essa lacuna da lei.

2. O Biodireito

O biodireito pode ser definido como o novo ramo do estudo jurídico, resultado do encontro entre a bioética e o direito. É o ramo do Direito Público que se associa à bioética, estudando as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos conectados à medicina e à biotecnologia; tendo como referência basilar a dignidade da pessoa humana.¹

Como prevê Maria Helena Diniz “Tem a vida por objeto principal, salientando que a verdade jurídica não poderá salientar-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar sem limites jurídicos, os destinos da humanidade”.²

Nos dizeres de Diego Gracia” biodireito é a regulamentação jurídica da problemática da

bioética”, no sentido em que formula as relações peculiares entre ética e direito que se inter relacionam reciprocamente: ética como instância prática do direito e direito como expressão positiva da ética”.³

O Biodireito associa-se principalmente ao universo de cinco matérias : Bioética, Direito Civil, Direito Penal, Direito Ambiental e Direito Constitucional, (à luz do artigo 5º inciso IX da Constituição Federal de 1988, que proclama a liberdade da atividade científica como um dos direitos fundamentais, sem contudo deixar de penalizar qualquer ato perigoso (imperícia) na relação médico-paciente e imperícia do cientista, levando em conta questões conflitantes como aborto, eutanásia, suicídio assistido, inseminação artificial, transplante de órgãos, OGM e clonagem terapêutica e científica).

Compreende portanto o caminhar sobre o tênue limite entre o respeito às liberdades individuais e a coibição dos abusos contra o indivíduo ou contra a espécie humana. (atua como agente regulador do poder da ciência sobre o genótipo do cidadão, o mercado genético, o manejo incorreto do Projeto Genoma Humano, da discriminação causada pela diagnose genética e pela AIDS na áreas securitária e trabalhista, entre outros).

Na concepção de Maria Helena Diniz, vemos que o direito não pode se furtar aos desafios trazidos pela biomedicina.⁴

Nesse sentido leciona Leo Pessini que “nunca a humanidade teve tanta responsabilidade para com o seu próprio futuro”. E assim necessita a humanidade de uma ética que ultrapasse os interesses individuais, puro e simples, e abra perspectivas de futuro para toda a humanidade.⁵

A necessidade do estabelecimento de um padrão moral universal, o crescente interesse pela ética filosófica e teológica e o conseqüente entrecruzamento da ética com as ciências da saúde em face do progresso

³ GRACIA, Diego – Fundamentos de bioética, Madrid:Ed. Eudema, 1989,p.576 e s.

⁴ DINIZ, Maria Helena – O Estado atual do biodireito, op.cit.,p.8

⁵ PESSINI,Leo – A vida em primeiro lugar;In. PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Org) Fundamentos da bioética. 2.ed., São Paulo: Paulus, 2001, p.5.

¹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Curso de bioética e biodireito, São Paulo:Atlas, 2010,p.16 e ss.

² DINIZ, Maria Helena – O Estado atual do biodireito, 6.ed., São Paulo: Saraiva. 2009, p.8

biotecnológico provocou uma radical mudança nas formas tradicionais de agir dos profissionais da saúde, dando uma outra imagem à ética médica, originando um novo ramo do saber, a bioética, que a seu turno problematiza as questões oriundas do desenvolvimento da biotecnologia a serem reguladas pelo biodireito.

Pode-se definir a bioética como o estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia (ética) e direito (biodireito) que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e responsabilidade ambiental. Considera, portanto, questões onde não existe consenso moral como a fertilização in vitro, o aborto, a clonagem, a eutanásia, os transgênicos e as pesquisas com células tronco, bem como a responsabilidade moral de cientistas em suas pesquisas e suas aplicações.⁶

Sintetizam Leo Pessini e Christian de Barchifontaine que “ a bioética estuda a moralidade da conduta humana no campo das ciências da vida”, estabelecendo padrões de conduta socialmente adequados.⁷

No que tange à proteção dada pelo biodireito, numa perspectiva mais ampla podemos visualizar dois planos de tutela, um macro e outro micro. No **macro biodireito**, o foco está nas relações ambientais, no patrimônio natural, artificial e cultural; já o **micro biodireito**, estuda as questões relacionadas à vida individualizada.

O anseio social do final do séc. XX adapta-se à nova realidade e conforme a época em que se vive, os conceitos como vida e liberdade ampliam-se ou se restringem. Para a conservação da dignidade humana, é imprescindível estabelecer limites ético-jurídicos.

Nenhum dos avanços científicos do nosso tempo nos atinge mais profundamente do que o progresso alcançado pela

biomedicina. Trata-se da nossa própria vida em sua intimidade biológica, dos nossos genes que estão sendo transformados em “ objeto de ciência”. Não impedir os avanços das ciências e ao mesmo tempo impor limitações ao uso das descobertas científicas é o papel do direito.

De que maneira regulamentar tais conquistas, já que corremos o risco de produzirmos sem ética e a devida discussão da sociedade uma legislação que poderá ficar ultrapassada da noite para o dia?

A biotecnologia precisa de um marco regulatório que atenda à ética destas novidades e que seja capaz de frear práticas racistas, sexistas – genocidas e bélicas – e ainda que garanta a compensação financeira quem pesquisa.

Como se sabe, a vida, que é estudada por várias áreas do conhecimento, deve ser respeitada e valorizada, em grau máximo tendo o universo do direito como paradigma de sua proteção.⁸

Assim, de forma conclusiva podemos entender que o biodireito nasce da preocupação com a proteção da dignidade da pessoa humana, e dos seres sensientes em geral. Tendo sido concluído que primaz se faz sua proteção em todas as etapas da existência, respeitando-se o patrimônio genético, bem difuso de toda a coletividade, o embrião humano, o nascituro, a criança, o adolescente, o adulto, o idoso, o enfermo, o incapaz, o doente terminal, o corpo morto, os direitos da personalidade post mortem.

Vem então o biodireito regular a conduta humana diante das novidades trazidas pela biotecnologia, visando inclusive a preservação da vida e do meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Tendo em vista a amplitude do tema regido pelo biodireito, suas fontes são: a Constituição Federal, as Leis ordinárias, as Leis especiais, os Tratados internacionais, as Resoluções do Conselho Federal de Medicina, que são normas deontológicas, Portarias e demais Resoluções atinentes ao tema.

Assim, podemos apontar uma forte interconexão entre o biodireito e o constitucionalismo na pós-modernidade. Isto

⁶ É a ciência da sobrevivência do homem e da natureza preservando a harmonia universal, em virtude do descontrolado crescimento da tecnologia industrial. Envolvem conflitos de valores e questões materiais de difícil solução; MARINO Jr., Raul – Em busca de uma bioética global. São Paulo: Editora Hagnos, 2009, p.97.

⁷ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul – Problemas atuais de bioética, São Paulo: Loyola, 1994, 2ªed, p.11.

⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Curso de bioética e biodireito, São Paulo;Atlas, 2010, p.17 e ss.

justifica-se não só pelo próprio objeto da bioética, mas também pela importância do tratamento jurídico dos temas que por ela são debatidos. Pode-se falar mesmo numa elevação ao nível de matéria constitucional, ou seja, vê-se o nascimento de um biodireito constitucional.

É amplamente difundido entre os pensadores atuais, que a pós-modernidade, denota uma insatisfação com as conquistas da modernidade, visando assim, uma desconstrução dos valores até então obtidos, colocando o homem, e sua dignidade no centro do pensamento jurídico e filosófico.

Como se sabe, a segunda metade do século XX assistiu a um processo sem precedentes de mudanças na configuração do pensamento e da técnica, levando a uma alteração paradigmática no modo de se pensar a sociedade, o ser humano e suas relações com as práticas científicas.

Preocupa-se o constitucionalista com o embate entre a ética, enquanto filosofia teórica e a bioética, enquanto filosofia prática.

Os valores constitucionais se espraiam em todas as direções: pelo biodireito, bioética, pela deontologia médica, pela valorização da importância difusa das questões ambientais.

Os avanços biotecnológicos alcançados na contemporaneidade, quando se fala na 4ª Revolução Industrial, fazem com que as regras constitucionais observem um novo paradigma, enquanto analisa-se a eficácia de sua principal fonte, a Constituição, vê-se tomada no sentido jurídico político.⁹

Desta sorte, tal como preconiza Oscar Vilhena, as questões bioéticas envolvem uma rearticulação do constitucionalismo contemporâneo, em três movimentos distintos:

A regionalização, onde o papel do Estado é preponderante, havendo inclusive a reunião dos Estados para fins específicos; o cosmopolitismo ético, decorrente do desenvolvimento de um sistema universal dos Direitos Humanos; a globalização da economia, observada a relação comercial entre as diversas nações, ou blocos econômicos, tendo em vista as regras do comércio internacional.

A dignidade humana, direito naturalmente inato tendo em vista a visão Kantiana, e representa um macro princípio do constitucionalismo contemporâneo, presente na maioria das Cartas Constitucionais atuais.

Esse princípio é resultante da progressiva luta e conseqüente conquista de alguns povos. Corroborar que as pessoas devem ter condições dignas de desenvolverem-se como indivíduos. Isso porque a Constituição Federal, enquanto norma superior e fundamental, assim o determina.

Assim, como fontes constitucionais do biodireito, tem-se que em havendo conflito entre a livre expressão da atividade médico científica/biotecnológica de um lado e outro direito fundamental da pessoa humana de outro, o limite a ser empregado é o da dignidade humana previsto no art. 1º, III da Constituição Federal.

Logo, nenhuma liberdade de investigação científica poderá chegar a tal ponto que se coloque em risco a pessoa humana em sua segurança e dignidade.

Numa ótica evolucionista, temos que na lição de Ivo Dantas, a expressão dignidade da pessoa humana já apareceu em diversos textos constitucionais brasileiros, embora apresentando um significado diferente daquele extraído da Constituição Federal atual.

Assim, na *Constituição de 1934*, em seu art. 115, lia-se:

A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos *existência digna*. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica. Parágrafo único. Os poderes públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do país”.

A *Constituição de 1946*, em seu art. 145, determinava:

A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Curso de bioética e biodireito, op. cit., p.19 e ss.

Parágrafo único. A todos é assegurado trabalho que possibilite *existência digna*.

No texto de 1967, a expressão Dignidade Humana, encontra-se em seu art. 157, II:

A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:
II – valorização do trabalho como condição da *dignidade humana*.

Pela EC 1/69, mesmo modificando a numeração do *caput*, que passa a ser o artigo 160, manteve-se o inciso II, nos mesmos termos, como se vê:

II – valorização do trabalho como condição da *dignidade humana*.

Até mesmo o *Ato Institucional nº 5* (13.12.1968) fazia referência à expressão ao considerar que “a Revolução Brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no *respeito à dignidade humana...*”¹⁰

Pode-se concluir com Ivo Dantas que “O princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana implica um compromisso do Estado e da sociedade para com a vida e a liberdade individual, integrado no contexto social”.

A Constituição de 1988 ao instituir um amplo sistema de direitos e garantias fundamentais, tanto individuais quanto coletivos, o qual constitui o núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro, buscou não só preservar, mas acima de tudo, promover a dignidade da pessoa humana. O legislador Constitucional se preocupou não apenas com a instituição, mas também com a efetivação destes direitos, atribuindo um papel ativo ao cidadão e ao Judiciário. Buscou também superar a concepção de direitos subjetivos, para dar lugar a liberdades

positivas, realçando o aspecto promocional da atuação estatal.¹¹

A Constituição Federal, em seu **art. 1º** elenca os princípios fundamentais sob os quais a estrutura do Estado nacional encontra-se alicerçada: (I- soberania, II- cidadania, **III- a dignidade da pessoa humana**, IV- os valores do trabalho e da livre iniciativa,V- o pluralismo político). Podemos entender aqui que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana abranja o princípio bioético da autonomia, segundo o qual se garante a liberdade consciente de decidir, de optar.

Em seu **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 preconceito de origem, raça,sexo,cor, idade e quaisquer outra forma de discriminação).¹²

Daí depreende-se que os objetivos que devem orientar o Estado brasileiro são expressos nos aspectos sociais, políticos e econômicos. Não se encontrava a matéria nas Constituições anteriores, sendo novidade introduzida pelo texto constitucional atual.

No **caput de seu art. 5º**, a CF afirma e garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

¹¹ DANTAS, Ivo – A era da biotecnologia, constituição, bioética e biodireito. In. www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/pdf, p.37 a 40.

¹² A tradição jurídica vem se transformando paulatinamente com o passar dos anos, reconhecendo-se uma transformação mais acentuada a partir do final da 2ª Guerra Mundial e da queda dos regimes fascistas, nazistas, totalitários. As atrocidades cometidas nessa época, todas referendadas pelo instituto da legalidade (validade formal), foram o ponto de partida para uma nova reflexão acerca do Direito.Essa mudança de paradigma, ocorrida originalmente na Europa, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do Direito Constitucional sobre as instituições contemporâneas. A Constituição passa a ser tida a partir daqui como norma fundamental que estabelece os valores, os princípios e as regras mais relevantes para a compreensão do fenômeno jurídico. DANTAS,Ivo – A era da biotecnologia, constituição, bioética e biodireito. In. www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/pdf, p.37 a 40; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Curso de bioética e biodireito, op.cit., p.21 e ss.

¹⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Curso de bioética e biodireito, op.cit, p.19 e ss.

No que tange ao direito à vida este é um bem juridicamente tutelado como direito fundamental básico, desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa.

É bastante amplo esse dispositivo, abrangendo a proteção à integridade física e moral, o direito ao corpo, às partes do corpo e ao cadáver.

A vida humana, objeto do direito assegurado no art. 5º, caput da CF, integra-se de elementos materiais e imateriais, constituindo fonte primária de todos os outros bens jurídicos, direitos fundamentais, a saber: a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade. O princípio da segurança, exposto nos arts. 5,III; 6º; e 144 da CF, garante o direito à integridade física e moral.

O Estado tem o dever de assegurar a todos o mínimo, para que o indivíduo sobreviva. No citado art 5,III a CF estabelece que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante, isto significa que também não se podem utilizar experimentos científicos que rebaixem a dignidade do homem ou terapias que o submetem a sofrimentos injustos. Este princípio engloba os princípios bioéticos da beneficência e da não-maleficência.

O art. 5º, X da CF, proclama a liberdade da atividade científica como um dos seus direitos fundamentais. Para Maria Helena Diniz, não significa que ela seja absoluta e não contenha nenhuma limitação, pois existem diversos valores jurídicos reconhecidos constitucionalmente, como a vida, a integridade física e psíquica, a privacidade, que poderiam ser gravemente afetados pelo mau uso da liberdade da pesquisa científica.¹³

O art. 5º XIV da CF – assegura o sigilo que é protegido pelo direito à intimidade. A informação é essencial para garantir a autonomia pessoal, a liberdade consciente de escolha. Garante a proteção das informações pessoais.

Diversos outros dispositivos constitucionais tutelam a proteção do ser humano, como o

art. 170 que garante que o desenvolvimento econômico seja atrelado à

¹³ DINIZ, Maria Helena – O Estado atual do biodireito, 6ªed, São Paulo, Saraiva, 2009, p.7.

existência digna, visando ainda a proteção do meio ambiente.(de grande relevância para a preservação da biodiversidade); o **art. 196** – aborda o aspecto da saúde, afirmando ser este direito de todos e dever do Estado, garantindo o acesso à saúde à coletividade como um todo; o **art. 203,I** assegura proteção à família, da infância à velhice;o **art. 226,7º e 8º** - trata do planejamento familiar, livre decisão do casal, respeitando os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (abrange aqui a importância da regulamentação da inseminação artificial,da proteção jurídica do embrião); o **art. 218,§ 4º** cuida da ciência e da tecnologia prevendo a responsabilidade do Estado em promover e incentivar o desenvolvimento científico,a pesquisa e a capacitação tecnológica por meio de leis que apoiem e estimulem as empresas ao investimento em pesquisa para a criação de tecnologia adequada ao país; o **art. 225** representando grandes inovações constitucionais, dispõe que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial para uma vida saudável, e que todos, inclusive o poder público têm o direito de usar e o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.¹⁴

A Constituição de 1988 já prevendo os avanços da biomedicina, estipulou no **art. 225 § 1º,II e V**, a preservação da diversidade biológica e a integridade do patrimônio genético do país e a fiscalização das entidades ligadas à pesquisa e à manipulação de material genético; o controle da produção, comercialização e do emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco de vida à higidez ambiental.¹⁵

Temendo-se a clonagem de seres humanos, em 1995, sentiu-se a necessidade de regulamentar o art. 225 da CF e foi promulgada a chamada Lei de Biossegurança (Lei n 8974/95), regulando os reflexos no âmbito civil e penal da utilização da engenharia genética. Estabelece esta normas de segurança e os mecanismos de fiscalização

¹⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – curso de bioética e biodireito, op.cit.,p.22 e ss

¹⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; DIAFERIA, Adriana – Biodiversidade e patrimônio genético no direito ambiental brasileiro, São Paulo, Max Limonad, 1999, p.23 a 31.

no uso dessas técnicas de engenharia genética.¹⁶

Sendo o direito um sistema que obedece a princípios harmônicos, deve a legislação infraconstitucional nortear-se por estes de forma coerente.

Grandes conflitos surgem na atualidade pela dificuldade de se lidar com as questões complexas que envolvem as várias áreas do conhecimento, como a medicina, a ética, a bioética, o biodireito, a biotecnologia. É grande a necessidade de se aprender a dirimir os conflitos oriundos das questões transdisciplinares.

Assim, o operador do direito deverá, para libertar-se do emaranhado de impasses jurídicos oriundos da biotecnologia, e procurar regular as questões valendo-se dos ditames e dos princípios do biodireito, passando a ver o direito mais como a “arte do bom e do justo” do que exatamente valer-se de um rigor baseado no “purismo e na tradição”, tendo em vista a necessidade de interdisciplinaridade que permeiam as relações contemporâneas.

Em matéria de bioética, os bioeticistas devem ter o respeito à dignidade humana, paradigma da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, como pressuposto fundamental, pois a dignidade da pessoa humana constitui o fundamento e o fim da sociedade e do Estado, devendo prevalecer esse princípio sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico.

Assim sendo, não poderão a bioética e o biodireito, admitir, tal como preleciona Maria Helena Diniz, “a adoção de qualquer conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela a sua dignidade e o respeito a uma vida digna”.¹⁷

Não deve desta forma o direito, aceitar as descobertas científicas cuja utilização demonstre-se contrária à natureza do homem e sua dignidade, ou sejam realizadas em detrimento deste.

Na concepção de Bobbio, a ciência atua como um poderoso auxiliar para que a vida humana torne-se cada vez mais digna de ser vivida. Logo, nem tudo o que é possível cientificamente é moral e juridicamente admissível.

“Desta sorte podemos concluir que o respeito ao ser humano em toda a sua dimensão, observadas as diversas fases evolutivas (desde a concepção – passando pelo nascimento, no viver, no sofrer e no morrer, só é alcançado se houver o respeito à dignidade humana, valor ético, ao qual a prática biomédica está condicionada e obrigada a respeitar, pois, para a bioética e o biodireito, a vida humana não pode ser uma questão de mera sobrevivência física, mas sim vida com dignidade”.¹⁸

Adota a seu turno o biodireito, como princípios basilares: o princípio da autonomia, que preconiza o autogoverno do homem sobre si mesmo e conseqüentemente sobre os tratamentos médicos e pesquisas científicas com ele relacionadas, sendo, pois as decisões tomadas em conjunto no âmbito médico-paciente; ligado, pois ao livre consentimento informado do paciente; o princípio da beneficência; o princípio da sacralidade da vida; o princípio da dignidade da pessoa humana; o princípio da justiça; o princípio da cooperação entre os povos; o princípio da precaução e o princípio da ubiquidade, que tem por valor principal a proteção da espécie, do meio ambiente, do patrimônio genético, e deve ser levado em consideração cada vez que se intenciona introduzir uma política legislativa sobre qualquer atividade nesse sentido. Visa, outrossim, a proteção constitucional da vida e da qualidade de vida

E assim, desponta o biodireito como o novo ramo do direito que busca regular as práticas médicas e os avanços da biotecnologia, visando equilibrar o devido respeito às novas descobertas científicas de um lado e o respeito à valorização do ser humano em sua intrínseca dignidade, de outro, sem violar os direitos nascidos desta relação. Tutela nesse sentido, o biodireito, tanto interesses de ordem pública, como de ordem privada, no sentido em que atinge o ser

¹⁶ O Dec n. 1752 de 20.12.95 regulamenta a Lei 8974/95 e dispõe sobre a vinculação, competência e composição da Comissão técnica de biossegurança – CTNbio- subordinada ao Min. Da Ciência e tecnologia e formada por representantes de várias áreas que tratam do assunto.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena – O estado atual do biodireito, op.cit.,p.16

¹⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Curso de bioética e biodireito, op.cit.,p. 23 e 24.

humano, em sua individualidade enquanto sujeito de direito.

Abrange sua regulamentação diversas áreas de atividades humanas, como: a biotecnologia em sua constante evolução, a bionantotecnologia e as novidades que impõe a pós-modernidade; o direito à vida e a determinação de seu início; o direito aos transplantes e seus conflitos estabelecidos mormente no que tange à determinação do momento da morte; as questões atinentes à reprodução humana assistida em toda a sua complexa dimensão passando pela viabilidade das técnicas, pelo estabelecimento dos papéis familiares, tendo em vista os debates éticos suscitados pela bioética; a questão alimentar e a produção de alimentos transgênicos; os conflitos que envolvem o contexto da terminalidade da vida e a autonomia individual; o direito à interrupção ou não da gestação de feto anencefálico, denominada antecipação terapêutica do parto; o direito ao recebimento (ou não) de transfusão de sangue; a preservação da biodiversidade e da integridade genética; o direito dos animais à proteção quanto aos maus tratos na experimentação científica; o direito à sexualidade humana e a formação da família e da filiação; a polêmica cirurgia de mudança de sexo. Procurando para tanto, a regulamentação legal para tanto.¹⁹

No que tange à formação da família, os direitos humanos a ela atinentes oram e continuam sendo historicamente afirmados, representando, outrossim um dos direitos primários da organização social. É um lócus por excelência do desenvolvimento dos direitos personalíssimos do ser humano.²⁰

E nesse sentido é a lição de San Tiago Dantas, para quem a família “é o grupo social no qual se descobre um laço coesivo entre seus componentes, uma consciência de unidade, denominada consciência do nós”.²¹

Concebe-se desta feita, que o biodireito é o conjunto de normas esparsas que têm por objeto regular as atividades e relações desenvolvidas pelas biociências e biotecnologias, com o fim de manter a integridade e a dignidade humana frente ao progresso e das conquistas científicas em favor da vida.

Multiplicaram-se nesse sentido, os debates, as alterações legislativas e a tomada de posição internacionais, que são a manifestação do empenho em redefinir os meios de proteger os direitos humanos diante das ciências e das técnicas, tendo em vista, os valores sociais, o debate moral, a influência religiosa e o momento histórico vigente, foco principal do biodireito.

¹⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Curso de bioética e biodireito, op.cit.,p. ; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – direito das famílias: amor e bioética, Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2012, p. 40.

²⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – novas modalidades de família na pós-modernidade, São Paulo:Atlas, 2010, p.83.

²¹ SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de – Direito de família e das sucessões, Rio de Janeiro:

Forense, 1991, p. 3 – revista e atualizada por José Gomes Bezerra e Jair Barros.

REFERÊNCIAS

- DANTAS, Ivo. **A era da biotecnologia, constituição, bioética e biodireito**. In. www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/pdf
- DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**, 6.ed., São Paulo: Saraiva, 2009
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; DIAFERIA, Adriana. **Biodiversidade e patrimônio genético no direito ambiental brasileiro**. São Paulo, Max Limonad, 1999
- GRACIA, Diego. **Fundamentos de bioética**. Madrid: Ed. Eudema, 1989.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010
- _____. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010
- _____. **Direito das famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2012
- MARINO Jr., Raul. **Em busca de uma bioética global**. São Paulo: Editora Hagnos, 2009.
- PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Problemas atuais de bioética**. 2.ed., São Paulo: Loyola, 1994.
- PESSINI, Leo. **A vida em primeiro lugar**. In. PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Org) **Fundamentos da bioética**. 2.ed., São Paulo: Paulus, 2001
- SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. **Direito de família e das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 1991 – revista e atualizada por José Gomes Bezerra e Jair Barros.

RESUMO

O trabalho objetiva analisar a principiologia constitucional e infraconstitucional que rege a educação no Brasil. No tocante à Educação à Distância, verifica-se que o quadro normativo aponta para o cumprimento das diretrizes constitucionais no sentido de universalização do ensino, com manutenção da gratuidade do ensino público e busca do padrão de qualidade. A Educação faz parte, sem dúvida, dos Direitos Fundamentais. A EAD é mais uma ferramenta para implementação dos princípios constitucionais de educação para todos e erradicação do analfabetismo. A Educação à Distância é um reflexo dos tempos modernos, em que se aliam Pedagogia, Didática e Tecnologia. Tudo, evidentemente, voltado para o principal foco, o centro das atenções: o aprendizado com qualidade por parte do aluno.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Princípios Constitucionais. Ensino à Distância. Legislação. Princípios Infraconstitucionais.

ABSTRACT

This work intends to analyze the constitutional and legal principles which rule Education in Brazil. With regard to Distance Learning, one verifies that the regulatory norms lead to the accomplishment of the constitutional guidelines regarding the universality of the right of learning. The Public Education in Brazil, offered by the Government, has been constantly achieving its goals towards the eradication of illiteracy, by improving its educational standards processes. In this context of the search for quality, Distance Learning in Brazil has become one more tool, and it well reflects the current modernization and application of constitutional principles concerning the achievement of Education with equality and quality for all citizens.

Keywords: Fundamental Rights. Constitutional Principles. Distance Learning. Legislation. Infraconstitutional Principles.

* Procurador da Fazenda Nacional em São Paulo, Professor dos Cursos de Graduação em Direito da UniFMU/SP e UNIP/SP, Especialista em Formação de Professores em EAD, Especialista em Direito Tributário e Mestre em Direito pela UniFMU/SP.

1. Introdução

1.1. Educação - Principiologia

A Educação é um direito de todos e cabe ao Estado e à família prestá-la, mas com colaboração de toda sociedade (art. 205). É verdadeira expressão da cidadania e, portanto, direito fundamental. O indivíduo pode exigir judicialmente do Estado que preste a educação (direito público subjetivo – art. 208, § 1º). A União legisla sobre diretrizes básicas da educação (art. 22, XXIV), e todas as entidades da Federação têm competência comum para viabilizar o acesso à educação (art. 23, V). Há, ainda, a previsão de legislação concorrente no art. 24, IX. É a universalidade do direito à educação. A Lei de Diretrizes Básicas da Educação é a Lei nº 9.394/96.

A educação foi dividida em básica e superior. A básica compreende a educação infantil, fundamental e média. A superior contempla os cursos de bacharelado e pós-graduação. A Constituição dotou a educação básica de obrigatoriedade por parte do Estado (art. 208, I).

O art. 206 traz os princípios que regem a educação, dentre eles a igualdade no acesso à escola, pluralismo de ideias, liberdade de aprender e ensinar, dentre outros.

O artigo 207 preconiza a autonomia das universidades. A autonomia é científica e também com relação à abertura de novos cursos.

As escolas gozam de autonomia pedagógica, devendo apenas ater-se ao currículo mínimo fixado em lei (art. 210). A Constituição visou, também, a valorização dos profissionais da educação. Há, também, a descentralização da gestão, permitindo maior autonomia das escolas nas diferentes regiões do país. O não oferecimento de ensino público importa responsabilidade do agente público respectivo (art. 208, § 2º). As universidades gozam de autonomia didático-científica, além de autonomia financeira, patrimonial e administrativa (art. 207).

O ensino religioso deve ser facultativo (art. 211, § 1º). Os Municípios devem atuar prioritariamente no ensino infantil e fundamental, e os Estados e Distrito Federal no ensino fundamental e médio (art. 211,

parágrafos 2º e 3º). O art. 212 determina os percentuais de aplicação de dinheiro público na educação. A não aplicação do mínimo exigido dá ensejo à intervenção.

O art. 209 consagra que o ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as condições de: a) cumprimento das normas gerais de educação nacional; b) autorização e avaliação periódica pelo Poder Público.

O art. 208 determina, ainda, o oferecimento de ensino noturno e condições especiais para pessoas portadoras de deficiência (princípio da isonomia ou igualdade), além de assistência quanto ao material escolar e alimentação para todos. Recursos públicos podem ser destinados a instituições filantrópicas comprometidas com a educação (art. 213).

A meta a ser alcançada com as regras para educação está no art. 214: erradicação do analfabetismo, universalização do ensino, melhoria na qualidade do ensino, formação para o trabalho, promoção humanística, científica e tecnológica do país e estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do PIB.

Assim, a Educação surge como princípio constitucional apenas, abstrato, genérico, aberto e impessoal. Este princípio é que é regulado pela lei. A Constituição não cria uma escola pública, não cria a EAD, não cria um conteúdo disciplinar e assim por diante. Isto é matéria reservada às leis.

Neste passo, em relação à Educação, temos a lei mais importante do país que complementa a Constituição e que é a Lei de Diretrizes e Bases – Lei Federal nº 9.394/96. A Educação surge como competência da UNIÃO (art. 22, inciso XXIV, da Constituição). Então, a lei que regula de forma genérica a Educação (Diretrizes e Bases) só pode ser uma lei federal.

Os Estados, Distrito Federal e Municípios estão autorizados, pelo texto constitucional, a legislar para atender peculiaridades locais (artigos 25, 30 e 32, todos da Constituição).

1.2. Nossa Legislação Infraconstitucional em EAD

Sem sombra de dúvida, as normas de Educação na Constituição são de eficácia limitada. Necessitam de leis (e demais espécies normativas que compõem a legislação infraconstitucional) para serem complementadas.

A complementação da Lei de Diretrizes e Bases não regulamentou (não complementou), ainda, o ensino a distância para os níveis infantil, fundamental e médio. Não há Decretos para estes níveis de educação, nem atos administrativos regulamentares inferiores, nem autorização do Ministério da Educação para tais cursos. Como dito acima, o artigo 32, parágrafo 4º, da LDB diz, por exemplo, que o ensino fundamental deve ser presencial, tendo a EAD apenas como complemento. A preferência do legislador (*mens legis*) é que o ensino infantil, fundamental e médio seja presencial. A EAD assumiria, aqui, um caráter de subsidiariedade.

A Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9.394/96) complementa a Constituição e traça as linhas mestras, as linhas gerais a serem seguidas pelos educadores brasileiros.

O grande impulso no Brasil atinente à Educação a Distância foi o **artigo 80**, da Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9.394/96). Esta lei, conforme o nome diz (diretrizes e bases), criou os rumos a serem tomados por todas as leis e demais atos normativos a serem feitos para fomentar a Educação no Brasil, e tudo de acordo com a principiologia de seu artigo 1º. O artigo 3º da lei confirma os princípios constitucionais mencionados.

A lei fixa, nos artigos seguintes, o dever do Estado de educar, podendo cometê-lo à iniciativa privada. Mas a tarefa da iniciativa privada será sempre por delegação, pois tanto a lei como a Constituição fixam o dever de ensinar como função (tarefa) do Estado (utilizamos, aqui, Estado a nos referir tanto à União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

O artigo 21 da lei sob comento fixa que haverá no Brasil ensino infantil, fundamental, médio e superior. Todavia, a regulamentação infralegal, que complementa a lei, somente permite, no Brasil, o ensino a distância para o nível superior. O artigo 32, parágrafo 4º, da

LDB diz, por exemplo, que o ensino fundamental deve ser presencial, tendo a EAD apenas como complemento.

Aqui cabe uma palavra sobre a complementação das leis. Se a Constituição é complementada pelas leis, quem as complementa? São os atos administrativos inferiores expedidos, aí sim, pelo Poder Executivo, e não mais leis feitas pelo Poder Legislativo.

Os atos inferiores consistem em Decretos, Portarias, Resoluções e tantos outros. Todos emanados dos órgãos públicos competentes. Eles complementam a lei, isto é, esmiúçam seu conteúdo, oferecem mais detalhes até onde a lei, que também tem grau de abstração e impessoalidade elevados, não vai.

Assim, uma lei complementa a Constituição e um Decreto ou uma Portaria complementam a lei.

O artigo 1º, da citada lei, traz a principiologia vista acima. No artigo 3º, mais princípios, como também visto acima.

Vejamos alguns dos princípios infraconstitucionais (art. 3º supra).

O primeiro versa sobre igualdade de condições. Tal princípio é essencial para permanência na escola e diminuição da luta de classes. Homens e mulheres são iguais no Brasil, em qualquer idade. As únicas diferenças são as estabelecidas pela própria Constituição, como, por exemplo, o direito de licença à gestante em tempo superior à licença concedida ao pai. O princípio da isonomia volta-se para o legislador que elabora a lei, o qual não pode elaborar leis que façam distinções, e volta-se, também, para o aplicador da lei. Aristóteles preconizou o princípio da isonomia (Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades). É preciso que o *discrimen* (fator de discriminação) entre a pessoa e o fato discriminado seja lógico. Por exemplo: permite-se concurso público somente para negros que queiram participar de uma pesquisa pública sobre doenças presentes no sangue da raça negra. O *discrimen* é lógico: concurso somente para negros. Somente as pessoas da raça negra podem participar porque o fato discriminado (pesquisa do sangue)

envolve apenas a raça negra. Mas não se pode discriminar quando se trata de Educação.

O segundo princípio, no inciso II acima, trata da liberdade de aprender, ensinar e pesquisar. Realmente, as universidades (em maior grau) e centros universitários e faculdades (em menor grau), além do ensino infantil, médio e fundamental, devem formar jovens pesquisadores e pensadores, independentemente de crenças religiosas ou outros temas que não a CIÊNCIA DA EDUCAÇÃO. A liberdade para aprender deve ser ampla, ilimitada.

O terceiro inciso supra trata do pluralismo de concepções pedagógicas. A lei já indica, aqui, que a formação do curso de EAD pode seguir vertente diferente do planejamento de cursos regulares, normais e presenciais. A liberdade pedagógica e didática deve ser incentivada no Brasil.

O próximo inciso (IV) prega a tolerância. Está em consonância com nosso artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal. O preconceito educacional também deve ser erradicado do sistema de educação. A tolerância entre os diversos métodos de ensino e aprendizagem deve ser tolerada no Brasil, assim como a tolerância em sala de aula, durante o aprendizado.

O inciso V supra prega a coexistência de instituições públicas e privadas no Brasil. Notamos que o ensino particular nunca é particular na acepção da palavra. É particular apenas por delegação do Poder Público. Nos termos da Constituição, o ensino é atividade pública, é dever do Estado, e apenas a título de delegação é transmitido aos particulares, que podem explorá-lo segundo rígidas regras das leis. A delegação aos particulares é uma forma de parceria com o Estado, que não consegue cumprir sozinho a missão de educar todos os jovens do país.

O próximo princípio diz que o Estado, ao oferecer cursos públicos, não pode cobrar por eles. É a gratuidade do serviço público de educação.

O inciso VII preconiza que o Professor deve ser valorizado. Não se vê isso na prática, mormente entre os Professores Públicos concursados, que ganham salários bem inferiores aos da área privada. A valorização do Professor, com boa formação de graduação

e pós-graduação, além de bons salários, é essencial na formação dos jovens brasileiros. Professor bom e motivado gera jovens bons e motivados!

O inciso VII apregoa a gestão democrática do sistema de ensino. Pode-se colher do princípio a ideia de mudanças periódicas na gestão nas escolas, participação maior dos pais e, por que não, participação maior também dos alunos na gestão escolar.

A garantia do padrão de qualidade (princípio inserto no inciso IX supra) é meta indissociável do processo de educação. De nada adianta educar sem qualidade. Um padrão de qualidade mínimo deve ser exigido, perpassando até mesmo por merendas nas escolas para a população carente. Um currículo mínimo deve ser exigido, como meta de qualidade para formação de jovens aptos a etapas posteriores (ensino superior ou pós-graduação) e mercado de trabalho.

Um princípio importantíssimo está no inciso X: é a valorização da experiência extra-escolar do aluno. O Professor e o sistema de educação como um todo não podem olvidar da vivência em família e sociedade do aluno. Não podem olvidar das condições sócio-econômicas do aluno. Não podem olvidar das experiências extra-classe do aluno, e devem tentar incorporar tudo isso no processo de ensino.

O último inciso assevera que o aluno deve sair da escola preparado para o mercado de trabalho. Deve sair da escola com formação social e humanística que lhe permita alcançar, por meio do trabalho, a dignidade da pessoa humana preconizada pela Constituição Federal no artigo 1º, inciso III. Este último princípio apregoa a vinculação da ciência com a prática, da pesquisa acadêmica com a prática, buscando integrar o jovem ao mercado de trabalho.

Mas o **artigo 80**, da Lei de Diretrizes e Bases, sem dúvida alguma foi um importante avanço para implementação da modalidade de Ensino à Distância – EAD no Brasil. Pelo menos no nível superior. O artigo 80 da LDB institui até mesmo custos diferenciados para transmissão em canais sonoros e de imagens.

Este artigo, importantíssimo, foi regulamentado, isto é, complementado, pelo

Decreto nº 5.622/05 (que revogou dois Decretos anteriores – 2.494/98 e 2.561/98).

Este Decreto nº 5.622/05 regulamenta definitivamente a modalidade de Educação a Distância no Brasil. Seu artigo 30 determina que, para os níveis que ainda não estão autorizados a ensinar a distância (infantil, fundamental e médio), há que se obter autorização do órgão competente (Ministério da Educação), ainda inexistente, como já salientado.

Vê-se que o Decreto utiliza a noção comum na doutrina acerca do conceito de EAD: Professor e Aluno em lugares ou tempos diversos.

A EAD, contudo, deve prever momentos presenciais, como a realização de provas e atividades em laboratórios (bancas de monografias), além de estágios (artigo 1º, parágrafo 1º supra).

O artigo 9º do citado Decreto prevê a modalidade de EAD, no Brasil, para cursos superiores (especialização, mestrado, doutorado e educação profissional e tecnológica de pós-graduação), o que já está implementado. Falta, no Brasil, a autorização do MEC e implementação da EAD nas escolas de nível infantil, fundamental e médio. O artigo 10 segue com normas sobre o credenciamento de instituições superiores públicas ou privadas. E os artigos seguintes determinam que as escolas que oferecem EAD passem por rigorosa reavaliação periódica para obter nova autorização para funcionamento.

É fácil perceber o porquê da falta de EAD em níveis básicos: as universidades, de acordo com o artigo 53 da LDB, gozam de autonomia para criar e extinguir seus cursos, sem autorização do MEC. Basta apenas o credenciamento e renovação ou reconhecimento, quando o caso.

A Portaria Ministerial MEC nº 4.361/04 regulamentou e normatizou ainda mais o Decreto nº 5.622/04, criando órgãos recebedores dos pedidos de autorização, reconhecimento e renovação de cursos em EAD, bem assim recursos administrativos contra indeferimento de pretensões. Esta Portaria, como é próprio dos atos administrativos inferiores vistos acima, detalha ainda mais a burocracia a ser seguida para se ofertar um curso na modalidade EAD.

Esta Portaria aduz que o reconhecimento, credenciamento e renovação de cursos superiores à distância, na modalidade pós-graduação *lato sensu*, deverão ser acompanhadas do PDI (Plano de Desenvolvimento Institucional, criado pela Lei nº 10.861/04. Esta lei regulamenta o ensino nas escolas superiores públicas e privadas. O PDI é mais detalhadamente regulamentado pelos seguintes atos inferiores: 5.154/2004, Decreto nº 5.224/2004, Decreto nº 5.225/2004, Portaria MEC nº 301/1998, Portaria MEC nº 1.466/2001, Portaria MEC nº 2.253/2001, Portaria MEC nº 3.284/2003, Portaria MEC nº 7/2004, Portaria MEC nº 2.051/2004, Portaria MEC nº 3.643/2004, Portaria MEC nº 4.361/2004, Resolução CES/CNE nº 2/1998, Resolução CNE/CP nº 1/1999, Resolução CES/CNE nº 1/2001, Resolução CP/CNE nº 1/2002 (art.7º), Resolução CES/CNE nº 10/2002 e Parecer CES/CNE nº 1.070/1999.

Os pedidos de credenciamento, autorizações, reconhecimentos e credenciamentos, de acordo com a Portaria, são informatizados. Devem ser encaminhados pela *internet* pelo Sistema de Acompanhamento de Processos de Instituições de Ensino Superior – SAPIENS, que é um sistema informatizado do MEC vinculado à Secretaria de Ensino Superior (vista mais abaixo quando da análise do Decreto nº 5.773/06, que cria as normas para credenciamento, autorizações, reconhecimentos e credenciamentos, além de normas sobre a supervisão das instituições de ensino e sistema de avaliação dos cursos).

Lembramos que a Portaria é um ato administrativo inferior ao Decreto, que o complementa.

Uma outra Portaria, a de nº 4.059/04, do MEC, diz que as instituições de ensino superior, na organização de seus cursos, poderão ofertar a modalidade semipresencial, mas desde que a oferta do curso semipresencial não ultrapasse 20% da carga horária total do curso. Há, por evidência, a exigência de avaliações presenciais.

Temos, outrossim, a Lei nº 9.131/95, que criou o Conselho Nacional de Educação. Este órgão, vinculado ao MEC, tem como atribuição prestar assessoramento ao Ministério da Educação, avaliando a política

de educação, velar pelo cumprimento da legislação e assegurar a participação da sociedade no aprimoramento da educação.

Este Conselho baixou a Resolução nº 1, de 2001, estabelecendo normas para pós-graduação *lato sensu* e *stricto sensu*.

O CNE possui Câmaras, às quais competem exercer as atribuições conferidas pela Lei 9.131/95, emitindo pareceres e decidindo privativa e autonomamente sobre os assuntos que lhe são pertinentes.

Esta Resolução trata basicamente da autorização e pedidos de renovação de reconhecimento de cursos de pós-graduação *lato sensu* e *stricto sensu*. A Resolução elevou à categoria de pós-graduação *lato sensu* os cursos de Master Business Administration (MBA). A Resolução também exige que pelo menos 50% dos Professores tenham título de Mestrado ou Doutorado.

Os cursos superiores, presenciais ou em EAD, *lato sensu* e *stricto sensu*, estão sujeitos a autorizações, avaliações, credenciamento, reconhecimentos, reavaliações e renovações de autorizações e reconhecimento. O CNE, na forma da lei, assim delibera, com auxílio, quando for o caso, da CAPES, que é outro órgão de coordenação (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior).

A Lei nº 11.502/2007 criou a CAPES atual, que antes, com a Lei nº 8.405/92, surgiu como uma fundação pública. Hoje a CAPES continua como fundação pública federal, como dotação orçamentária da União, vinculada ao MEC. Coordena a pós-graduação brasileira, o nível dos mestres, doutores e especialistas, e fomenta a formação de professores. Esta lei é complementada pelo Decreto nº 6.755/09, que institui a política nacional de formação de profissionais do magistério da educação básica.

A CAPES autoriza a criação de um curso de mestrado, que é posteriormente homologado pelo CNE. A CAPES tem uma diretoria de educação presencial (DEB) e outra de educação à distância (DED). A CAPES baixa diversas Portarias para detalhar e regulamentar ainda mais suas atividades.

Seguindo nosso caminho de leis e atos administrativos inferiores sobre Educação e

Educação à Distância, temos, em 2006, a publicação do Decreto nº 5.773/06.

Este Decreto cuida da supervisão e regulação dos cursos superiores, presenciais ou não. A Lei nº 10.681/04 e o Decreto instituem (este em seu artigo 1º), o SINAES – Sistema Nacional de Avaliação do Ensino Superior (além do PDI acima citado). Busca, evidentemente, a qualidade das faculdades, centros universitários e universidades. Cria, ainda, mais dois órgãos reguladores e avaliadores dos cursos: INEP (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira) e CONAES (Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior). Estes dois órgãos cuidam do credenciamento e avaliação das instituições de ensino superior.

Talvez o órgão mais importante criado por este Decreto nº 5.773/06 seja a Secretaria de Educação à Distância – SEED, ademais da Secretaria de Ensino Superior – SESU e Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica – SETEC (artigo 5º, parágrafo 4º).

O Decreto supra traz detalhadamente a competência do CNE, do INEP e de todos os demais órgãos que cria, com regras para o credenciamento, recredenciamento, regras para transferências de mantenedoras (artigo 25) e, mais, no art. 26, as regras para o credenciamento de educação à distância.

A exigência de credenciamento para EAD por parte das universidades, segundo Rosilâna Aparecida Dias e Lígia Silva Leite, fere a autonomia das universidades. Assim se manifestam estas insignes Autoras: “...desrespeito à autonomia universitária, visto que precisa de credenciamento para abrir cursos;”¹.

Este Decreto (assim como toda a legislação infraconstitucional ora apresentada) traz sanções para o descumprimento das normas de educação, pedidos de autorização, oferta de cursos, etc (Art. 11. O funcionamento de instituição de educação superior ou a oferta de curso superior sem o devido ato autorizativo configura irregularidade administrativa, nos termos deste

¹ DIAS, Rosilâna Aparecida. LEITE, Lígia Silva. *Educação a Distância – Da Legislação ao Pedagógico*, 1ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2010, p. 23.

Decreto, sem prejuízo dos efeitos da legislação civil e penal).

Ainda, em complemento ao citado artigo 80 da LDB, o MEC instituiu no país o Sistema Universidade Aberta do Brasil (UAB), com supedâneo no Decreto nº 5.800/06, objetivando a oferta de educação superior na modalidade à distância, mas exclusivamente para universidades públicas. Inicialmente prevê a formação de professores para a educação básica. A Lei nº 11.107/05 pode ser aplicada em conjunto com este Decreto, pois esta lei prevê a criação de consórcios, públicos ou privados, para fomento das atividades da UAB, com pólos municipais e, também, participação dos Estados.

Por fim, imprescindível apresentar a Portaria MEC nº 02/07, que define normas para o credenciamento de instituições de ensino superior na modalidade à distância, em seus primeiros artigos, e cria os pólos presenciais, para avaliações, estágios, defesa de trabalhos ou práticas em laboratório (artigo 2º, parágrafo 2º). São os momentos presenciais obrigatórios, também previstos no artigo 1º, parágrafo 1º, do Decreto nº 5.622/05.

Citada Portaria prevê as regras para aumento de oferta de curso, com exigibilidade de aumento de pólos, e prevê, no artigo 3º, a necessidade de credenciamento, autorização, reconhecimento e renovação para cursos de Direito, Medicina, Odontologia e Psicologia, dispensada a autorização para os demais cursos em universidades, pois gozam, segundo a Constituição, de autonomia (artigo 207, CF).

O artigo 3º, parágrafo 6º, desta Portaria MEC 02/07 aduz que a modalidade EAD deve constar do Plano de Desenvolvimento Institucional – PDI.

suma, a legislação em EAD é atualmente voltada para o ensino superior, mas nada impede sua implementação nos outros níveis de ensino. A LDB assim o permite, assim como os Decretos vistos e as Portarias, que deverão ser, no caso da implementação para o ensino infantil, fundamental e médio, complementadas por novas Portarias, aproveitando-se, conforme o caso, as normas de fiscalização, credenciamento, autorização, e demais disposições que podem ser adaptadas.

2. Da Legislação ao Professorado (da Lei à Prática)

2.1. Desafios da Legislação na Prática de EAD

O professor tem passado, cada vez mais, da posição de protagonista à de coadjuvante no processo educacional. Apontamos, no entanto, para o perigo em se exagerar tal posição, tomada por muitos docentes e empreendedores dentro das instituições, muitas vezes aí levados por motivações burocráticas e/ou políticas.

Esse reducionismo no processo dual de educação, em nossa opinião, pode, por exemplo, levar o aluno a pensar unicamente no aceleração de sua formação de estudante à posição profissional, e a instituição de ensino, privada ou não, a pensar somente em redução de custos.

Vale apontar, outrossim, que, por maiores as vantagens existentes na Educação a Distância, não devemos, em nenhum momento, perder de vista o fato de o quanto menos completa é a Educação, em seu sentido lato/ampliado, sem a vivência e interação real entre aluno-professor e aluno-aluno, perdendo o aprendiz as vantagens do intercâmbio e discussão de idéias, sempre carregadas de enorme valor cultural- educativo, mesmo que ocorrendo informalmente.

No entanto, vale aqui discutirmos a importância da EAD para os casos em que a distância geográfica, a indisponibilidade de tempo ou outras dificuldades, entre elas fatores socioeconômicos, coloquem dificuldades extremas para o acesso à Educação.

Cabe aqui, também, definirmos didaticamente a diferença, essencial para nós, entre Ensino e Educação, sendo esta um processo maior, mas profundo e englobador do ensino. Ela representa o instrumento que dá ao ser humano a possibilidade de desenvolvimento de atributos que levarão o indivíduo a inserir-se em seu contexto cultural e de direitos socioeconômicos. O Direito à Educação é um Direito Fundamental. Vejamos o pensamento expresso dos Autores nacionais Luz Bezerra Neto e Maria Cristina dos Santos Bezerra, na obra “Educação a Distância – Diferentes Abordagens Críticas”: “A educação escolar há séculos assumiu lugar de destaque

na sociedade quando se pensa sobre o tipo de homem que se quer formar. ... Ao professor caberia o papel de despertar a criança para que ela revelasse o conhecimento que já traz de casa”².

O Ensino, por sua vez, menos abrangente, encampa a forma sistematizada de um conjunto de conteúdos, que é adotado com o objetivo de transmitir informações e conhecimentos aos membros da sociedade como um todo.

Através do ensino de qualidade, busca-se garantir às pessoas, via escolarização, cursos e treinamentos, aquilo que lhes é essencial para construir sua própria visão de mundo, podendo o indivíduo então, inserir-se confortável e conscientemente na sociedade da qual faz parte.

De primordial importância salientarmos, neste contexto, a impossibilidade real de separar-se a transmissão e construção de conhecimento e saberes. E, acrescentaríamos que, não importando a forma de ensino - a distância ou tradicional/presencial, não nos devemos enredar em nomenclaturas perdendo de vista que o objetivo sempre será o aprender. Afirmam os Autores Beatriz Alexandrina de Mora Fetizon e César Augusto Minto: “... esperamos contribuir para que as políticas públicas relativas a esse importante tema sejam adotadas somente com vistas a atender às reais necessidades da maioria da população brasileira”³.

Vale lembrar que, mesmo nos idos das duas últimas décadas, os professores já se utilizavam de outras mídias e meios eletrônicos para complementar suas aulas. Por outro lado, aqueles inovadores que logo abraçaram a EAD cegamente, logo se

aperceberam que alguns encontros presenciais em muito ajudavam a melhorar o desempenho de alunos que antes só passavam pela experiência eletrônica.

Assim, vemos que, nos últimos anos, há clara tendência em várias instituições de ensino, entre elas a Universidade de São Paulo, de fazer convergir a EAD ‘purista’ e o ensino presencial, em diferentes proporções, mas em direção a menos tensão e mais harmonia entre os que apoiam uma modalidade ou outra.

Com a introdução de mais avançadas mídias eletrônicas, o simples ‘chat’ e as videoconferências agregam o sistema de ‘moodles’ e outras ainda mais modernas formas de compartilhamento professor-alunos bem como aluno(s)-aluno(s), deixando um pouco para trás a virulenta discussão quais as vantagens e desvantagens de um tipo eleito de EAD. Sem dúvida, há vantagens inegáveis à EAD quando esta permite a um aluno concluir seus estudos, com certificação, sem sair de onde mora. Embora ainda oferecendo a opção de encontros ocasionais, aulas-magnas, ‘chats’ on-line em tempo real e outros. Certifica em excelente artigo a Autora Sandra Aparecida Riscal: “Microcomputadores, Internet, todo um mundo digital vem sendo introduzido pelos meios de comunicação de massa nas representações coletivas, apresentando um maravilhoso mundo de acessibilidade a todo o conhecimento produzido pela humanidade”⁴.

É este pensamento que partilhamos e nos baseamos, neste estudo, para enfatizarmos a importância da formação e capacitação de bons professores, que realmente desejem (e possam) agregar a EAD ao seu exercício da prática educacional

Para que a Educação se concretize para além de simples exposição e coleta de informações, insistimos na importância da produtiva e eficaz interação professor-aluno(s), principalmente em cursos oferecidos à distância via multimídia e Internet, sempre com a opção, que levantamos anteriormente,

² BEZERRA NETO, Luiz; BEZERRA, Maria Cristina dos Santos. *Ensino a Distância: Solução ou Novos Desafios para a Educação?* In: SOUZA, Dileno Dustan Lucas de; SILVA JR., João dos Reis; FORESTA, Maria das Graças Soares (Org.). *Educação a Distância – Diferentes Abordagens Críticas*. 1ª Edição, São Paulo: Editora Xamã, 2010, p. 140.

³ FETIZON, Beatriz Alexandrina de Moura; MINTO, César Augusto. *Educação a Distância: Equívocos, Legislação e Defesa da Formação Presencial*. In: SOUZA, Dileno Dustan Lucas de; SILVA JR., João dos Reis; FORESTA, Maria das Graças Soares (Org.). *Educação a Distância – Diferentes Abordagens Críticas*. 1ª Edição, São Paulo: Editora Xamã, 2010, p. 156.

⁴ RISCAL, Sandra Aparecida. *Educação Solitária*. In: SOUZA, Dileno Dustan Lucas de; SILVA JR., João dos Reis; FORESTA, Maria das Graças Soares (Org.). *Educação a Distância – Diferentes Abordagens Críticas*. 1ª Edição, São Paulo: Editora Xamã, 2010, p. 53-55 e 68-71.

da eleição de um número ‘x’ de encontros presenciais, para a perfeita concatenação das TICs, que oferecem, sim, novas formas de trabalhar, sem deixar de lado a importância de algumas modalidades mais, digamos, tradicionais. Reflete o ilustre Autor nacional Professor Reginaldo Moraes: “Quando falamos do acesso a novas tecnologias de comunicação, de fato trata-se de dois tipos de acesso (e dois tipos de barreira): o acesso tecnológico (disponibilidade física do equipamento, *software*, energia elétrica, linhas de telefone, etc) e o acesso social (além da renda, os conhecimentos, as habilidades e os hábitos de uso desses recursos)”⁵.

Há necessidade de alto grau de consciência ética por parte do docente, profundo conhecimento metodológico (inclusive das TICs), aprofundamento de contexto dos conteúdos programáticos, para que o professor, conhecedor das exigências e falhas da EAD, possa efetivamente não somente transmitir e partilhar conhecimentos mas, também, ser um bom facilitador e mediador do processo educacional.

Creemos ser de suma importância o professor, que esteja na prática envolvido em EAD, assumir a posição de jamais se furtar da tarefa, inerente ao bom mestre, de oferecer sua contribuição pessoal constante, presencialmente ou virtualmente (no caso da EAD, complementar ou não), pois a Educação é, em última análise, coerência ética onde o docente visa a conquista de autonomia pessoal e/ou profissional por parte do aprendiz.

As transformações pelas quais passa a Educação no Brasil, a partir dos anos 90, levaram sem dúvida os modelos educacionais a grandes transformações para paradigmáticas, e tal não seria diferente no que tange a EAD. Tais transformações se reportam não só aos conteúdos curriculares, mas, sem dúvida, discutem fundamentalmente o atual papel do professor. A partir de meados dos anos 80, vimos que as políticas relacionadas à formação de professores de EAD tendem a refletir as mudanças socioeconômicas no país, daí a ênfase na necessidade na formação de mais

professores envolvidos na educação a distância, levando-se em conta que sua prática está indelevelmente inserida no mesmo contexto cultural e socioeconômico do aprendiz/aluno.

O docente de EAD, na prática, como parte insubstituível no binômio professor-aluno, necessita de sólida capacitação para, justamente, fazer face – e jus, à sua presença no aludido binômio. O ensino baseado em modernas tecnologias interativas não pode perder de vista seu maior foco: a educação. As já citadas Professoras Rosilâna Aparecida Dias e Lígia Silva Leite (op. cit.) pontuam expressamente em sua obra: “Ou seja, pode-se repetir a educação tradicional, apenas através de algo novo – a rede com seus cursos a distância. Nesse caso, quebramos as barreiras geográficas, mas sem haver mudança de paradigma no que diz respeito à concepção de ensino e de aprendizagem. A redefinição dos papéis dos professores pelo uso da tecnologia envolve questões como estilos de ensino, necessidade de controle pelo professor, concepções de aprendizagem e a percepção da sala de aula como um sistema ecológico mais amplo, no qual os papéis de professores e alunos estão começando a mudar”⁶.

Se considerarmos que a LDB e o Decreto nº 5.622/2005 consolidaram a EAD como modalidade de ensino voltada democraticamente a todos os níveis da Educação (salvo o Ensino Fundamental), vemos que a as universidades, privadas ou não, foram instadas a darem seu apoio acadêmico-institucional à modalidade de EAD, e o que vemos foi não só a criação da UAB, mas o cada vez maior engajamento e apoio dezenas de universidades e faculdades à Educação a Distância, também como forma de ampliar e expandir seus cursos de educação superior, especializações e cursos de Pós-Graduação.

Sem dúvida, universidades públicas e privadas têm alavancado, nesta última década, seu suporte acadêmico para a legitimização e otimização de cursos oferecidos à distância, e têm expandido metas na formação de professores realmente mais atualizados e mais

⁵ MORAES, Reginaldo C. *Educação a Distância e Ensino Superior – Introdução Didática a um Tema Polêmico*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Senac, 2010, p. 25.

⁶ DIAS, Rosilâna Aparecida. LEITE, Lígia Silva. *Educação a Distância – Da Legislação ao Pedagógico*, 1ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2010, p. 64.

atuantes, cujos modelos introjetados de EAD sejam cada vez mais abrangentes, flexíveis e integradores.

Vale salientar que, em nossa opinião, não somente o professor deve estar mais capacitado a levar adiante bons modelos de EAD como também os alunos precisarão estar, cada vez mais, suficientemente conscientes e amadurecidos de seu papel em sua formação e aprofundamento de conhecimento, sabendo que, embora haja momentos possíveis de interação com seu professor, e em alguns casos, aulas presenciais, ele é, na moderna EAD, responsável por si e pelo seu desempenho ao estudar autonomamente.

Participamos do entusiasmo ensejado pela atual expansão da EAD, a qual, quando bem mensurada e aplicada, produz importantes mudanças não só em nosso sistema educacional mas, obviamente, também na sociedade como um todo. Isto porque, em nossa opinião, a idéia de educação a ‘distância’ supõe a separação geográfica-espacial e temporal entre o estudante e seu professor.

Porém, do ponto de vista estritamente educacional, e emocional, é perfeitamente possível ao aluno sentir-se próximo ao professor se este ficar ‘presente’ através de constantes e-mails ou vídeo-conferências, disponível para esclarecimentos de dúvidas e compartilhamentos – no binômio ensino-aprendizado.

Podemos inserir aqui que, essa ‘nova forma’ de interação, pode promover a pesquisa de determinado tópico propondo ao aluno consulta(s) à Biblioteca (presencial ou virtual) e, depois, motivar o aprendiz para enriquecedoras discussões. Consideramos que, muitos dos problemas apontados por detratores da EAD nada mais são do que os mesmos ou semelhantes às conhecidas formas de ensino presenciais.

Ao propiciar uma maior democratização da educação - embora ainda longe de maiores e melhores parâmetros em se tratando de um país imenso como o nosso, com desníveis socioeconômicos às vezes quase intransponíveis – a EAD já dá o impulso necessário para a melhoria do nível e conteúdos programáticos e há o movimento

para que estes que alcancem maiores contingentes de aprendizes.

O professor atual, envolvido com Educação a Distância, vê-se diante de formas mais flexíveis de ensino e, na esperança de melhor aprendizado, começa a envolver-se com mais entusiasmo em planejamentos diferentes dos convencionais. Muitas vezes utilizando-se ele próprio de ferramentas de EAD, como forma de aumento e aprofundamento de seus conhecimentos, o professor parece, atualmente, envolver-se de forma mais prática e atuante na formulação de melhores conteúdos, e metodologias mais adequadas ao nosso atual contexto socioeconômicoeducativo.

Porém, voltamos a insistir que, apesar das diferenças na forma e metodologias entre a EAD e aulas em sala de aula (presencial), esta última de há muito se utiliza de prática além sala de aula: laboratórios, bibliotecas, aulas magnas seguidas de roteiros de estudos e outras, donde se vê que o ‘salto’ para o uso de mídias eletrônicas (no caso da EAD) não causa abismos intransponíveis às instituições de ensino e professores que, de fato, estejam profundamente interessados no compartilhamento de conhecimento e aprendizado de seus alunos.

Falamos aqui de pessoas - que querem aprender, compartilhar conhecimentos e idéias, e a *percepção* da distância fica minimizada se, como já discutimos aqui, houver contato – virtual mas em tempo real, entre o tutor e o aprendiz, para que nenhum dos dois lados se sinta só como se falando num vazio. A motivação, para os dois lados, deve ser não o entusiasmo pela ‘tecnologia’ e sim pela atividade que será desenvolvida interativamente.

Por outro lado, na prática, o Professor que se vê diante de inúmeros recursos (audiovisuais e outros, na Net), principalmente nos cursos de EDA on-line, passa a se sentir mais e mais motivado a usar sua criatividade para além da sala de aula, apropriando-se e usufruindo das novas formas de transmitir conhecimentos, propondo (e avaliando) produção de textos e pesquisas mais interessantes, embora mantendo o caráter de exigência acadêmica. O Mestre Reginaldo Moraes, em sua obra, pontifica: “Atividades

colaborativas entre os alunos, comentários dos colegas e avaliações *on-line* podem ser apoiados por conferências virtuais pela *internet*⁷.

Importante notar que, atualmente, a EAD no Brasil oferece inúmeros e diferentes cursos, desde graduação à especializações ou pós-graduações utilizando-se de ambas as modalidades: aulas de currículos convencionais, com alguns cursos presenciais, mais intervenções calculadas de alguns currículos especialmente desenhados para uso do aprendizado à distância, mas, na maior parte dos casos, encontramos no país um misto das duas modalidades.

Para nós, esse novo conceito de aprendizagem (*learning*), o qual coloca o aluno como coadjuvante no processo educacional, ajuda em muito a diminuir os inconvenientes levantados pelos oponentes da EAD. Pouco a pouco, tanto alunos como docentes, críticos ou não em ambas as modalidades (= educação a distância versus presencial) estão descobrindo que recursos das TICs podem ser muito ricos em apoio às atividades tradicionalmente oferecidas e vice-versa. Com a oferta atual de enorme variedade de programas (em softwares, por exemplo) voltados à EAD, o docente pode criar, mesmo que inicialmente sem grandes conhecimentos de informática, excelentes programas para o aprendizado de sua matéria, e dando sugestões, e motivando ricas discussões *on-line*. João Mattar, ilustre Autor e Professor brasileiro, acentua expressamente em sua obra: “No meio de um *chat*, por exemplo, pode-se dividir a turma em grupos para fazer alguma atividade, e posteriormente os alunos retornarão ao *chat* para expor e debater suas conclusões”⁸.

Gostaríamos de acrescentar, às observações acima, o fato de que a facilidade cada vez maior de acesso à informação, principalmente via *internet*, pode trazer, tanto para o professor como para o aluno de EAD, um perigo a deve ser evitado a qualquer custo:

⁷ MORAES, Reginaldo C. *Educação a Distância e Ensino Superior – Introdução Didática a um Tema Polêmico*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Senac, 2010, p. 60.

⁸ MATTAR, João. *Guia de Educação a Distância*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Cengage Learning – Portal da Educação, 2011, p. 26.

o do não aprofundamento do conhecimento, o da não análise-crítica, devido à rapidez da difusão da informação atualmente, que é quase imensurável.

Tal fato traz consigo, no rastro das constantes mudanças mundiais encontradas no mundo virtual, acréscimos e nuances que podem afogar alunos e docentes na perigosa areia movediça da virtualidade efêmera; da aparente facilidade; da ‘necessidade de rapidez’; da não atenção e colocação crítica; de “colas”, e da falta de parâmetros éticos adequados.

Daí muitas são as acaloradas discussões, em defesa da EAD, como se panacéia definitiva esta fosse contra os males educacionais ainda tão presentes no país, e daqueles contra, que são ferrenhos inimigos da mesma. Segundo argumentos destes, a EAD pode ser inadequadamente utilizada somente por motivos políticos ou econômicos.

3. Conclusão

Levantamos, neste estudo, reflexões sobre se a EAD foi inicialmente concebida como uma alternativa para redução das desigualdades educacionais do Brasil. Se tal fosse o caso, como impedir que não caia no extremo perigoso, que mencionamos anteriormente, de se considerar a EAD apenas como uma ‘novidade’ moderna na área de informação e comunicação, sem as necessárias mudanças pedagógico-estruturais e, também, em termos de conteúdos.

Existe, entre alguns professores e alunos recentemente apresentados à EAD, embora com menos frequência que em anos atrás, a noção equivocada de que cursos à distância não exigem dedicação e aprofundamentos paralelos (leituras extras; idas à bibliotecas convencionais; mais pesquisas individuais; uso frequente de teleconferências e/ou comunicação por Skype, por exemplo).

Cursos à distância exigem, tanto do professor/tutor como do aluno, uma dedicação mais madura, perseverança, horas e horas de pesquisa, um comprometimento ético difícil, ainda, para muitos, principalmente aqueles que já completaram etapas de maneira convencional e só agora descobrem, através

das TICs, a riqueza de poderem acrescentar conhecimentos, possibilitados através da EAD.

Pretendemos aqui, apenas, levantar dados e mostrar que cada uma - e ambas - têm pontos frágeis e vulneráveis a serem discutidos e, talvez, modificados, adequados ou melhorados. Mas igualmente têm, ambas, grandes possibilidades ampliadoras e de acertos, colocando-nos na posição de considerar que, quando bem implementada, a

EAD pode ser elevada a elemento enriquecedor e futuramente vital no sistema educacional brasileiro.

Cabe ao docente, principalmente aquele que abraça a EAD, perceber que o professor, em seu constante processo educativo, precisa ser tanto Educador como também Aprendiz desta nova e promissora modalidade de ensino em nosso país.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva: 2007.
- DIAS, Rosilâna Aparecida. LEITE, Lígia Silva. **Educação a Distância – Da Legislação ao Pedagógico**, 1ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2010.
- GOUVÊA, Guaracira; OLIVEIRA, Carmen Irene. **Educação a Distância na Formação de Professores – Viabilidades, Potencialidades e Limites**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Vieira e Lent, 2006.
- MATTAR, João. **Guia de Educação a Distância**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Cengage Learning – Portal da Educação, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª Edição. 17ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22ª Edição. São Paulo: Atlas, 2007.
- MORAES, Reginaldo C. **Educação a Distância e Ensino Superior – Introdução Didática a um Tema Polêmico**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Senac, 2010.
- SOUZA, Dileno Dustan Lucas de; SILVA JR., João dos Reis; FORESTA, Maria das Graças Soares (Org.). **Educação a Distância – Diferentes Abordagens Críticas**. 1ª Edição, São Paulo: Editora Xamã, 2010 JR.
- TORI, Romero. **Educação Sem Distância – As Tecnologias Interativas na Redução de Distância em Ensino e Aprendizagem**. 1ª Edição, São Paulo: Editora Senac.

RESUMO

Discute-se neste artigo uma das tendências modernas do direito administrativo face ao novo perfil do Estado: a **agenciificação**. Questiona-se, assim, qual o efetivo papel das agências reguladoras no direito brasileiro, levando-se em conta suas principais características, regime jurídico diferenciado em relação às demais autarquias existentes e relacionamento destas entidades com os três poderes estatais.

Palavras-chave: Estado. Inovações. Serviços Públicos. Regulação. Agências Reguladoras. Autonomia. Separação dos poderes.

ABSTRACT

We discuss in this article one of the modern trends of administrative Law over the new profile of the state: the **agenciificação**. One may wonder, well, what the actual role of regulators in Brazilian law, taking into account its main features, different legal regime in relation to other existing authorities of these entities and relationships with the three state powers.

Keywords: State. Innovations. Public Services. Regulation. Regulatory Agencies. Autonomy. Separation of powers.

* Professora de Direito Administrativo das FMU- Faculdades Metropolitanas Unidas. Advogada graduada pela FMU. Especialista em Direito Constitucional pela ESDC - Escola Superior de Direito Constitucional e Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela UNIMES – Universidade Metropolitana de Santos.

1. Introdução

O direito administrativo atual passa por algumas inovações. Essas inovações são tidas como decorrência da modificação do próprio perfil do Estado, seja por conta das regras advindas de comunidades internacionais, como aquelas criadas pelo direito comunitário europeu, ou da globalização que aproxima cada vez mais os Estados, seja por conta de sistemas estrangeiros que influenciam diretamente a reforma da estrutura estatal, tal como ocorre com o sistema da *common law*.

O surgimento no direito brasileiro das agências reguladoras é uma das inovações nascidas dessas novas tendências, de modo a levar praticamente a um movimento chamado pelos doutrinadores administrativistas de **agencificação**, e esta inovação é uma influência direta do sistema da *common law*.

2. As Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro

As conhecidas agências reguladoras no Brasil foram criadas pelo Governo Federal com o objetivo de auxiliá-lo na regulamentação de serviços públicos delegáveis à iniciativa privada, mediante concessões, permissões ou autorizações, já que a titularidade deles, o controle e a devida fiscalização continuariam em mãos da própria Administração Pública.

Conforme acima dito, trata-se de entidades criadas sob a influência do direito norte-americano, cuja estrutura administrativa resume-se à existência das agências. Fala-se que “nos Estados Unidos toda a organização administrativa se resume em agências, (vocábulo sinônimo de ente administrativo, em nosso direito), a tal ponto que se afirma que ‘o direito administrativo norte-americano é o direito das agências’ (cf. Eloísa Carbonell et. al., 1996:22)”.¹

Daí por que sua efetividade no direito brasileiro ainda é bem discutida.

De fato, Odete Medauar, comentando a questão a respeito da origem dessas entidades, ensina que:

Tal denominação vem sendo usada no Brasil, recentemente, por influência dos ordenamentos anglo-saxônicos, sobretudo. Na Inglaterra, a partir de 1834, floresceram entes autônomos, criados pelo Parlamento para concretizar medidas previstas em lei e para decidir controvérsias resultantes desses textos; a cada lei que disciplinasse um assunto de relevo, criava-se um ente para aplicar a lei. Os Estados Unidos sofreram influência inglesa e desde 1887, com a criação da Interstate Commerce Commission, tem início a proliferação de agências para a regulação de atividades, imposição de deveres na matéria e aplicações de sanções. Adquiriu muita fama a FDA (Food and Drugs Administration), responsável pela regulação, fiscalização e imposição de penalidades no âmbito da produção e comercialização de alimentos, cosméticos e medicamentos.

Na França existem as autoridades administrativas independentes, podendo-se notar que a expressão idêntica se encontra no art. 9º da Lei 9.472, de 16.07.1997, que institui a agência reguladora de telecomunicações.²

No Brasil, essas agências reguladoras são criadas por lei e possuem a natureza de autarquias de regime especial vinculadas ao Ministério correspondente à matéria que se destinam a regular. Integram, assim, a administração pública federal indireta para todos os efeitos e gozam de todos os benefícios e regras aplicáveis a todas as autarquias em geral, além daqueles criados pelas leis instituidoras.

Fala-se que possuem a natureza de autarquias de regime especial, pois o que uma agência reguladora pode fazer, as demais autarquias comuns estão impedidas de fazê-lo, além do que a lei criadora destas entidades

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p 475.

² MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**, 12ª ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2008, p. 75.

pode outorgar-lhes regime jurídico diferenciado em relação às demais.

Comentando a questão, Diógenes Gasparini explica que:

São criadas por lei como autarquias de regime especial. Essa a sua natureza jurídica. Como autarquias de regime especial recebem os privilégios que a lei criadora lhes outorga e os comuns a todas as autarquias, indispensáveis ao atingimento de seus fins. Ainda que não haja uniformidade quanto a privilégios outorgados a essas entidades, pode-se afirmar que em suas leis criadoras são encontráveis: autonomia administrativa em tudo que diga com seus objetivos e atividades, de sorte que suas decisões são definitivas, não cabendo recurso para a Administração Pública direta, sua criadora; autonomia financeira, decorrente de seus próprios recursos e dos advindos de outras fontes; poder de regulamentação; estabilidade de seus dirigentes, garantida por mandato fixo, cujo exercício não é, por certo, absoluto, pois devem observar os princípios que norteiam a Administração Pública, a exemplo dos indicados no art. 37, caput, da Constituição Federal.³

Gustavo Binenbojm, na mesma linha de pensamento, comenta a respeito de suas principais inovações ao explicar que:

a pedra de toque dessa independência (ou autonomia reforçada) das agências reguladoras em relação ao governo é a independência política dos seus dirigentes, nomeados por indicação do Chefe do Poder Executivo após a aprovação do Poder Legislativo, e investidos em seus cargos a termo fixo, com estabilidade durante o mandato. Isto acarreta a impossibilidade de sua exoneração ad nutum pelo Presidente – tanto aquele responsável pela nomeação, como

seu eventual sucessor, eleito pelo povo.⁴

Ocorre, porém, que muito se discute atualmente qual o real papel das agências reguladoras no país, se elas foram criadas para melhorar efetivamente a função regulatória do governo federal ou acabam criando novos empecilhos e entraves no ordenamento jurídico brasileiro. O mesmo autor supracitado, ao analisar a atuação das agências reguladoras no Brasil, faz uma interessante abordagem, comentando sobre elas que:

Em fevereiro de 2003, o Presidente Lula saiu de uma reunião ministerial e declarou aos mais importantes jornais e redes de TV que ‘as agências mandam no país’. Ele reclamou também que era avisado dos aumentos de tarifas de serviços públicos pelos jornais e que as decisões que mais afetavam a população não passavam pelo governo.

Logo em seguida, em março de 2003, Lula designou uma comissão para discutir uma proposta legislativa de reforma da estrutura das agências. De outra parte, o governo iniciou um acalorado debate público com as agências de telecomunicações (ANATEL) e energia elétrica (ANEEL) tendo por objetivo a revisão das tarifas telefônicas e de energia, cujo exame estava em curso. Por evidente, não interessava a um governo popular que, logo em seu começo, medidas impopulares – como o aumento de tarifas – fossem determinadas pelas agências. Na percepção da opinião pública, tais medidas seriam certamente atribuídas ao governo como um todo.⁵

A despeito dos aspectos políticos da questão, de fato, tais discussões somente demonstram a fragilidade da estrutura organizacional das agências reguladoras no Brasil. O autor, na mesma obra, ainda alerta

³ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 344.

⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional. Artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 20.

⁵ Ibid., p. 22.

para algumas falhas preocupantes no que tange à atuação dessas agências ditas independentes. Uma delas é a preocupação de que a dita autonomia concedida às agências reguladoras poderá gerar um sacrifício do princípio da legalidade, previsto no artigo 37, *caput*, da CF/88.

É sabido que as agências reguladoras gozam de autonomia normativa, podendo definir conceitos jurídicos indeterminados e ligados ao âmbito de sua atuação. Decorrencia do princípio da especialidade a que estão sujeitas. O receio é que, sob o pretexto desta autonomia, as agências passem por cima da própria lei, o que não poderia ser admitido.

Por conta disso, o Tribunal Regional da 3ª Região⁶, consagrando o entendimento doutrinário sobre o tema, proferiu acórdão acolhendo a tese de que o poder normativo das agências reguladoras é meramente regulamentar e de complementação, encontrando-se dentro da classificação de atos normativos derivados e infralegais, devendo obediência à lei e dela não podendo se desviar. Confira-se, nestes termos, o v. acórdão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. EDIÇÃO DE RESOLUÇÃO POR AGÊNCIA REGULADORA. NÃO OBSERVÂNCIA DOS LIMITES DA COMPETÊNCIA NORMATIVA. ALTERAÇÃO INDEVIDA DO CONTEÚDO E QUALIDADE DE CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PACTUADOS ENTRE CONSUMIDORES E OPERADORAS.

A parcela de poder estatal conferido por lei às agências reguladoras destina-se à consecução dos objetivos e funções a elas atribuídos. A adequação e conformidade entre meio e fim legitima o exercício do poder outorgado.

Os atos normativos expedidos pelas agências, de natureza regulamentar, não podem modificar, suspender, suprimir ou revogar disposição legal, nem tampouco inovar.

A questão quanto ao poder normativo das agências reguladoras também já havia sido apreciada pela Suprema Corte no julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta para discutir a respeito da constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei nº 9.472/97, legislação que instituiu a ANATEL e concedeu-lhe os poderes normativos em debate.⁷

A solução dada pelo Supremo Tribunal Federal deixa claro que a atividade normativa das agências limita-se a especificar a matéria por meio de resoluções dentro dos espaços deixados por Decretos Regulamentares baixados pelo Chefe do Executivo Federal ao dar fiel cumprimento à lei, uma vez que a edição de decretos regulamentares no Brasil é de competência privativa do Presidente da República, nos exatos termos do art. 84, incisos IV, da CF.

Assim, é fácil perceber que o poder normativo a elas atribuído não pode ultrapassar os limites da competência legislativa. Com efeito, as normas editadas pelas agências reguladoras devem ter um caráter estritamente técnico, sem dispor de matéria não prevista em lei, nem muito menos ultrapassando os limites legais.

3. As Agências e seu Relacionamento com os Três Poderes Estatais

Outra questão importante que se discute a respeito da atuação dessas agências reguladoras é que a dita autonomia de que gozam e que lhes é relevante não pode servir de desculpa para a falta de cumprimento de diretrizes públicas impostas a todos os administradores, nem mesmo de ausência de controle pelos demais poderes, como consequência do regime de freios e contrapesos adotado constitucionalmente (art. 2º da CF).

Assim, quanto ao controle dessas entidades munidas de certa margem de independência em relação aos Poderes Estatais, cabem algumas observações importantes.

No que tange ao Poder Judiciário brasileiro, não se pode dizer que as agências

⁶ Agravo de Instrumento nº 129.949, 6ª Turma, Rel. Juiz Mairan Maia, j. 24-4-2002, DJU 14-6-2002.

⁷ Vide julgamento em 20/06/98 pelo Supremo Tribunal Federal, na Adin 1688.

atuam em independência em relação a ele. De fato, às agências reguladoras é atribuída uma função quase judicial, pois por força de sua especialidade, resolvem os conflitos de interesses surgidos e que são de sua alçada regulatória, tendo decisão definitiva dentro da esfera administrativa, não sendo permitida sua revisão por nenhum outro órgão da Administração Pública Federal Direta.

Contudo, quanto ao controle judicial, toda e qualquer decisão das agências reguladoras é passível de revisão pelo Poder Judiciário, no que tange aos aspectos de sua legalidade, nos exatos termos do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, consagrador do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.⁸

Por sua vez, quanto ao Poder legislativo, a alegada independência desenfreada também não pode existir. A despeito das agências reguladoras possuírem poder normativo, como dito antes, tal atribuição é limitada à definição de conceitos jurídicos indeterminados, com total respeito às normas Constitucionais e infraconstitucionais. Cabe-lhes também o controle, como de qualquer uma autarquia, financeiro e orçamentário exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

O próprio controle exercido pelo poder Legislativo, por exemplo, pelas comissões parlamentares de inquérito, aumentaria a independência dessas agências e a confiabilidade de que as suas atribuições legais fossem efetivamente cumpridas.

Agora, no que diz respeito ao Poder Executivo, a independência das agências já é um pouco maior. Como as agências reguladoras são pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública Federal Indireta, o controle exercido sobre elas é de supervisão ministerial relativa ao Ministério, órgão da Administração Pública Federal Direta, a que esteja vinculada.

No mais, seus atos e decisões não podem ser revistos pelo Poder Executivo, sem contar com a relativa estabilidade de seus dirigentes, que lhes confere maior autonomia funcional.

Não se espera que toda e qualquer proposta das agências reguladoras seja

controlada pelo governo federal, porém se espera que haja uma definição melhor das competências de cada um deles e um canal de comunicação e de equilíbrio, a fim de evitar abusos de ambos os lados.

Gustavo Binenbojm faz uma interessante sugestão a respeito desse canal de equilíbrio e de comunicação que deveria ser melhor definido entre a Administração Pública direta federal e as agências reguladoras:

[...] a submissão dos órgãos reguladores às políticas públicas traçadas pela Administração Central é uma forma de controle pelo Poder Executivo que se encontra prevista nas próprias leis instituidoras das agências. A competência dos Ministérios para, nos termos do art. 87, parágrafo único, inciso I, da Constituição, exercerem ‘a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal’ tem na lei o seu fundamento e o seu limite. É desejável assim, que o desenho dos marcos legais da relação entre o governo e agências seja equilibrado, de modo a preservar uma base de autonomia para os reguladores sem isolá-los completamente das diretrizes gerais ditadas pelos governos democraticamente eleitos. Ademais, não seria incompatível com o regime de autonomia que a lei contivesse previsão de recursos hierárquicos impróprios das decisões das agências à Chefia do Executivo, em situações excepcionais e de grande relevância social. Esta seria uma forma legalizada de comunicação entre regulação e política pública governamental.⁹

Dessa forma, o canal de comunicação entre elas e o Poder Executivo deve realmente se estreitar já que as agências reguladoras e a Administração Pública Direta não podem atuar, no dizer de Carlos Ari Sundfeld, “como se fossem ‘Estados Independentes’, isto é, verdadeiros Estados ao lado do Estado. Isso,

⁸ Art. 5º, inciso XXXV, da CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

⁹ **Temas de direito administrativo e constitucional. Artigos e pareceres.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 110.

no entanto, não quer dizer que, quanto às matérias de competência das agências, a Administração Direta deva necessariamente intervir.”¹⁰

4. Conclusões Sobre o Papel das Agências Reguladoras nos Setores de Regulação

Enfim, o movimento de **agencificação** no Brasil foi iniciado em um momento em que a economia do país se encontrava em constante crescimento e exigia do Estado uma atuação mais eficaz para a solução de problemas sociais de conhecida carência e de longa data pela comunidade brasileira, ainda mais em termos de prestação de serviços públicos.

De fato, a desburocratização, a eficiência, transparências das ações governamentais e valorização do cidadão tido como principal mecanismo de controle social demonstram que o surgimento dessas entidades cada vez mais é realmente inevitável.

Atualmente, existem diversas agências reguladoras no Brasil responsáveis pelo controle e coordenação de serviços públicos delegados a concessionários e permissionários responsáveis por setores diretamente ligados aos consumidores nacionais.

Normas instituidoras de algumas agências (como a Lei nº 9.472/97 – Lei Geral das Telecomunicações) e referentes à criação de mecanismos de participação social no controle de atuação dessas entidades, tais como audiências públicas, “disque-denúncia”, oitiva de opinião dos interessados, coleta de opiniões e outras, também merecem aplausos, vez que compatíveis com um Estado democrático de direito.

Infelizmente, várias questões ainda não foram respondidas pelas agências reguladoras de forma convincente. Espera-se, assim, que tais entidades possam de fato se adaptar por completo às regras do direito brasileiro e que o canal de comunicação entre elas e o Poder Executivo Federal realmente se estabeleça, a fim de que produzam, na prática, a eficácia

esperada em alguns setores sociais, em especial àqueles diretamente ligados aos consumidores nacionais que são os que mais sofrem com as imperfeições desse recente sistema.

¹⁰ Introdução às Agências Reguladoras. In: Sundfeld, Carlos Ari (Coord.). Direito Administrativo Econômico, p. 26-27.

REFERÊNCIAS

- BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional. Artigos e pareceres.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo.** 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 12ª ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2008.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Introdução às agências reguladoras.** In: Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.

RESUMO

Trata do princípio da publicidade no direito processual, desde a sua concepção histórica até sua aplicação na atual sociedade. Busca demonstrar a necessidade de se repensar o princípio da publicidade processual, diante dos novos meios de transmissão de informação, da influência da mídia e do processo eletrônico, para que se preserve a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Processo Civil. Publicidade. Internet. Processo Eletrônico. Dignidade Da Pessoa Humana. Intimidade.

ABSTRACT

It is about the publicity principle on the procedural laws, since it's historical conception until its actual application on the society. The target is to demonstrate the necessity of rethink over the processual publicity principle, considering the new information transmission ways, the influence of the media and the electronics processes, in order to preserve the human person dignity.

Keywords: Civil Process. Publicity. Electronic Process. Media. Human Person Dignity. Intimacy.

* Advogada, Especialista em Direito Penal, Mestre em Direito na Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU, Professora Universitária.

1. Introdução

O presente estudo tem por objetivo fazer uma análise da aplicação do princípio da publicidade no direito processual na atualidade, tendo em vista que o processo alterou-se substancialmente desde seus primórdios, hoje falamos até em processo eletrônico, sendo certo que há a necessidade de se adaptarem diversos dos institutos à modernidade, um deles é a publicidade. Vale lembrar, a título de introdução, que o processo é o meio pelo qual o Estado interfere na vida dos particulares, na busca da pacificação dos conflitos surgidos na sociedade, proporcionando o respeito à lei, daí advindo a função publicista do processo. Assim é que a jurisdição tem natureza pública e deriva do direito de ação, fazendo surgir o processo, relação jurídica própria, que não se confunde com o direito material em conflito.

Sendo o processo o instrumento pelo qual o Estado legitima sua atuação, para resolução de conflitos, fazendo prevalecer tudo conforme previsto legalmente, há a necessidade da existência de meios que garantam justamente essa função precípua da jurisdição. Em vista disso, o processo deve observar certos princípios, para desenvolver-se de maneira válida, legal e regular, legitimando o exercício da função jurisdicional pelo Estado-juiz.

Especialmente, o que mais nos interessa no presente estudo, o processo deve tramitar sob princípio da publicidade, sendo públicos todos os seus atos, possibilitando a qualquer interessado o acesso aos autos, tendo o povo tenha conhecimento do que nos autos do processo consta, permitindo a demonstração de seu desenrolar válido, sob o império legal. A todas as pessoas, e não apenas aos litigantes, partes do processo, interessa conhecer o conteúdo dos autos, para que se efetive o Estado Democrático de Direito.

Entretanto, como já afirmamos no início desta introdução, há a necessidade de se amoldar a efetiva aplicação do princípio da publicidade aos reclamos da atual sociedade. Sim, pois se vivemos na Sociedade da Informação, com a predominância dos meios tecnológicos nas mais diversas searas e,

inclusive, no âmbito da atuação jurisdicional, em vias de se ver efetivamente implantando o processo eletrônico, de se questionar se princípio da publicidade deve continuar colocado em patamar de extrema importância, ou se em determinadas hipóteses deve ser repensado, proporcionando-se a sua aplicação conforme os ditames e as necessidades da atual sociedade.

2. Processo Constitucional

Antes de tratarmos especificamente do princípio da publicidade, mister estabelecermos a relação entre o Direito Constitucional e o Direito Processual, já que diversos são os princípios processuais que encontram previsão no texto constitucional. Assim, a relação entre processo e Constituição é íntima, sendo certo que os princípios que orientam o processo foram erigidos à categoria de direitos fundamentais, sendo certo que “*o processo deixa de ser simples instrumento de justiça para se transformar em garantia de liberdade*”.¹ Decorrem, portanto, de previsão constitucional, a aplicação ao processo dos princípios constitucionais ou seu corolários, como os princípios do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa, da publicidade da audiência, entre outros.² Como consequência, o processo deixa de ser simples instrumento técnico, para se tornar ético, sendo influenciado por fatores históricos, sociológicos e políticos.³

Realmente, depois de um processo orientado por ditames militares, sem qualquer tipo de garantia aos litigantes, deparamos-nos hoje com um processo altamente cercado de garantias, evitando-se, assim, qualquer tipo de ofensa aos direitos do cidadão. Outra não foi a preocupação da atual Constituição, talvez na tentativa de reparar os danos causados pelo Regime Militar, até pelo nome que recebeu: Constituição Cidadã.

A tutela constitucional do processo possui um caráter dúplice: o primeiro consiste no direito de acesso à justiça, representado

¹ Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco; Antonio Carlos de Araújo Cintra. Teoria Geral do Processo, p. 78.

² Ibid. idem, mesma página.

³ Ibid. idem, p. 79.

pelo direito de ação e de defesa; e o segundo, no direito ao processo, representado pelas garantias que informam o devido processo legal.⁴ Conforme Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra é a Constituição que traz ao direito processual sua feição de instrumento público de realização da justiça.⁵

Assim é que as garantias constitucionais, relacionadas ou não ao processo, apresentam-se como postulados indispensáveis à convivência civil, na exata medida em que limites se impõem ao exercício do poder, funcionando como proteção aos direitos individuais.⁶ Com relação às garantias constitucionais às quais se submete o processo, vale a transcrição da lição de Roberto José Ferreira de Almada:

Dentro do seu amplo leque de atuação, as garantias constitucionais encontram no processo judicial campo fértil de funcionalidade, regulando a obediência dos procedimentos às regras previamente estipuladas e dando validade e justiça ao método jurisdicional e às suas decisões e, enfim, viabilizando os seus escopos sociais e políticos. Daí é que surge a visão do processo como instrumento de participação do indivíduo nas próprias decisões dos órgãos do poder que possam afetá-los.⁷

Assim, o processo terá seu trâmite regular e válido se atender a todos os princípios constitucionalmente estabelecidos, entendidos como garantias individuais do cidadão contra o arbítrio do Estado-juiz.

3. O Princípio do Devido Processo Legal

Antes, ainda, de falarmos especificamente do princípio da publicidade, não pode deixar de ser mencionado, ainda que brevemente, o princípio do devido processo legal, também erigido à categoria de direito

fundamental (artigo 5º, inciso LIV). E isto porque tal princípio funciona como a maior orientação para o desenvolvimento válido e regular do processo, pois qualquer princípio que deixe de ser obedecido implica, inexoravelmente, no desrespeito ao devido processo legal. Sim, pois se existem princípios a serem obedecidos para a tramitação processual que são ignorados ou violados, a conclusão é a de que não se obedeceu ao devido processo legal. No conceito de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra, o devido processo legal é entendido como o

conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais destas), mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.⁸

O princípio do devido processo legal desdobra-se em outras garantias processuais, também erigidas à categoria de direitos fundamentais, como os princípios do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, entre outros. Apresenta-se, pois, como corolário do direito processual.

É em virtude do princípio do devido processo legal que a realização do procedimento deve ocorrer sob o crivo do contraditório, com garantia às partes de produção de provas e manifestações, podendo influir sobre a formação do livre convencimento do magistrado, legitimando o exercício da função jurisdicional.⁹

Dos princípios constitucionais do acesso à justiça (artigo 5º, inciso XXXV) e do devido processo legal é que decorrem todos os demais

⁴ Ibid. idem, p. 80.

⁵ Op. e loc. cit.

⁶ Roberto José Ferreira de Almada. A Garantia Processual da Publicidade, p. 75.

⁷ Op. cit., pp. 75-76.

⁸ Op. cit., p. 82.

⁹ Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco; Antonio Carlos de Araújo Cintra. Op. cit., p. 84.

postulados necessários para que seja assegurado o direito à ordem justa.¹⁰

Portanto, não se pode ignorar que o princípio da publicidade é uma decorrência lógica do princípio do devido processo legal, uma vez que, para que seja válido e regular o desenvolvimento do processo, em todos os seus atos, há de se reconhecer a necessária publicidade dos atos e das decisões, possibilitando o conhecimento geral de que o processo tramitou validamente desde o seu início. Se o processo não fosse público, a ninguém seria dado o conhecimento de que o processo obedeceu ao devido processo legal, que não se apresenta como garantia apenas às partes litigantes em juízo, mas a todos os jurisdicionados em potencial.

4. Previsão Legal do Princípio da Publicidade

Já dissemos que o princípio da publicidade foi erigido à categoria de direito fundamental. Realmente, encontra previsão legal no artigo 5º, inciso LX, *in verbis*: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Assim, se a garantia só pode ser suprimida em casos específicos, é porque a regra é a publicidade dos atos processuais. Ainda, o disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, reforça a idéia de necessária obediência ao princípio da publicidade. A disposição do artigo 93, inciso IX é de caráter garantístico e geral, pois traz a necessária feição pública dos julgamentos pelo Judiciário; enquanto que a disposição do artigo 5º, inciso LX é de caráter pragmático ou funcional, admitindo-se a relativização da garantia quando necessária à preservação da intimidade e do interesse social.¹¹

Com relação ao advogado, a Lei n. 8.096/94, no seu artigo 7º, incisos VI, alínea b, XIII e XIV, garante a este profissional o direito de acesso a salas de repartições públicas e autos, tudo conforme o princípio da publicidade. Ainda, o Código de Processo Civil, nos seus artigos 40, 154, parágrafo único, 155 e 444, também prevê a necessária

observância ao princípio da publicidade dos atos processuais, salvo as exceções trazidas pelo artigo 155, que serão analisadas oportunamente.

Tendo em vista que a Constituição Federal é posterior ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, as sessões de conselho secretas, previstas em seus artigos 124, *caput*, 151 a 153 e 328, VIII, foram banidas da ordem jurídica do país, justamente em razão do preceito constitucional que garante a publicidade dos atos processuais, como regra.¹² Ao contrário, o artigo 155, do Código de Processo Civil, foi recepcionado pela norma constitucional que garante a publicidade dos atos processuais, tendo em vista acolher a publicidade como regra, excetuando atos que digam respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão da separação em divórcio, alimentos, guarda de menores e demais causas em que o interesse público exigir o sigilo.¹³

5. O Princípio da Publicidade

A nova ordem constitucional colocou o princípio da publicidade como garantia constitucional, tratando-se, portanto, de direito fundamental do cidadão, parte ou não no processo. Assim é que a publicidade apresenta-se como garantia constitucional da participação popular na administração da justiça, por meio do controle social difuso sobre o exercício do poder jurisdicional, que seria a publicidade externa; e publicidade interna para o efetivo exercício do contraditório, culminando com um processo justo.¹⁴

O princípio da publicidade implica na possibilidade de qualquer advogado, ainda que sem procuração, ter acesso a quaisquer autos, com exceção daqueles referentes a ações que tramitam ou tramitaram em segredo de justiça, sendo “*ilegais as portarias judiciais que proíbem o advogado sem procuração de ter vista dos autos em cartório*”.¹⁵

¹² Nelson Nery Junior. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, p. 209.

¹³ Ibid. Op. e loc. cit.

¹⁴ Roberto José Ferreira de Almada. Op. cit., p. 122.

¹⁵ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. CPC Comentado. Comentários ao artigo 155, p. 557.

¹⁰ Ibid. Op. e loc. cit.

¹¹ Roberto José Ferreira de Almada. Op. cit., p. 15.

Pela aplicação do princípio da publicidade, é possível a qualquer pessoa requerer certidão de qualquer ato ou termo do processo, conforme previsto, inclusive, no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea b, da Constituição Federal e no artigo 141, inciso V, do Código de Processo Civil.

Nos termos do artigo 444, do Código de Processo Civil, todas as audiências serão públicas, devendo ser realizadas de portas abertas, salvo as hipóteses do artigo 155, do mesmo diploma legal, que trata das ações que tramitam sob sigilo de justiça.

O princípio da publicidade se justifica pois, conforme Humberto Theodoro Junior por haver interesse público na prestação da tutela jurisdicional que se coloca acima do interesse privado das partes.¹⁶

O mesmo autor resume o princípio da publicidade *“no direito à discussão das provas, na obrigatoriedade de motivação da sentença e de sua publicação, bem como na faculdade de intervenção das partes e seus advogados em todas as fases do processo”*.¹⁷

É certo que a possibilidade do público participar de audiências e examinar quaisquer autos representa instrumento de fiscalização popular do exercício da função jurisdicional, bem como da atuação de todas as partes no processo, colocando-se o povo na qualidade de juiz dos juízes; assumindo, a responsabilidade pelas decisões judiciais, outra dimensão, já que há a necessidade de serem tomadas em audiência pública, na presença do povo.¹⁸ Trata-se, assim, de importante garantia do indivíduo no que se refere ao exercício jurisdicional, sendo o sistema da publicidade uma das maiores garantias de independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade do juiz.¹⁹

Coloca-se o princípio da publicidade como garantia política, *“cuja finalidade é o controle da opinião pública nos serviços da justiça”*. Não pode, assim, a publicidade *“ser confundida com sensacionalismo que afronta a dignidade humana”*.²⁰

Não mais se admite a falta de transparência no exercício da função jurisdicional, enaltecendo-se a virtude da publicidade dos processos judiciais e de seus julgamentos.²¹

Foi com esse ideal que a Reforma do Poder Judiciário previu a publicidade de todos os julgamentos dos órgãos judiciários, inclusive das decisões administrativas, além da criação do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público.²²

Como garantia da soberania popular, o princípio da publicidade assegura a todos, que são os destinatários finais da função jurisdicional, o conhecimento dos negócios e atos estatais, permitindo a possibilidade de um controle difuso, acabando com qualquer ato oculto ou autoritário, substituído por condutas transparentes e compartilhadas com o cidadão.²³

Realmente, é pela aplicação deste princípio que se permite a qualquer um do povo, jurisdicionados em potencial, a constatação concreta da lisura e da legalidade dos atos judiciais.²⁴ A publicidade busca legitimar a atividade jurisdicional, observando-se os ideais da cidadania. É condição imprescindível para a validação da função jurisdicional do Estado, *“sob pena de se operar a subversão dos valores da democracia”*.²⁵ Trata-se, portanto, de mecanismo para validar aos olhos populares a atividade jurisdicional.

E isso porque, como bem lembra Roberto José Ferreira de Almada, os magistrados não são eleitos, por isso os fundamentos de suas decisões e atos devem sempre ser revelados, para permitir um controle difuso e generalizado pelos afetados pela função jurisdicional.²⁶

Fundamentando este entendimento, o autor cita Cândido Rangel Dinamarco, que, seguindo o pensamento de Cappeleti, vê o processo como um microcosmo da democracia, ou seja, o processo como um instrumento democrático de atuação da

¹⁶ Curso de Direito Processual. Volume I, p. 27.

¹⁷ Op. cit., p. 28.

¹⁸ Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco; Antonio Carlos de Araújo Cintra. Op. cit., p. 69.

¹⁹ Ibid. Op. e loc. cit.

²⁰ Ibid. idem, p. 70.

²¹ Roberto José Ferreira de Almada. Op. cit., p. 15.

²² Alexandre de Moraes. Direito Constitucional, p. 97.

²³ Roberto José Ferreira de Almada. Op. cit., p. 16.

²⁴ Ibid. Op. e loc. cit.

²⁵ Ibid. idem, p. 17.

²⁶ Op. e loc. cit.

vontade da lei, seja no âmbito dos interesses diretamente envolvidos e revelados pelos litigantes, seja em dimensão mais ampla e difusa, abrangendo toda a coletividade, sendo imprescindível a revelação dos atos do processo a todo o público, que seria o auditório universal, legitimando-se, assim a atividade específica e geral da jurisdição.²⁷

O interesse na resolução dos conflitos não é somente dos litigantes, pois é justamente a partir da solução que se dá ao conflito que se realiza o ideal de justiça, com a primazia da lei, o que é de interesse coletivo. A propósito, Roberto José Ferreira de Almada lembra a visão de Carnelutti a respeito do assunto, corroborando o entendimento que expusemos:

A visão de Carnelutti sobre o conceito de lide parte do pressuposto de que o conflito é útil à sociedade como um todo, na medida em que afasta a debilidade e a incerteza dos direitos controvertidos, sendo muito mais do que simples pressuposto da resolução da disputa numa perspectiva particular do interesse lesado [...] O interesse das partes é um meio, em virtude do que se realiza a finalidade pública do processo, ou em outras palavras, o interesse no conflito é aproveitado para a composição do conflito.²⁸

Assim, a jurisdição tem o papel de fazer a justa composição da lide, proporcionando justiça não só às partes, mas também à sociedade, já que solucionado o conflito de interesses proporciona a paz social, pois a ninguém interessa viver em uma sociedade de conflitos. É garantindo-se a publicidade dos atos processuais que se revela aos jurisdicionados a legitimidade dos atos estatais exercidos no âmbito da jurisdição, servindo a publicidade para atestar o respeito pelo Estado a todas as garantias processuais, especialmente ao princípio do devido processo legal, o que se dá tanto pela publicidade interna quando pela externa.²⁹

Por publicidade interna deve ser entendida a necessária comunicação à parte

contrária de todos os atos do processo, dando-lhe oportunidade para manifestar-se e possibilitando, portanto, o exercício do contraditório. Já com relação à publicidade externa, busca-se mostrar ao público que os julgamentos realizados pelo Poder Judiciário ocorrem dentro das balizas legais, para que a jurisdição não perca a sua sustentação de validade, revelando-se legítima. É a publicidade externa que tornará pública a regularidade do procedimento adotado no curso daquele processo, possibilitando que todas as pessoas verifiquem a legitimidade do exercício jurisdicional.

Até porque, em um Estado Democrático, sendo o povo o detentor da soberania, existe a necessidade de sentir-se realmente titular do poder, o que lhe é permitido pela fiscalização dos atos judiciais, decorrência do princípio da publicidade. É justamente pela publicidade que se permite o conhecimento dos atos realizados no processo, partilhando com a opinião pública o exercício da função jurisdicional, não a restringindo apenas às partes do processo, demonstrando, assim, a legitimação de tais ações e buscando a aprovação, o respeito e o acatamento ao império da justiça.

Ocultando-se do povo o conhecimento dos assuntos processuais, ou restringindo-o unicamente às partes do processo, ficará difícil qualquer aprovação popular a respeito de como se realiza a jurisdição, retirando dos julgamentos sua fundamentação democrática. E isso porque, se ausente ou mitigada a publicidade, a jurisdição deixará de ser atividade pública fundada e legitimada nos ideais democráticos de cidadania, para se transformar em instrumento de arbítrio e de falsas promessas de justiça.³⁰

A falta de publicidade externa, mesmo que não venha a causar prejuízo às partes do processo, torna a jurisdição mero mecanismo privado de composição de conflito, fora do controle popular. É a publicidade externa, portanto, o melhor instrumento para se prestar contas ao povo de tudo o que se realiza no processo, possibilitando o exercício por este de uma atividade de censura, garantindo-se,

²⁷ Op. cit., pp. 19-20.

²⁸ Op. cit., pp. 28-29.

²⁹ Roberto José Ferreira de Almada. Op. cit., p. 49.

³⁰ Ibid. idem, p. 54.

assim, julgamentos justos, sem possibilidade de exceção.³¹

Para Roberto José Ferreira de Almada, a publicidade encontra profunda relação com o princípio da motivação das decisões judiciais, já que esta permite revelar as razões do julgamento, bem como a lisura dos atos processuais a quem se interessar; o processo é democrático por ser transparente e visível seu conteúdo.³²

Alguns autores colocam os princípios da publicidade e da motivação como de segundo grau, ou de garantia das garantias, pois, realmente, de nada valeria a exigência imposta ao processo de respeito ao contraditório ou à igualdade de tratamento entre os litigantes, por exemplo, se não existissem meios capazes de atestá-los nas situações concretas da atividade jurisdicional.³³

Se à motivação cumpre demonstrar a razão do julgamento, bem como sua conformidade ao direito material e ao direito processual, observando-se a feição deontológica sistemática extraída das garantias globais do processo, à publicidade cabe a tarefa de deixar transparecer, revelando, interna e externamente, a lisura do ato e do julgamento, cumprindo o ideal democrático.³⁴

Realmente, motivação e publicidade são garantias processuais que se completam e se aperfeiçoam, atestam a transparência e dão conta que as decisões não derivam de caprichos, demonstrando-se a imparcialidade do juiz. Mas não é apenas com o princípio da motivação que a publicidade encontra íntima relação. Já dissemos que também serve a obediência à publicidade para atestar o cumprimento do devido processo legal, bem como do contraditório, quando se trata da publicidade interna.

A publicidade coloca-se, assim, como proteção aos jurisdicionados, que possuem liberdade para conhecer todo e qualquer ato processual, salvo as exceções, para que não haja insegurança, o que certamente seria o resultado de um processo secreto, sem

qualquer possibilidade de revelação e controle difuso.

Ainda, é pela obediência à publicidade que a atividade processual deixa de ser afeta apenas aos interesses dos litigantes, tornando-se assunto de interesse da população, o que decorre da feição garantística do processo civil, que envolve as idéias de acesso à justiça e efetividade da jurisdição, fazendo com que a jurisdição faça parte da vida e da cultura do povo.

Pelo que já expusemos acerca da publicidade, podemos dividi-la em categorias: publicidade imediata: atos processuais ao alcance do público em geral; publicidade mediata: atos processuais tornam-se públicos por meio de informes e certidões; publicidade geral: publicidade em sentido amplo, a todas as pessoas; publicidade para as partes: que estiverem presentes na realização do ato; publicidade passiva: certos atos são involuntariamente conhecidos; publicidade ativa: por iniciativa própria o povo toma conhecimento do ato.³⁵

Não concordamos com Roberto José Ferreira de Almada quando afirma que o processo escrito não se coaduna com o princípio da publicidade, pelo excesso de formalismo que o torna lento.³⁶ E não concordamos porque o fato de o processo ser escrito é a melhor forma de se garantir a publicidade de todos os seus atos. Sim, porque o que ocorreu no processo foi de alguma forma materializado, foi trazido para o mundo real e os autos permanecem em cartório e, não se tratando de segredo de justiça, a qualquer do povo é franqueado o acesso a todos os fóruns e cartórios, no intuito de compulsar quaisquer dos autos ali constantes para tomar conhecimento do que se passa ou se passou naquele processo. Outra forma para dar publicidade ao que ali consta não existiria, pois se os todos os atos do processo fossem orais, ainda que franqueado o acesso ao público, as palavras se perderiam no ar, dificultando uma consulta posterior.

³¹ José Carlos de Araújo Almeida Filho. O Princípio da Publicidade no Processo Frente À Emenda Constitucional 45/2004 e o Processo Eletrônico, p. 21.

³² Op. cit., p. 62.

³³ Roberto José Ferreira de Almada. Op. cit., p. 86.

³⁴ Ibid. idem, pp. 86-87.

³⁵ Ibid. idem, p. 112.

³⁶ Ibid. idem, p. 73.

6. Restrições ao Princípio da Publicidade

Já dissemos que a regra é a realização de atos e audiência processuais sob o pálio do princípio da publicidade, mas que existem algumas exceções à ampla e irrestrita publicidade processual, que também se constituem em direito fundamental, já que previsto na Constituição Federal, artigo 5º, inciso LX. Vejamos, então, em que consistem tais exceções e qual a sua finalidade. Se a publicidade existe para dar legitimidade ao próprio exercício da função jurisdicional, permitindo-se a qualquer do povo o conhecimento do que no processo consta, revelando-se o ideal de um Estado Democrático e de Direito, para que se restrinja a publicidade, é mister que o interesse que deu azo a tal restrição seja superior ao interesse geral à publicidade.

Realmente, em certos casos restringe-se a publicidade justamente para não causar mal maior do que a sua inobservância, em casos de flagrante violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, caso ocorra a publicidade ou haja um interesse público no sigilo. Com a restrição da publicidade processual evita-se ofensa à intimidade das partes. O artigo 155, do Código de Processo Civil, amparado pelo artigos 5º, inciso LX, e 93, inciso IX, da Constituição Federal, traz as hipóteses em que será permitida a restrição à publicidade processual.

A Constituição Federal, no inciso LX, do artigo 5º, permite a restrição da publicidade nos casos em que a defesa da intimidade ou o interesse social exigirem. O outro dispositivo constitucional mencionado também se refere à intimidade do interessado para justificar a restrição à publicidade processual. Já o inciso I, do artigo 155 do Código de Processo Civil permite a restrição à publicidade quando o interesse público o exigir.

As expressões mencionadas nos textos constitucional e processual são, portanto, distintas, mas não há qualquer conflito entre as normas. E isso porque, ainda que se entenda pela diferença entre os significados de uma ou outra expressão, permite-se a restrição da publicidade processual em ambos os casos, primeiro porque previsto no texto

constitucional e segundo porque a previsão na lei processual não conflita com o texto maior.

Com relação ao interesse social e ao interesse público, conceitos abertos e indeterminados, exige-se fundamentação para restringir a publicidade, sob pena de a exceção transformar-se em regra. A expressão “interesses público ou social”, que permite a restrição da publicidade no processo, é muito genérica, devendo ser utilizada a proporcionalidade para que se justifique a exceção.

Como dissemos, a publicidade interna permite o exercício do contraditório, razão pela qual jamais poderá ser suprimida, sob pena de violação a tal direito essencial das partes, mas a publicidade externa é passível de restrição, tendo em vista interesses sociais ou públicos afetados pela jurisdição, especialmente no que concerne à dignidade da pessoa humana.

Permite-se a restrição à publicidade porque se a todos for permitido o conhecimento amplo do que nos autos consta, os interesses das partes e seu direito à privacidade será seriamente lesado. É o que ocorre, por exemplo, no caso de uma ação civil *ex delicto* decorrente de um crime de estupro. O interesse da parte autora nessa ação, certamente é pelo sigilo do processo, até mesmo para não tornar público o crime do qual foi vítima. Preserva-se, assim, a intimidade, conforme previsto no texto constitucional.

No inciso I, do artigo 155, do Código de Processo Civil, opera-se a restrição da publicidade a partir da ponderação, no caso concreto, de interesses, permitindo-se o segredo de justiça naquelas situações em que a publicidade causará prejuízo ao interesse público. O inciso II, mencionado dispositivo legal prevê o segredo de justiça para as ações de família. Assim, especifica todas as ações em que é possível a restrição à publicidade, quais sejam: ações que digam respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.

Tal conduta legislativa não foi adotada para a restrição da publicidade em caso de o reclamar o interesse público ou social porque nesses casos deve ser analisada a situação

concreta, para que se chegue à conclusão de ser caso ou não de restrição à publicidade, a partir de um juízo de ponderação de valores, conforme já mencionado.

De se ressaltar, também, que o segredo de justiça aplica-se tanto para as ações principais como para as cautelares a ela relacionadas. A lei traz, então, os casos de segredo de justiça, o que não impede que o juiz, a seu critério, confira segredo de justiça a casos específicos, em virtude de interesse público, mas desde que o faça fundamentadamente.³⁷ Quando um processo tramita em segredo de justiça, a comunicação pública de atos processuais deverá ser cifrada, comunicando-se apenas às partes e seus procuradores.

Ainda, somente se publica a parte dispositiva da sentença, mas não fazendo nela constar o nome completo das partes, apenas as iniciais de seus nomes, o que não implica em descumprimento do disposto no artigo 263, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil: “*é indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação constem os nomes das partes e seus advogados, suficientes para sua identificação*”. E isto porque, devem ser conjugadas as regras.

O intuito da publicação é fazer chegar ao conhecimento da parte e de seu advogado o teor da decisão judicial ou o que se passou no processo, dando possibilidade, também, a qualquer interessado, de conhecer aquele processo. Entretanto, em caso de segredo de justiça, como não é permitido que terceiros tenham acesso ao conteúdo dos autos, basta a publicação com as iniciais dos nomes das partes, pois é certo que o advogado terá conhecimento do que se trata e tomará a medida cabível naquela oportunidade.

Em havendo necessidade de um terceiro ou advogado que não seja o procurador de uma das partes de ação em segredo de justiça requerer certidão, conforme disposto no artigo 155, parágrafo único do Código de Processo Civil, somente será possível sua obtenção da parte dispositiva da sentença, como ocorre em processo administrativo contra juízes. Nos casos de separação litigiosa ou amigável e de divórcio, o terceiro terá direito a requerer

certidão do inventário e da partilha dos bens dos cônjuges separandos.³⁸

De se ressaltar que em caso de tentativa de conciliação dos cônjuges separandos o juiz deve ouvir pessoal e separadamente os interessados, hipótese em que se restringe, inclusive, a presença do advogado, por ser questão de interesse pessoal da parte, de modo que a presença do procurador somente se justifica quando da formalização do acordo.³⁹

Outra possibilidade de restrição ao princípio da publicidade refere-se a certos procedimentos de natureza cautelar, quais sejam, o arresto, o seqüestro e a busca e apreensão, que, nos termos do Código de Processo Civil, artigos 815 e 823 e 842, respectivamente, permitem a realização de justificação prévia pelo requerente da medida, a ser realizada em segredo e de plano, reduzindo-se a termo o depoimento das testemunhas, sob pena de perder a finalidade a medida requerida.

Ainda, restringe a publicidade o artigo 143, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que veda a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a quem se atribua a autoria de ato infracional.

O parágrafo único de mencionado dispositivo legal prevê que qualquer notícia a respeito não poderá identificar a criança ou o adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome, o que poderia possibilitar a identificação do menor.

O artigo 144 do mesmo Estatuto determina que a expedição de cópia de certidão de atos a que se refere o artigo 143 somente será deferida pela autoridade judiciária competente se demonstrado o interesse e justificada a finalidade, tudo para zelar pelos interesses do menor, especialmente sua imagem e honra. Dá-se o segredo de justiça no interesse das próprias partes litigantes. Entretanto, nem o sigilo excepcional é absoluto, pois o acesso ao conteúdo dos autos sempre deve ser garantido às partes e seus advogados.⁴⁰

³⁸ Ibid. Op. e loc. cit.

³⁹ Ibid. Op. e loc. cit.

⁴⁰ Humberto Theodoro Junior. Op. cit., p. 27.

³⁷ Ibid. Op. e loc. cit.

Conforme Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra, “a regra geral da publicidade dos atos processuais encontra exceções nos casos em que o decoro ou o interesse social aconselhem que eles não sejam divulgados”.⁴¹ Realmente, certas vezes, dar publicidade aos atos processuais pode ser desastroso para os interesses das partes em litígio. Não se trata de um julgamento às escuras, oculto, impossibilitando o povo dele tomar conhecimento por puro capricho das autoridades judiciárias, mas sim para salvaguardar interesses maiores.

Ora, se há conflito entre os interesses das partes em litígio e a publicidade dos atos processuais, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, é possível restringir-se a publicidade, fazendo prevalecer um princípio ou um direito de maior valor naquele determinado caso. Vale ressaltar que, conforme lembram Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, o segredo de justiça impõe ao juiz, aos auxiliares, às partes e seus procuradores e ao Ministério Público, o dever processual de zelar pelo sigilo de tudo aquilo que nos autos consta⁴², podendo, inclusive, incorrer no crime de violação de sigilo funcional, previsto no artigo 325, do Código Penal, caso venham a revelar o que se garante pelo segredo de justiça.

7. Em Caso de Não Observância ao Princípio da Publicidade

O processo que não observa a garantia da publicidade é nulo. Trata-se de nulidade absoluta, estando expressamente cominada tal sanção no próprio texto constitucional (artigo 93, inciso IX). E isso porque a não publicidade dos atos processuais afeta as expectativas dos terceiros não participantes, retirando a legitimidade que a publicidade dos atos processuais confere ao exercício da função jurisdicional.

Se a falta de publicidade de determinado ato, ou mesmo de todos os atos do processo, passa despercebida pelo juiz e pelas partes, por si só o vício não gerará a nulidade do processo, apesar de se tratar de nulidade

absoluta, pois é necessária a prolação de uma decisão nesse sentido, declarando a nulidade em virtude de não ter sido observado o princípio da publicidade.

Se a publicidade garante a transparência do exercício da função jurisdicional, legitimando-a, o processo que tramita sem observar tal princípio não terá atingido o seu escopo, pois é pela publicidade que se garante e se realiza a instrumentalidade do processo, em perspectiva legitimadora difusa e popular. A falta de publicidade causa flagrante prejuízo à população, que fica alheia às decisões judiciais.

Por essa razão é que Roberto José Ferreira de Almada entende ser impossível a convalidação da nulidade proveniente da quebra da publicidade, até porque, a publicidade processual não leva em conta interesses e conveniências das partes, mas tutela direito objetivo e incondicionado, que gravita na órbita da essência democrática da jurisdição.⁴³

De qualquer forma, por tratar-se de matéria de ordem pública, ao juiz da causa cabe pronunciar de ofício e a qualquer tempo e grau de jurisdição, a nulidade absoluta do ato e de todo o processo a partir de sua realização não pública⁴⁴, bem como o Ministério Público poderá suscitar o vício, já que atua na defesa dos direitos indisponíveis da sociedade.⁴⁵

A grande problemática que se coloca, entretanto, é o fato de ser efetivamente declarada a nulidade, pois se o juiz não o fizer e nem as partes suscitarem o vício, ficará difícil declarar a nulidade do ato não tornado público e de todo o processo a partir dele. Assim, entendemos que, diante da falta de decisão declarando a nulidade do processo a partir do ato processual levado a efeito sem observância à devida publicidade, inclusive, o vício acaba convalidando-se, ainda mais após a consumação da decadência do direito de rescindir a decisão.

⁴¹ Op. cit., p. 70.

⁴² Op. cit. Comentários ao artigo 155, p. 557.

⁴³ Op. cit., p. 146.

⁴⁴ Roberto José Ferreira de Almada. Op. cit., p. 147.

⁴⁵ Ibid. idem, p. 151.

8. Publicidade no Direito Processual e os Novos Meios de Transmissão de Informações: a Influência da Mídia

Os meios mais modernos de comunicação, em constante evolução na Sociedade da Informação, são capazes de proporcionar farto conhecimento ao público de atos processuais. Não é incomum vermos notícias relacionadas a processos envolvendo políticos ou atores conhecidos, ou até mesmo pessoas desconhecidas, mas que se tornam conhecidas a partir do momento em que são partes em um processo, que se torna conhecido do público pelo papel invasivo da imprensa nesse sentido.

Mas será que tal publicidade de atos processuais no geral é favorável ao exercício da função jurisdicional? Ou, ao contrário, prejudicam as partes envolvidas no processo, bem como o magistrado presidente do processo, a partir de um sensacionalismo barato, buscando desesperadamente a audiência de seus telespectadores?

A Revolução Tecnológica proporcionou diversos avanços no exercício da jurisdição; a publicidade do ato processual pode ser ampliada, caso seja realizado por videoconferência aberta, por exemplo. Foram criadas as TV Justiça, TV Câmara e TV Senado, entre outras, que transmitem sessões de julgamento ao vivo, por satélite ou por cabo, permitindo que qualquer do povo, com acesso à televisão, possa acompanhar os julgamentos transmitidos por tais emissoras.

Pelos modernos meios de comunicação, portanto, é possível que terceiros tenham conhecimento do que se passa no processo sem tumultuar os fóruns e as salas de audiências, permitindo que as partes do processo e também o magistrado sintam-se mais confortáveis quando da realização do ato, já que não estarão sendo assistidas por inúmeras pessoas que ali se encontram.⁴⁶

Assim é que os meios tecnológicos mais modernos permitem uma ampliação considerável da publicidade dos atos processuais. Tais meios, aliados à excessiva curiosidade humana pelo que se passa na vida dos outros, podem causar sérios prejuízos às

partes litigantes, vítimas de uma exposição desnecessária, tendo sua intimidade violada e revelada a todos. O processo, por conseqüência, transforma-se em um espetáculo. Outro não é o entendimento de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra.⁴⁷

Mas, por outro lado, o povo, diante de tantos escândalos relacionados ao exercício de atividades estatais, exige cada vez mais transparência das instituições estatais, o que se torna muito mais constante e até mesmo facilitado pela cultura informática e potencializado pela agressividade da mídia de massa, e isso torna-se prejudicial não apenas aos interesses das partes litigantes, mas ao interesse da própria jurisdição, que fica banalizada diante de tantas notícias desprovidas de qualquer conteúdo informativo, o que serviria para atender ao princípio da publicidade, podendo prejudicar até a imparcialidade do julgador, que poderá proferir sentença para atingir os anseios populares, por medo de represálias.

A mídia, por diversas vezes, para não dizer sempre, transmite a notícia, tornando público aquele ato processual, sem imparcialidade e isenção, acabando por não atingir o seu papel. Direciona o entendimento e a interpretação dos destinatários das notícias, o que prejudica em demasia o exercício da jurisdição. Até porque, transmitem apenas o que lhes interessa, sendo que muitas vezes a notícia aparece "jogada", totalmente fora de seu verdadeiro contexto, pois, se explicado pela mídia tudo o que se passa no processo e porque aquele ato processual deu-se daquela forma, possivelmente a reação popular seria outra.

Certas interferências dos meios de transmissão de notícias podem comprometer seriamente a dignidade, a isenção e a funcionalidade do procedimento, sem contar as flagrantes ofensas à dignidade da pessoa humana que é parte naquele processo.

Conforme Roberto José Ferreira de Almada, é possível "*que a reportagem atual enseje a antecipação de resultados*", bem como o risco da imprensa "*desfigurar a*

⁴⁶ Ibid. idem., pp. 135-135.

⁴⁷ Op. cit., p. 70.

essência do procedimento".⁴⁸ Jamais a publicidade dos atos processuais deve ser confundida com a divulgação pela mídia dos atos praticados no processo, embora a divulgação da informação seja uma decorrência lógica da existência do princípio da publicidade processual,⁴⁹ além de potencializá-la. Não pretendemos aqui entrar na questão de censura ou não da imprensa, mas apenas ressaltar o seu trabalho negativo quando busca transmitir notícias tendenciosas sobre atos que ocorrem em determinado processo, dando uma publicidade desnecessária e desmedida, prejudicando a todos, inclusive aos destinatários de tal notícia e à própria jurisdição.

Há um excesso de publicidade processual, poderíamos até falar em "publicidade processual massificada", proporcionada pela mídia, o que faz com que se perca a essência natural do princípio da publicidade. Dissemos que é a partir da publicidade processual que se legitima o próprio exercício da função jurisdicional pelo Estado-juiz; dissemos, também, que é pelo princípio da publicidade que os julgamentos pelo Poder Judiciário tornam-se públicos a toda a coletividade, permitindo que o povo fiscalize o exercício desta função.

Entretanto, da forma como atualmente se efetiva a publicidade processual, é bem possível que a finalidade primordial e inicial de tal princípio tenha se perdido, em meio a tantas notícias sem qualquer finalidade democrática e de informação ao público em geral.

Talvez por essa razão seja necessário repensar a forma pela qual o princípio da publicidade processual vem se efetivando nos dias atuais. Sim, pois, se no início, a intenção era que os interessados em conhecer o conteúdo de processos que não tramitem sob segredo de justiça pudessem ter acesso aos autos e à realização de atos processuais públicos, tal finalidade se perdeu, a partir de um comércio incontrolado de informações processuais constantemente divulgadas pela mídia, prejudicando a própria efetivação da justiça.

O mesmo autor exemplifica seu entendimento afirmando que a inserção em mídia de informações relacionadas ao fato de certa pessoa ser suspeita de um crime acaba se tornando antecedente criminal, pelos menos aos olhos da sociedade, causando sérios prejuízos à honra e à dignidade da pessoa humana.⁵⁰ Certamente não era essa a idéia inicial do princípio da publicidade processual. Com os modernos meios de comunicação, especialmente a internet, é possível fazer uma busca e vasculhar a vida íntima do cidadão,⁵¹ pois certamente aparecerão todas as informações em que aparecem o nome do indivíduo "investigado".

Como exemplo da influência negativa que a pressão da mídia exerce sobre o exercício da função jurisdicional, vejamos notícia divulgada pelo site Consulex em 23 de agosto de 2007:

A defesa dos acusados de envolvimento em um esquema de compra de votos no Congresso Nacional, conhecido como mensalão, aponta falhas técnicas na denúncia feita pelo Procurador-geral da República, Antonio Fernando Souza. Entretanto, acreditam que o Supremo Tribunal Federal (STF) vai acatar ao menos parte das acusações contra os 40 denunciados, devido a pressão da sociedade e da imprensa. (...) Sérgio Badaró, Advogado de Silvío Pereira, acredita na isenção do Supremo, mas faz ressalvas. "O grande drama é: eu tenho o fato, a versão do fato, o que você prova do fato e a narrativa que a mídia dá para o fato. Qual é o mais forte?", indaga. "Os ministros não são imunes a isso, são de carne e osso como todos nós, diz Paulo Sérgio Abreul e Silva, Advogado de Rogério Tolentino e Geisa Dias"⁵²

Podemos dizer que até mesmo a disponibilização pelos sites de diversos tribunais de andamentos processuais na internet extrapola o princípio da publicidade, pois a qualquer pessoa será possível conhecer

⁴⁸ Op. cit., p. 137.

⁴⁹ José Carlos de Araújo Almeida Filho. Op. cit., p. 20.

⁵⁰ Op. cit., pp. 22-23.

⁵¹ José Carlos de Araújo Almeida Filho. Op. cit., p. 28.

⁵² Reportagem de José Carlos Mattedi e Mylena Fiori. Repórter da Agência Brasil.

quantas ações e de que tipos tem o indivíduo propostas contra si.

Não entendemos que se deva acabar com tal garantia constitucional – o princípio da publicidade –, necessária ao válido e regular exercício da jurisdição, mas talvez seja necessário repensarmos o conceito deste princípio, pois da forma como atualmente ele é efetivado, muitas pessoas que são partes em um processo têm sua intimidade seriamente violada e suas vidas expostas, muitas vezes sem necessidade.

9. Relativização do Princípio da Publicidade

É por razões como as expostas no item anterior que José Carlos de Araújo Almeida Filho questiona se é absoluta a regra da publicidade no processo, bem como se realmente os atos processuais estão disponíveis a todos.⁵³ O mesmo autor revela a existência de uma preocupação universal de a publicidade dos atos processuais não violar o direito à intimidade, o que foi reconhecido com a nova redação dada ao inciso IX, do artigo 93, da Constituição Federal.⁵⁴

Em vista disso, para mencionado autor, há a necessidade de se conjugarem os princípios da publicidade processual e da dignidade da pessoa humana, relativizando-se o princípio da publicidade, mas sem dotar o magistrado de excesso de poder.⁵⁵

Para justificar seu entendimento, traz o seguinte exemplo: no site do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi divulgada notícia, na íntegra, a respeito de fatos ocorridos em um estupro praticado por um promotor de justiça contra uma defensora pública. Ele entende que neste caso, como em muitos outros, a informação coloca-se acima dos direitos da personalidade.⁵⁶ Ainda, o mesmo autor vê a necessidade de adoção de critérios objetivos para aplicação do princípio da publicidade, como a partir dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, embora não seja a melhor solução, mas ao menos é capaz de prestigiar a nova redação dada ao inciso IX,

do artigo 93, da Constituição Federal.⁵⁷ Realmente, talvez a aplicação do princípio da proporcionalidade para se permitir ou não a publicidade processual seja a melhor solução nos dias atuais. E restringir a publicidade de atos processuais em determinados casos, a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, não contraria o texto da lei processual, nem o texto da Constituição Federal, já que ambos trazem expressões vagas (“interesse público” e “interesse social”), capazes de justificar a tramitação do processo em segredo de justiça.

Restringindo-se a publicidade processual em determinados casos, além de estar em consonância com o texto da Lei Maior e do diploma processual, permite que a mídia se afaste daquele processo, não possuindo qualquer fonte para poder transmitir notícias relacionadas aos atos ocorridos durante o seu trâmite, possibilitando o respeito à dignidade da pessoa que é parte naquele processo, o que é o mais importante.

10. Publicidade no Processo Eletrônico

Antes de falarmos sobre a publicidade no processo eletrônico, necessário se faz trazer pelo menos algumas noções gerais a respeito do que se trata o processo eletrônico, bem como algumas das disposições constantes na Lei n. 11.419/06, conhecida como Lei da Informatização do Processo Judicial, que, de uma forma ou de outra, atingem o princípio da publicidade processual. A lei trata da informatização do processo judicial, conhecido como “processo eletrônico”.

Primeiramente, seu artigo 1º, parágrafo 2º traz algumas definições: por meio eletrônico entende-se qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais; por transmissão eletrônica entende-se toda forma de comunicação à distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores (internet); e por assinatura eletrônica entende-se todas as formas de identificação inequívoca do signatário do documento eletrônico, seja por meio de

⁵³ Op. cit., p. 16.

⁵⁴ Op. cit., p. 17.

⁵⁵ Op. cit., pp. 18-19.

⁵⁶ Op. cit., p. 20.

⁵⁷ Op. cit., p. 24.

certificado emitido por Autoridade Certificadora credenciada, seja por cadastro no Poder Judiciário, o que deve ser disciplinado pelos próprios órgãos.

O artigo 2º da lei em questão prevê o envio de petições e recursos, bem como a prática de atos processuais em geral por meio eletrônico, enquanto seu artigo 4º prevê a criação de Diário de Justiça Eletrônico pelos tribunais. Conforme disposto no artigo 5º, as intimações serão feitas por meio eletrônico, em portal próprio, aos que se cadastrem na forma do artigo 2º, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

Prevê o parágrafo 5º do mencionado dispositivo legal que, nos casos urgentes, em que a intimação feita na forma explicitada, possa causar prejuízo a quaisquer das partes ou nos casos em que for evidenciada qualquer tentativa de burla ao sistema, o ato processual deverá ser realizado por outro meio que atinja a sua finalidade, conforme determinado pelo juiz. Tratando efetivamente do processo eletrônico, pois as disposições legais do Capítulo I da lei em questão se aplicam aos processos em geral, o artigo 8º permite aos órgãos do Poder Judiciário desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais, com autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores, com acesso por meio de redes internas e externas.

O artigo 11 trata dos documentos eletrônicos, originariamente ou digitalizados, sendo que seu parágrafo 6º prevê que os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico somente estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa para suas respectivas partes processuais e para o Ministério Público, respeitado o disposto na lei para as situações de sigilo e segredo de justiça. Tal disposição, ofende o princípio da publicidade, tal como consta na Constituição Federal e no Código de Processo Civil.

Segundo o artigo 14, os sistemas a serem desenvolvidos pelos órgãos do Poder Judiciário deverão usar, preferencialmente, programas com código aberto, acessíveis ininterruptamente por meio da rede mundial de

computadores, priorizando-se a sua padronização.

Grossas linhas, processo é um conjunto de atos concatenados destinados a um fim, enquanto procedimento é a forma pela qual esses atos são realizados. Os atos, realizados a partir de determinado procedimento e no curso de um determinado processo são materializados em papel, que dá origem aos autos do processo.

A partir da implementação do processo eletrônico deixarão de existir os autos do processo, pois tudo aquilo que atualmente estamos acostumados a encontrar nesses papéis será digitalizado e ficará armazenado na rede de computadores, o que permitirá o acesso, via internet, não apenas aos andamentos, à situação processual, mas sim a todo o conteúdo do processo, todo o teor das peças enviadas pelas partes, das decisões, dos despachos, dos depoimentos de testemunhas, enfim, tudo o que hoje consta nos autos do processo.

Com isso, aumentará a publicidade processual, já que a qualquer pessoa será possível acessar e conhecer todo o conteúdo de determinada ação judicial, o que, apesar de ser previsto constitucionalmente (a prestação jurisdicional transparente, através do princípio da publicidade), pode não ser do interesse das partes que se acham em litígio.

A implementação do processo eletrônico ampliará em demasia a publicidade processual, o que pode não ser muito produtivo, nem para as partes em litígio, nem para o próprio Estado, já que o exercício da função jurisdicional poderá ser prejudicado pelo constante e fácil acesso de toda e qualquer pessoa a todos os autos eletrônicos.

Para José Carlos de Araújo Almeida Filho, a publicidade excessiva, a ser ampliada com a efetiva implementação do processo eletrônico, “*viola princípios constitucionais de relevante importância, como o da intimidade e o da própria personalidade*”⁵⁸.

Realmente, o fato de estar disponível na rede todo o conteúdo de uma determinada ação judicial facilitará o acesso às mais diversas pessoas, bem como acabará por permitir, ainda, a excessiva e desmensurada divulgação

⁵⁸ Op. cit., p. 21.

deste conteúdo, o que não condiz nem com o interesse das partes litigantes, nem com o interesse público.

Mas não é apenas este o problema que se apresenta quando tratamos da publicidade relacionada ao processo eletrônico. Um dos problemas que podemos trazer à colação é o relacionado às ações que tramitam em segredo de justiça, casos em que há a restrição da publicidade processual, justamente no interesse das partes.

Todos sabemos que os sistemas de computador, bem como a internet, são palco para a ação de *hackers* e *crackers*, que podem facilmente encontrar uma brecha no sistema, que normalmente é vulnerável e invadi-lo, para conhecerem as informações ali armazenadas, no intuito de causar prejuízos às partes do processo. No mesmo sentido, é o entendimento de José Carlos de Araújo Almeida Filho.⁵⁹

Outro problema que se coloca relaciona-se ao fato de a lei do processo eletrônico restringir o acesso a documentos digitalizados somente às partes do processo, em razão da necessidade de segurança, sigilo, respeito à intimidade e à vida privada. Mas se não é caso de segredo de justiça, não há nenhum fundamento para se restringir o acesso de qualquer pessoa aos documentos, pois se o processo fosse físico e qualquer interessado fosse compulsar os autos, poderia ter acesso aos documentos.

Esses são os problemas que se colocam a princípio, quando pensamos no princípio da publicidade como essencial ao bom andamento da função jurisdicional do Estado. Entretanto, não podemos esquecer da questão levantada a respeito da necessidade de se repensar a efetivação deste princípio, especialmente porque o processo eletrônico, uma vez definitivamente implantado, fará com que toda e qualquer ação esteja no mundo virtual e, como consequência, todos os atos do processo serão digitalizados, o que pode causar sérios prejuízos às partes em litígio, pois, para técnicos em sistemas de computação, fica fácil o acesso a toda e qualquer informação constante na rede mundial de computadores, informações que às vezes podem estar

relacionadas a ações em trâmite sob segredo de justiça.

Sem contar que uma informação que ingresse na rede hoje demorará anos para dela sair, sendo certo que é transmitida para um número incontável de pessoas, o que dificulta ainda mais a sua retirada da rede, podendo causar sérios prejuízos às partes. Novamente, aqui, vemos a necessidade de uma certa relativização do conceito do princípio da publicidade, que deve ser repensado diante do novo contexto social.

Se até a coisa julgada pode ser relativizada para eficácia dos direitos fundamentais, a publicidade dos atos processuais eletrônicos também pode. Os atos processuais devem restringir-se às partes e seus procuradores, permitindo-se a extração de certidões por qualquer interessado. A restrição preserva o direito à intimidade das partes e a possibilidade de requerer e receber a certidão dá cumprimento ao princípio da publicidade. Assim é que se possibilita o respeito ao direito das partes e o conhecimento do povo acerca do conteúdo, ainda que restrito, do que nos autos do processo consta.

Seja no processo eletrônico ou no processo físico, deve ser reconhecida a necessária restrição ao princípio da publicidade, para que se garanta o respeito a um direito muito mais valioso, qual seja, o da dignidade da pessoa humana.

José Carlos de Araújo Almeida Filho, fervoroso defensor da relativização do princípio da publicidade, especialmente no processo eletrônico, não defende o repúdio ao princípio, senão viveríamos em estado de exceção. Por outro lado, ele também não é adepto da indiscriminada divulgação dos atos processuais, para o que devem contribuir os tribunais, mediante a manutenção de sistemas seguros, com a possibilidade de bloqueio através dos *link*.⁶⁰

Realmente, o princípio da publicidade deve ser relativizado, para que não se perpetuem ofensas constantes aos direitos das partes à intimidade e à vida privada, pois a absurda publicidade que se tem conferido aos atos processuais, extremamente facilitada pelas novas tecnologias da comunicação, tem

⁵⁹ Op. cit., p. 25.

⁶⁰ Op. cit., p. 34.

sido desmedida, e tais abusos só tendem a aumentar com a efetiva implementação do processo eletrônico.

Na nossa opinião, talvez seja a melhor saída, para não chegarmos ao extremo da publicidade do processo eletrônico, ser permitido a qualquer pessoa o acesso ao banco de dados do tribunal, onde constam não só os andamentos do processo, mas também todo o seu conteúdo, mas desde que as partes em litígio manifestem-se nesse sentido.

E isso porque estamos diante de direitos disponíveis, quais sejam, a intimidade, a privacidade, o sigilo. Assim, caso as partes não se importassem com a divulgação do que consta nos autos eletrônicos de seu processo, pode-se permitir o livre acesso a ele. Entretanto, caso qualquer das partes em litígio manifestem-se pelo sigilo, seria o caso de o acesso ao processo somente ser permitido aos advogados e às partes, a partir de uma senha, para que não se invada a privacidade alheia, restringindo, assim a excessiva publicidade do processo que poderia vir a acontecer.

Para isso, entendemos que o momento ideal para que as partes manifestem-se pela restrição da publicidade é desde a primeira vez em que falarem no processo. Assim, o autor manifestar-se-ia nesse sentido já na inicial, enquanto que o réu, na contestação, e os terceiros intervenientes, quando falassem nos autos pela primeira vez.

O único detalhe importante, que caberá ao magistrado analisar, é no sentido de verificar se o pedido da parte pela restrição à publicidade não ofende o interesse público e não está revestido de má-fé. Para tal análise, o juiz deverá levar em consideração os fundamentos do pedido, bem como os fundamentos de eventual impugnação a esse pedido.

11. Conclusões

O princípio da publicidade pode ser entendido sob dois aspectos; enquanto publicidade interna trata da obrigatoriedade de comunicação às partes de todos os atos processuais, para eventual manifestação, permitindo o contraditório; externamente, a publicidade serve para dar conhecimento a toda e qualquer pessoa que venha a se

interessar de tudo o que nos autos consta, possibilitando acesso às audiências a serem realizadas e a consequente fiscalização do exercício da função jurisdicional pelo Estado-juiz.

Na Sociedade da Informação, os meios de comunicação, em constante evolução, contribuem para a divulgação dos atos processuais, o que acaba por confundir a finalidade do princípio da publicidade, podendo causar sérios prejuízos às partes litigantes.

Com a implementação do processo eletrônico, os prejuízos decorrentes da distorcida publicidade dos atos processuais, aumentada pela influência da mídia, tendem a se agravar, especialmente porque tudo o que ocorrer no processo estará disponibilizado por tempo indeterminado na internet, e o interesses tratados naquele processo serão amplamente divulgados, podendo causar sérios prejuízos aos seus titulares.

Assim, deve ser repensado a publicidade, sopesando-se quais as suas vantagens em detrimento do princípio da dignidade da pessoa humana. Como solução para o conflito existente entre a atual publicidade extremada de processos no geral e a dignidade da pessoa humana, entendemos que a publicidade deve ser restringida de alguma forma, pois os prejuízos tendem a aumentar com a implementação do processo eletrônico.

Deve haver a convivência em harmonia entre os dois princípios mencionados. Seria o caso, por exemplo, de no processo eletrônico não constar os dados de qualificação das partes, permanecendo a publicidade, mas sem causar prejuízo as partes do processo.

E, mais ainda, apontamos uma solução que, de acordo com a nossa ótica é pertinente, a regra continuaria a ser a publicidade de todo o processo, mas que poderia ser restringida caso fosse do interesse de pelo menos uma das partes, que assim se manifestasse. Seria permitido acesso aos autos do processo eletrônico somente às partes e seus advogados, mediante a utilização de uma senha previamente fornecida pelo tribunal. Entretanto, não se pode esquecer que qualquer decisão pela restrição à publicidade processual

deve partir de decisão judicial extremamente fundamentada nesse sentido.

REFERÊNCIAS

- ALMADA, Roberto José Ferreira de. **A Garantia Processual da Publicidade**. Temas Fundamentais de Direito volume 2. Coordenadores: José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: RT, 2005.
- ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico: a informatização judicial no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. O Princípio da Publicidade no Processo Frente à Emenda Constitucional 45/2004 e o Processo Eletrônico. In: ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo (coord.). **Revista de Direito Eletrônico**. Ano III, volume III. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Direito Eletrônico, janeiro a junho de 2006, pp. 16-35.
- FREIRE, Rodrigo da Cunha. Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva na Sociedade da Informação. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.) **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 301-316.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 18 ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21 ed. atualizada até a EC nº 53/06. São Paulo: Atlas, 2007.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, vol. 21. 8 ed. rev., atualizada e ampl. São Paulo: RT, 2004
- _____; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 7 ed. rev., ampl. e atualizada até 07/07/2003. São Paulo: RT, 2003.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Volume I**. 39 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2003.

RESUMO

Pela análise do acórdão do Supremo Tribunal Federal (na ação direta de inconstitucionalidade nº 4277), que atribui às uniões homoafetivas, igual tratamento jurídico que o destinado às uniões estáveis heteroafetivas, busca-se demonstrar, no presente artigo, o efetivo reconhecimento – pela corte constitucional brasileira - de que as relações sociais, especialmente na pós-modernidade tecnológica, se encontram em permanente transformação, fato que não pode ser desprezado pelos tribunais e pelo sistema jurídico oficial, pois resultaria em insegurança social decorrente do descompasso entre o sistema normativo formal, que ainda não disciplina expressamente essas relações, e a realidade ética-moral.

Palavras-chave: Ordenamento Jurídico. Fontes do Direito. Costume. União Homoafetiva. Jurisprudência. Sociedade da Informação.

ABSTRACT

By the analysis of the Supreme Court's decision (in the direct action of unconstitutionality no. 4277), that gives, to the homoafectives unions, the same legal treatment using to the heteroafectives unions, we try to show, in this article, the effective recognition – by the brazilian constitutional court - that the social relations, especially in post-modernity technologic are in constantly changing, a fact that can't be ignored by the courts and by the official legal system, because it could result in social insecurity caused by the mismatch between the formal regulatory system, which still doesn't regularize these relations explicitly, and the ethical-moral reality.

Keywords: Legal System. Sources of Law. Custom Homoafective Union. Case. The Information Society.

* Professor de Direito na FMU, Mestrando em Direito da Sociedade da Informação na mesma instituição e advogado militante em São Paulo.

** Professor de Direito na FMU e pesquisador, orientador e professor no Programa de Mestrado em Direito da mesma instituição. Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da USP.

1. Introdução

Os Estados democráticos de direito, na atualidade – como o Brasil – cujas sociedades são amplamente influenciadas pela tecnologia e pela ampla possibilidade de acesso e divulgação da informação, estão sustentados por ordenamentos jurídicos positivados – produzidos e reconhecidos pelo poder estabelecido - que, muitas vezes, diante das rápidas e constantes transformações sociais, não refletem e não acompanham os anseios, os desejos, os comportamentos, a realidade ética, moral e jurídica da sociedade que teoricamente representam, mas, pelo contrário, até os contrariam e os negam.

Ordenamento jurídico esse, em descompasso com o real comportamento sociológico, com a efetiva prática ética e moral das pessoas, e até mesmo, muitas vezes, com a interpretação e aplicação desse mesmo ordenamento, pelos técnicos, juristas e operadores do direito em geral, conduz à negação, ou ao desconhecimento e/ou desconsideração dos fatos por detrás dos códigos (estes, muitas vezes omissos, lacunosos, ou mesmo contrários à realidade). Isso resulta, não raro, em insegurança jurídica e, na maior parte das vezes, em injustiça, falta de democracia e autoritarismo.

Não há como negar, portanto, a força do comportamento social reiterado, longo e com convicção de obrigatoriedade (costume jurídico) – especialmente nesta sociedade pós-moderna e tecnológica – como inevitável e relevante fonte de Direito na sociedade contemporânea. Nesse diapasão, há que se esperar que o Poder Judiciário – responsável último por garantir a eficácia e efetividade das normas jurídicas regradoras dos comportamentos sociais nas sociedades democráticas de direito – atue, na sociedade em constante transformação, como intérprete dos comportamentos e anseios sociais, como guardião dos princípios orientadores da vida social, interpretando as normas positivadas estatais vigentes de forma a adequá-las às práticas e aos costumes sociais já incorporados ao dia a dia das pessoas, garantindo, assim, a maior coincidência possível entre o “ser” e o “dever ser” da norma.

Assim, neste artigo, partimos da análise específica do Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 4277 – através do qual a corte máxima concluiu por atribuir às uniões homoafetivas o mesmo tratamento jurídico (em âmbito constitucional e infraconstitucional civil) destinado às uniões estáveis heteroafetivas – para, ao final, concluirmos que tal decisão refletiu, efetivamente, a realidade da sociedade constantemente modificada, isto fazendo, contudo, não através da pura e simples aplicação e interpretação do ordenamento jurídico escrito positivado, mas, ao contrário, sendo esse sistema ainda omissos no tratamento, e reconhecimento, dessa nova relação jurídica, através da admissão de que há comportamentos praticados e aceitos, pela sociedade – no caso a homoafetividade - que, mesmo ainda não previstos ou disciplinados formalmente, existem e representam práticas - sob o ponto de vista ético, moral, e mesmo jurídico - aceitas e admitidas, se não por todos, ao menos por parte significativa do conjunto das pessoas que vivem no Estado, merecendo eles, então, disciplina e regramento jurídico próprio, seja através de normas escritas positivadas, seja pelos costumes jurídicos não escritos, que, em certas situações – como a aqui debatida – mesmo contrariando ou divergindo das normas que compõem o próprio direito estatal escrito, representam condutas observadas e socialmente aceitas.

2. A Sociedade e o Direito.

O Direito é inerente a todas as sociedades humanas, assim como a política, de modo que a vida em sociedade não se revela possível sem que haja instituições políticas e regras jurídicas, regras de Direito (escritas ou não escritas), que disciplinem essa convivência coletiva. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 25)¹, indagando sobre a causa da relação entre sociedade e direito, vão

¹ Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. **Teoria Geral do Processo**; 26ª edição. São Paulo; Malheiros, 2010, p. 25.

afirmar que é devido à função ordenadora que o Direito exerce na sociedade, “isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre os seus membros”.

Tais regras jurídicas, por sua vez, devem estar estruturadas de forma a possibilitar a melhor aplicabilidade e efetividade possível às situações concretamente verificadas, garantindo-se a segurança jurídica e o devido regramento das condutas humanas. Assim, a vida em sociedade é organizada por meio de regras que disciplinam o modo de agir, que fixam limites à liberdade de cada um, que estabelecem proibições, permissões e sanções aplicáveis quando da concretização prática ou do descumprimento da hipótese normativa.

No entanto, é preciso saber de antemão que é necessário dar atenção a outros modos de juridicidade em operação que não apenas aqueles representados pelos modelos estatais, tal como a lei. Assim, na verdade, como os antropólogos jurídicos alertam, “o Direito é menos um objeto de contornos imutáveis do que uma maneira de pensar as relações sociais”².

Essa advertência parece-nos importante para compreender a verdadeira dimensão da decisão do Supremo Tribunal Federal, objeto deste ensaio. Vale dizer que, se por um lado a doutrina jurídica dogmática vai argumentar que o costume relativo à homoafetividade só se consolida efetivamente como Direito em razão do fato de o Estado o ter reconhecido por meio da decisão do STF, é necessário lembrar, por outro lado, que nem todo costume para ser Direito passa ou precisa passar por esse crivo da oficialidade, nem significa igualmente dizer que tudo o que passa pelo Estado, torna-se, por isso, automaticamente Direito.

O ambiente e a realidade da sociedade da informação mostram à exaustão que a tendência crescente é que grande parte das relações e soluções jurídicas prescindam da intervenção estatal. Isso não equivale dizer que elas se dão fora do mundo do Direito. Muitas das vezes parece mesmo prudente e adequado

evitar a intervenção do Estado, sempre na perspectiva de um relacionamento entre sujeitos de direito baseado na responsabilidade e na participação dos envolvidos, o que reclama, portanto, responsabilidade e ética.

Nessa perspectiva é possível lembrar a propriedade das observações feitas por Bronislaw Malinowski a respeito do Direito e que parecem muito pertinentes para a sociedade da informação enquanto “conjunto de obrigações consideradas corretas por um grupo e reconhecidas como dever pelo outro, mantido em vigor por mecanismo determinado de reciprocidade e publicidade inerente à estrutura de sua sociedade”³. Ele acrescenta que essas regras são elásticas e têm certa amplitude. Não apresentam apenas penalidade pelas falhas, mas prêmios pelo excesso no seu cumprimento, encontrando-se o seu rigor na avaliação racional de causa e efeito. Malinowski lembra também que a norma jurídica, nesses termos, constitui-se apenas em um aspecto da vida social, um lado de sua estrutura, mais do que um arranjo social, independente, fechado. Escrevendo em 1926 e referindo-se a um povo melanésio, nem por isso, deve ser tomado como uma visão relativa ao passado ou aos povos tradicionais exclusivamente. Muito pelo contrário, suas observações podem servir, muito adequadamente, para a complexidade da sociedade globalizada do presente, que em grande medida se adéqua mais a essa configuração de Direito do que àquela da teoria clássica que o definiu, sobretudo enquanto um sistema especial de normas estatais, que prevê e define possíveis formas de contravenção e provê barreiras e reparos associados. É mais produtivo pensar o Direito na sociedade da informação como resultado da configuração de obrigações que impossibilitam os sujeitos de direito de esquivarem-se à sua responsabilidade sem sofrer por isso no futuro. Esse “sofrer no futuro” não significa necessariamente ser punido pela mão forte do Estado, que na maior parte das relações encontra-se ausente, mas pelas consequências de múltiplas ordens, inclusive moral, que a sua não observação do Direito, pode vir a lhe acarretar.

² Norbert Rouland. *Anthropologie Juridique*. Paris; Puf, 1990, p.48

³ Bronislaw Malinowski. *Crime e Costume na Sociedade Selvagem*. 2ª. ed. Brasília; UnB, 2008, p. 49.

3. O Direito Escrito e Não Escrito.

As regras que disciplinam o modo de agir das pessoas na sociedade, portanto, muitas vezes, não são estabelecidas pelo poder estatal, mas sim resultam de práticas e comportamentos verificados no interior da sociedade que, mesmo não clara ou expressamente previstos nas normas jurídicas estatais, são aceitos e praticados pelas pessoas, uma vez que decorrerem da própria prática coletiva. Ou seja, as normas e regras jurídicas que disciplinam o modo de vida coletivo podem, por vezes, ser fixadas através de procedimento legislativo formal e expressamente estabelecido e, por outras, surgir em decorrência da prática reiterada, repetitiva, convicta e longeva de determinado comportamento, mesmo não legalmente disciplinado, tal e qual na hipótese das uniões homoafetivas, objeto desta análise.

Por normas jurídicas não há que se entender, portanto, apenas as regras advindas do poder estatal, mediante processo legislativo apropriado e formal, mas, também, regras surgidas naturalmente no seio da comunidade, das práticas costumeiramente aceitas e observadas, e isso a despeito de a ideologia revolucionária burguesa sustentar o discurso segundo o qual a lei acabaria por banir a jurisprudência e que o costume deveria conformar-se à sua condição de fonte de Direito de segunda categoria. No entanto, a prática social, sobretudo nos tempos atuais, tempos informacionais, demonstra, exatamente, o contrário. Isto é, que a ação dos indivíduos e grupos sociais produz Direito. Também produz Direito a ação dos operadores jurídicos, especialmente a dos juízes. Nessa perspectiva, a jurisprudência é outra fonte essencial de produção de Direito, como confirma o caso em análise. O costume, assim, tem enorme importância como fonte de Direito, sobretudo nos campos mais sensíveis, nos quais se busca antes a composição de interesses confrontados na perspectiva da responsabilidade dos envolvidos, do que a submissão a uma decisão estatal. É o caso do direito internacional e do direito negocial, para ficarmos apenas nesses dois exemplos evidentes. Isso revela aspectos importantes da atual sociedade que é denominada de

sociedade da informação ou globalizada. Nesse novo ambiente, a vida social não é mais regulada apenas pelo direito positivo, ficando isso evidente com o

papel crescente que ganham os contratos com relação às leis, a extensão dos mecanismos de arbitragem e de mediação e, sobretudo a neutralidade crescente da lei em domínios tão importantes quanto a vida familiar ou o comportamento sexual, sem mencionar o enfraquecimento das normas, mais fácil de observar, nos domínios mais individuais de comportamento, como alimentação e vestuário⁴.

É exatamente o que Ferdinand Lassale⁵, já em meados do século XIX, tentou demonstrar quando traçou a distinção entre a Constituição real da Constituição “de papel”, ao dizer

Podem os meus ouvintes plantar no seu quintal uma macieira e segurar no seu tronco um papel dizendo “esta árvore é uma figueira”. Bastará esse papel para transformar em figueira o que é macieira? Não, naturalmente. E embora conseguissem que seus criados, vizinhos e conhecidos, por uma razão de solidariedade, confirmassem a inscrição constante da árvore de que o pé plantado era uma figueira, a planta continuaria sendo o que realmente era, e quando desses frutos, destruiriam estes a fábula, produzindo maçãs e não figos.

Na continuação da exposição do seu raciocínio o autor afirma que o mesmo acontece com as Constituições: “De nada servirá o que se escrever em uma folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos de poder”. O que se tenta revelar, então, é que de nada adianta ordenamento

⁴ Alain Tourraine. **Igualdade e Diversidade. O sujeito democrático.** Bauru; Edusc, 1998, p. 91. .

⁵ Ferdinand Lassale, O que é uma Constituição? Versão para e-book, Edições e publicações Brasil, São Paulo, 1933, obtido em <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao.html>, acesso em 13/04/2012.

jurídico formal, estatal, fundado em Constituição estável e formalmente válida, se o comportamento jurídico dos indivíduos não guarda correlação com as normas jurídicas positivadas. Tal situação revela claro descompasso entre fato e norma e impõe na interpretação e aplicação do Direito a adoção de técnica que encontre em outras fontes, especialmente no costume, a regra que dê disciplina e segurança jurídica a essas relações ainda não legalmente tratadas. É necessário reconhecer, portanto, a impossibilidade de vida em sociedade sem regras de convivência, ou seja, sem Direito, este que surge em virtude das próprias inter-relações sociais estabelecidas, dos próprios costumes e valores fundamentais, assim reconhecidos pelas pessoas, independentemente de lei, de “folha escrita”.

4. O Costume Jurídico e seu Reconhecimento pelo Estado.

Representa, assim, o costume popular, a força dos comportamentos sociais, importante fonte produtora de Direito, fonte essa que subsidia e complementa o conjunto de normas jurídicas formalmente produzidas pelo Estado, normas que, embora em grande número e complexidade, ainda assim são insuficientes para disciplinar, por completo, todas as hipóteses, todas as situações, toda a realidade das relações jurídicas ocorrentes na sociedade. Ou seja, na sociedade da informação, transformada pela tecnologia e pelo acesso ao conhecimento, o ordenamento jurídico positivo, formal e estatal, por não ser tão rápida e facilmente alterado, transformado e adaptado, entre outras razões, acaba por se revelar insuficiente como regulador e disciplinador das novas modalidades de comportamentos sociais, razão pela qual, aos operadores do direito, especialmente os juízes e os próprios tribunais, atentos a isto, impõe-se a adoção de técnica jurídico-interpretativa que, partindo do reconhecimento dessas lacunas, admita a busca, em outras fontes de direito – tais como o costume – de meios de preenchê-las, dando disciplina ao caso concreto que, até então, não possuía normatização jurídica formal.

Assim, RizzatoNunes⁶, afirma:

Ao contrário da lei – que é imposta de cima para baixo, do estado para a sociedade, expressa de forma geral e abstrata, para poder atingir todas as pessoas e todos os setores da sociedade – o costume jurídico surge no e do próprio seio da coletividade.

Ele é fruto da prática social individualizada, caso a caso; nasce obrigatório porque as partes envolvidas assim o entendem e se auto-obrigam; provém da convicção interna de cada partícipe de sua objetivação em fatos sociais particulares, que obriga a todos os que neles se envolverem. Formado com essa convicção de obrigatoriedade, pode-se tê-lo como legítimo e atualizado.

É o costume jurídico, portanto, fonte de direito eminentemente popular, social, informal, que surge no seio da sociedade, diante da rotineira e repetitiva prática coletiva com convicção de obrigatoriedade, mas que, embora apresente força social, ainda, não encontra regulamentação formal no ordenamento jurídico estatal. A lei funciona, então, como revelação e reconhecimento de prática social já existente, e também como instrumento de disciplina e regulamentação das relações jurídicas daí decorrentes, além de sancionador do inadimplemento.

Ao contrário da lei, contudo, o costume jurídico, embora possua força e eficácia social, se ainda não formalmente admitido e reconhecido pelo poder estatal, pouca segurança jurídica acaba por oferecer às pessoas e às relações jurídicas que representa, uma vez que o eventual desrespeito, por um lado, dessa prática social reiterada, e com convicção de correção, não encontrará, de outro, no ordenamento jurídico – mesmo porque se trata de fonte de direito não escrita, desprovida de sanção – a previsão de penalidade substitutiva, reparadora do direito subjetivo violado. Mas isto, observando-se a questão sob o ponto de vista oficial, pois, sob

⁶Rizzato Nunes. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**, 10ª edição. São Paulo; Saraiva, p. 145:

outro prisma, a desobediência ao costume implica, de modo geral, na sanção social, moral, sob múltiplas formas, que, em muitos casos, já é suficiente para conformar a maioria dos comportamentos que representa.

Assim, embora poderoso instrumento de convicção social, o costume jurídico somente passa a ter força efetiva de lei positiva, ou seja, diante do poder público, e, portanto, dotar-se de sanção social e jurídico-oficial – mesmo que lei popular, não produzida através de procedimento legislativo estatal formal – quando passa a ser reconhecido e admitido, também, pelos organismos estatais responsáveis pela elaboração, aplicação e interpretação das normas jurídicas vigentes. Nesse sentido, continua Rizzato Nunes⁷

É necessário dizer que a autoridade pública e, em especial, o Poder Judiciário, exerce papel importantíssimo na aplicação do costume. Isso porque muitas vezes sua existência torna-se mais clara após uma decisão judicial que o reconhece.

A decisão do Poder Judiciário, por ser escrita, publicada e ter avaliado o problema ou não da existência do costume, colabora sobremaneira na caracterização deste, posteriormente.

Note-se, todavia, que a decisão judicial não transforma em norma escrita o costume jurídico. Ele continua sendo o que é – norma jurídica não escrita – só que com o reconhecimento de sua existência pelo Poder Judiciário. Ressalte-se que o Judiciário “reconhece” o costume, mas não o “estabelece”, isto é, o costume já existia, precedia a decisão. O Judiciário não o cria; apenas o acata expressamente.

Justifica-se, e explica-se, portanto, mesmo pela dogmática jurídica, a admissão do costume jurídico como fonte efetiva de criação de Direito, pelo fato de o ordenamento jurídico positivado – advindo do poder estatal – ser incapaz de dar disciplina rápida, completa e plena a todas as relações jurídicas advindas da sociedade. Nesse sentido a dogmática vai admitir como necessária, por vezes, a

utilização de outras fontes jurídicas – que não a lei estatal - para disciplinar todas essas relações, especialmente as novas situações surgidas em virtude da tecnologia e da constante e rápida transformação dos comportamentos diante dessa nova realidade. É exatamente o que afirma Maria Helena Diniz (ano 2011, p.329)⁸:

Deveras, a lei, por mais extensa que seja em suas generalizações, por mais que se desdobre em artigos, parágrafos e incisos, nunca poderá conter toda a infinidade de relações emergentes da vida social que necessitam de uma garantia jurídica, devido à grande exuberância da realidade, tão variável de lugar para lugar, de povo para povo. Por isso, ante a insuficiência legal, é mister manter a seu lado, quando for omissa e quando impossível sua extensão analógica, as fontes subsidiárias do direito que revelam o jurídico.

A prática consuetudinária, da qual resulta o costume, é, em regra, uma fonte de cognição subsidiária ou supletiva e da mais alta relevância.

No caso brasileiro, o próprio ordenamento positivado – conjunto de leis oriundas de procedimento legislativo formal – traz previsão expressa de utilização do costume como meio de preenchimento das lacunas e omissões da lei, conforme previsão constante do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de direito brasileiro (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com as alterações da Lei nº 12.376, de 2010) que dispõe: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Admitindo, portanto, o próprio ordenamento jurídico, a utilização do costume como fonte de produção de normas de comportamento social, inevitável concluir que, reconhecendo, formalmente, o poder judiciário – responsável pela interpretação e pela

⁷ Idem, p. 146

⁸ Maria Helena Diniz. **Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica.** 22ª edição – São Paulo; Saraiva, 2011, p. 329.

aplicação das normas jurídicas – a existência e validade do costume, assume ele, então, posição exatamente igual à ocupada pelas normas jurídicas originárias do Estado – positivadas – implicando, assim, seu desrespeito, nas mesmas sanções e penalidades aplicáveis à hipótese de inobservância das normas positivadas, elaboradas mediante procedimento legislativo estatal próprio.

Na sociedade informacional assume, então, o costume jurídico, diante das rápidas e constantes transformações sociais, relevante posição de fonte criadora e confirmadora de direitos, origem primeira das regras aplicáveis às novas relações jurídicas daí originadas. A lei, então, quando elaborada, ou mesmo a decisão judicial, quando reconhece tal costume, nada mais representariam do que a efetiva confirmação – agora por parte dos poderes formalmente estabelecidos – de que o comportamento, até então apenas disciplinado por costumes aceitos pelas pessoas, merece e deve, também, ser reconhecido e disciplinado pelo ordenamento jurídico, mesmo porque revela a realidade jurídica da coletividade. A estrutura estatal, então, ao reconhecer dado comportamento social – seja legislativa, seja judicialmente – e, efetivamente, valorá-lo juridicamente, nada mais faz do que revelar uma realidade já vivenciada, já observada pelas pessoas.

Trata-se do reconhecimento de que as pessoas, vivendo em sociedade, ou mais, vivendo em sociedade cuja ordem jurídica é de natureza social, democrática e informacional, alicerçada em princípios e direitos humanos e sociais fundamentais constitucionais, têm a capacidade – e efetivamente o fazem – de auto-regular seu dia-a-dia e suas relações daí estabelecidas, independentemente da aplicação de regras formais e estatais que, muitas vezes, nem mesmo existem ou, ainda que existentes, não são reconhecidas como válidas pela população.

Thomas More⁹ vai mais longe ao entender injustificado o excessivo número de leis, que, em assim sendo, resultaria, nas sociedades que adotam tal complexo

ordenamento positivo, em verdadeira desorganização e confusão jurídica.

Na Utopia, as leis são pouco numerosas; a administração distribui indistintamente seus benefícios por todas as classes de cidadãos. O mérito é ali recompensado; e, ao mesmo tempo, a riqueza nacional é tão igualmente repartida que cada um goza abundantemente de todas as comodidades da vida. Alhures, o princípio do teu e do meu é consagrado por uma organização cujo mecanismo é tão complicado quão vicioso. Há milhares de leis, e que ainda não bastam, para que um indivíduo possa adquirir uma propriedade, defendê-la e distingui-la da propriedade de outrem. A prova é o número infinito de processos que surgem todos os dias e nunca terminam.

Resumindo: leis, assim chamados os atos reguladores de comportamentos sociais estabelecidos pelo poder estatal, embora possam ser importantes em certos casos para garantir – ao prevê-la expressamente - a sanção na hipótese de inadimplemento, são incapazes de disciplinar a infinidade de relações jurídicas surgidas da vida em coletividade, lacunas essas, então, que são preenchidas, também, pelos costumes, mediante a utilização dessas regras comportamentais, convictas e longevas, observadas pelas pessoas, independentemente do Estado, independentemente de lei. Ademais, é preciso considerar que a extrema importância atribuída à lei decorre provavelmente do próprio discurso oficial (do Estado) que visa associar a idéia da supremacia da lei à de ordem e condição do bem geral, visando justificar sua reivindicação do monopólio do uso da força e da violência em nome da sociedade.

5. O Costume Contra Legem

Representa, assim, o costume popular, importantíssima fonte produtora de regras de comportamentos, fonte essa que segundo os próprios postulados do discurso oficial “subsidiária e complementa” o regramento jurídico produzido pelo Estado, compondo,

⁹ Thomas Moore. **Utopia** – 1ª. Edição. São Paulo; Folha de S. Paulo (Coleção Folha: Livros que mudaram o mundo); 2010, p. 33.

então, ambas as fontes de direito – estatal e não estatal – o complexo mosaico de normas reguladoras da vida em sociedade. É necessário ficar claro, no entanto, que não nos situamos dentre aqueles que atribuem ao costume apenas esse papel subsidiário e complementar dentre as fontes de Direito, como o discurso mais conservador e pró-Estado sustenta. Para nós, ao contrário, especialmente na sociedade da informação, o costume destaca-se talvez como a principal e mais legítima fonte de Direito dentre todas. No entanto, tendo em vista o caso em estudo e a importância de o judiciário brasileiro ter se posicionado claramente pelo reconhecimento do costume como produtor de relações jurídicas, e de direito, continuaremos a análise e o estudo admitindo o raciocínio expressado pela corte e pela dogmática jurídica sem maiores polêmicas quanto ao fato de ser essa visão, do nosso ponto de vista, conservadora e por vezes dissonante da realidade sociológica e das práticas jurídicas contemporâneas.

Assim sendo, há situações – especialmente nesta sociedade contemporânea influenciada pelo constante, veloz e ininterrupto avanço tecnológico e científico – em que o ordenamento jurídico formal estatal, por não conseguir, com a mesma rapidez e agilidade, acompanhar, e efetivamente disciplinar, as novas relações jurídicas advindas da nova realidade social, oferece regras de comportamento – para disciplinar as novas relações - que, por ultrapassadas, claramente não correspondem à realidade, e não refletem a convicção das pessoas quanto à correção ou validade jurídica desse novo comportamento social. Trata-se de verdadeiro descompasso entre a realidade dos fatos e o comando normativo oficial. Aí, então, também se justifica a utilização do costume – mesmo contrário ao ordenamento jurídico estatal – como fonte jurídica disciplinadora das relações novas ainda não expressamente tratadas pela lei. A este costume – contrário ao ordenamento estatal positivado, mas em conformidade com os anseios e convicções da sociedade – é que a doutrina denomina *contra legem*. É costume, como outro qualquer, mas, embora contrário ao ordenamento legal vigente, conforma-se, exatamente, com a prática social convicta e reiterada, e é reconhecido e aceito como

obrigatório, senão por todos, por parte significativa do conjunto social. Serpa Lopes¹⁰, delimitou, claramente, o campo de atuação, validade e aplicabilidade do costume contrário à lei:

Uma lei pode impor tudo menos a sua irrevogabilidade, e, embora ela prescreva, como medida de segurança, que a sua revogação só se pode dar em razão de outra lei escrita, a realidade, entretanto, é mais forte do que os preceitos, e a realidade, através de um costume reiterado, enraizado nos dados sociológicos, em harmonia com as necessidades econômicas e morais de um determinado povo, é demasiado poderosa e capaz, portanto, de romper os diques de uma norma, justa em regra, mas que, excepcionalmente, pode-se converter num mero artifício, respeitada, à semelhança de um filho que seguisse o paganismo paterno, somente para manter a tradição, e não escutando um apelo de sua própria consciência.

Ou seja, dentre as modalidades de costumes jurídicos admitidos pela doutrina dogmática, e aptos, segundo ela própria, a produzir regras de conduta – costume *secundum legem* (que guarda exata conformidade com a lei), costume *praeter legem* (utilizado para preenchimento das lacunas, omissões da lei) e costume *contra legem* (costume que contraria a lei, mas representa prática jurídica socialmente aceita) – o costume *contra legem* tem, pela sua igual potencialidade de norma jurídica como os demais, a capacidade de se impor, sobrepor-se, e opor-se à lei, levando-a ao desuso, ou mesmo revogando-a, isto em virtude da realidade social que representa não mais identificar-se, ou melhor, não mais corresponder à realidade social verificada quando da criação da lei, tratando-se de prática já admitida socialmente, embora não disciplinada, ou mesmo não reconhecida pela ordem jurídica estatal.

¹⁰. Serpa Lopes, Miguel Maria. **Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil**. Vol. 1, Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1959, p. 80

Não se trata, nessa ótica, de, por um lado, privilegiar o costume como fonte de Direito - incluído o costume contrário à lei - e, por outro, negar a efetividade da lei, como regra de conduta, na sociedade da informação. Mas sim reconhecer que as relações surgidas da vida em sociedade, especialmente nesta sociedade globalizada, tecnológica e informacional, muitas vezes, diante das rápidas e constantes transformações, mesmo que não encontrem disciplina formal pelo ordenamento estatal, não deixam de encontrar disciplina jurídica, o que se dá, originariamente, então, através do costume, do comportamento observado pela coletividade, diante dessa nova situação, e isto tudo, antes da vigência da lei, ou mesmo sendo esta vigente, mas impondo comportamento diverso. Ou seja, a formalização, pelo poder estatal, da disciplina legal de determinado comportamento social, muitas vezes, quando ocorre, revela o reconhecimento pelo Estado de que aquela conduta humana já é efetiva e largamente praticada e difundida no seio da própria coletividade, representando a lei - que porventura vier a existir, então - nada mais do que a confirmação da validade jurídica desse comportamento, bem como sua relevância como instituto jurídico. Contudo, há ocasiões em que a modificação, ou inovação, do regramento estatal, por diferentes razões, entre elas em virtude da burocracia exigida para tanto, não acompanha, na mesma velocidade, a transformação dos comportamentos no interior da comunidade, resultando em práticas sociais que, embora não formalmente disciplinadas pelo Estado (e, portanto, na perspectiva estatal são encaradas como carentes de disciplina jurídica formal) são tratadas e regulamentadas através do próprio entendimento coletivo acerca daquela conduta, da convicção de tratar-se de conduta a ser observada e seguida.

Aliás, como já aqui se disse, há quem entenda que a profusão de leis, o inchaço do ordenamento jurídico estatal, acaba por trazer insegurança e confusão jurídica, exatamente resultado inverso do que se poderia supor ou esperar. Ademir Buitoni¹¹ confirma isto:

Até hoje, no Brasil e no direito ocidental, de um modo geral, cultivamos a ilusão do normativismo. Continuamos a achar que tudo precisa ser regulado, que as leis devem, permanentemente, ser reformadas, que os Códigos devem ser atualizados e que a ordem jurídica deve ser modernizada, sem o que não seria possível chegar ao desejado nível de justiça social, de equilíbrio econômico e de bem-estar para o povo.

No entanto, com a edição de normas e mais normas, o resultado tem sido uma verdadeira inflação legislativa, que vem complicando e burocratizando o funcionamento do Estado. Os próprios operadores do direito acabam tendo dificuldades para lidar com tanta complexidade legislativa, o que, não raro, é motivo de profunda angústia para advogados, juizes, promotores... e para todos aqueles que buscam ser justos no exercício da profissão jurídica. Na verdade, apesar de tanta produção legislativa, parece que o direito positivo foi esgotando, neste começo de século, sua função regulamentar, sem ter produzido a paz e o bem-estar entre os homens. O positivismo jurídico não vem resolvendo as grandes questões do nosso tempo, pois os problemas são complexos e globais, exigindo que seja ultrapassada a mera racionalidade lógico-formal, que vem caracterizando o direito posto objetivamente. Com certeza, o ser humano também tem um inconsciente, desejos subjetivos e emoções que não se reduzem à pura racionalidade.

E, finaliza:

Assim, se a lei, de um lado, reduz a complexidade, através da regulamentação, de outro se torna simplista, mutilando a realidade, sempre mais ampla do que a lei.

¹¹ Ademir Buitoni. "A ilusão do normativismo e a mediação". *Revista do Advogado, AASP – Associação dos Advogados de São Paulo* – Setembro/2006 - n° 87 – p. 109.

6. As Uniões Homoafetivas e a Decisão do STF na ADIN4277.

Com relação às uniões homoafetivas, embora, por um lado, representem prática social aceita e admitida pelo menos por parte da sociedade, por outro, ainda não encontram tratamento e disciplina formais no ordenamento jurídico, ou, pelo contrário, encontram, nesse mesmo ordenamento, normas jurídicas que, na verdade, desconhecem ou mesmo impedem que se identifique tal relação como relação amparada pelo Direito e, portanto, de natureza jurídica, geradora de direitos e obrigações. Impossível, contudo, não reconhecer, essas relações, como relações aptas a produzir consequências de relevância jurídica entre os envolvidos e com repercussões jurídicas mais amplas, portanto, como relações que interessam ao Direito como um todo e que igualmente devem interessar ao ordenamento jurídico oficial.

Importante, então, nesse aspecto, que o Poder Judiciário, na posição de intérprete oficial das relações sociais nos Estados democráticos, e enquanto poder responsável por garantir a segurança jurídica, ao se deparar com situações, ou melhor, relações jurídicas, tais como as uniões entre pessoas de mesmo sexo – que representam práticas ou comportamentos sociais ainda não expressamente regulamentados pelo ordenamento jurídico formal, mas já plenamente praticados no seio da sociedade – assumam posicionamento ativo na interpretação do Direito e no estabelecimento da regra aplicada a esses casos, reconhecendo que a prática social convicta e reiterada é apta a produzir efeitos jurídicos, independentemente da existência de prévio reconhecimento através de procedimento legislativo formal. É este, também, o entendimento de Maria Berenice Dias¹²:

As uniões entre pessoas do mesmo sexo, ainda que não previstas expressamente na Constituição

Federal e na legislação infraconstitucional, fazem jus à tutela jurídica. A ausência de regulamentação impõe que as uniões homoafetivas sejam identificadas como entidades familiares no âmbito do direito das famílias. A natureza afetiva do vínculo em nada o diferencia das uniões heterossexuais, merecendo ser identificado como união estável.

Preconceitos de ordem moral não podem levar à omissão do Estado. Nem a ausência de leis nem o conservadorismo do judiciário servem de justificativa para negar direitos aos relacionamentos afetivos que não têm a diferença de sexo como pressuposto. É absolutamente discriminatório afastar a possibilidade de reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas.

Assim, a recente decisão do STF, na ADI 4277, equiparando as uniões homoafetivas – desde que, duradouras, estáveis e públicas - às uniões estáveis heteroafetivas, revela, claramente, o reconhecimento, por aquela corte, de uma prática social que, mesmo não formalmente disciplinada pela estrutura legal vigente, para a qual o ordenamento ainda não prevê consequências jurídicas – aliás, ele é expresso no sentido de atribuir efeitos jurídicos apenas às uniões entre pessoas de sexos distintos - é aceita e naturalmente admitida por boa parcela das pessoas, isto por tratar-se de conduta verificada já há longo período e cuja validade é igualmente reconhecida, com convicção

Clara, portanto, a aceitação pelo STF, no julgamento da mencionada ADI 4277, da validade de um comportamento que, mesmo ainda não disciplinado pela lei, ou até, por ela vedado, é efetivamente verificado, praticado e aceito na sociedade – se não por todas as pessoas, ao menos por considerável parte delas - representando, então, uma relação, um costume, um instituto jurídico capaz de produzir efeitos jurídicos tais e quais os produzidos pela lei estatal. Contudo, analisando-se o ordenamento jurídico formal, expresso, verifica-se, claramente, uma evidente negação, ou melhor, uma clara desconsideração das relações homoafetivas

¹²Maria Berenice Dias. “A família homoafetiva e seus direitos”. *Revista do Advogado -AASP – Associação dos Advogados de São Paulo*, nº 91, de maio de 2007, p. 105:

enquanto relações jurídicas passíveis de produzir direitos ou obrigações. Ele é expresso no sentido de apenas atribuir efeitos jurídicos às uniões heteroafetivas. É que: a) a Constituição Federal no § 3º, do artigo 226, reconhece como união estável apenas aquela havida entre um homem e uma mulher; b) a lei nº 9.278/96, que regulamenta o referido § 3º do art. 226, define, expressamente, como entidade familiar, a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família e; c) o Código Civil (lei 10.406/2002), em seu artigo 1.723, é expresso ao reconhecer como entidade familiar apenas a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Então, como é possível admitir-se decisão, da própria corte constitucional, que dá, aos referidos dispositivos legais, significação absolutamente estranha àquela que o texto expresso da lei objetivava apresentar? A resposta está no fato de a referida corte ter reconhecido, para dar referida interpretação à lei, a existência de comportamentos sociais que, embora muitas vezes ainda não disciplinados pela lei, o são pela convicção das pessoas acerca daquela conduta, fato esse que obriga o poder judiciário a dar à lei ainda omissa, ou mesmo à lei divergente do referido costume, interpretação em conformidade com os princípios fundamentais constitucionais, que se irradiam por todo ordenamento jurídico, fornecendo as luzes necessárias para aplicação do Direito, mesmo não escrito, mesmo que contrário ao direito positivado.

Do voto proferido na referida ADI 4277, pelo eminente ministro relator Carlos Ayres Brito, ao falar sobre o substantivo preconceito, pode-se extrair a confirmação de que referido tribunal, para análise desse caso sobre uniões homoafetivas, admitiu, expressamente, a utilização do costume social como fonte criadora de direito, de regras de conduta:

Mas é preciso lembrar que o substantivo “preconceito” foi grafado pela nossa Constituição com o sentido prosaico ou dicionarizado que ele porta; ou seja, preconceito é um conceito

prévio. Uma formulação conceitual antecipada ou engendrada pela mente humana fechada em si mesma e por isso carente de apoio na realidade. Logo, juízo de valor não autorizado pela realizada, mas imposto a ela. E imposto a ela, realidade, *a ferro e fogo* de u’a mente voluntarista, ou sectária, ou supersticiosa, ou obscurantista ou industriada, quando não voluntarista, sectária, supersticiosa, obscurantista e industriada ao mesmo tempo. Espécie de *trave no olho da razão e até do sentimento*, mas coletivizada o bastante para se fazer de traço cultural de toda uma gente ou população geograficamente situada. O que a torna ainda mais perigosa para a harmonia social e a verdade objetiva das coisas. Donde René Descartes emitir a célebre e corajosa proposição de que “Não me impressiona o argumento de autoridade, mas sim, a autoridade do argumento”, numa época tão marcada pelo dogma da infalibilidade papal e da fórmula absolutista de que “O rei não pode errar (*The king can do no wrong*)”. Reverência ao valor da verdade que também se lê nestes conhecidos versos de Fernando Pessoa, três séculos depois da proclamação cartesiana: “O universo não é uma idéia minha./ A idéia que eu tenho do universo é que é uma idéia minha.”

Ou seja, o ingresso da norma no ordenamento jurídico, após atendimento de toda a burocracia e formalismo legislativos exigidos, não significa que essa regra de conduta tenha atingido um grau de sacralidade tal que impeça qualquer alteração, modificação ou mesmo qualquer nova interpretação de seus objetivos ou de suas determinações. Muito pelo contrário! A norma estatal positiva não é infalível por sua condição de produto estatal, ela não é eterna, não é imutável, ela é, na verdade, produto cultural representativo de uma época e de uma dada sociedade que, entretanto, nesta era informacional e tecnológica, deve sofrer mutações, e efetivamente sofre especialmente em sua interpretação, isto em virtude da igual mutação

da sociedade, transformações essas influenciadas pelos novos costumes, pelos novos comportamentos.

7. Considerações Finais

O tema discutido tem enorme importância e consequências por si mesmo. O fato de pessoas do mesmo sexo constituir família, casar, ou seja, compor entidade familiar, ter filhos e gozar de todos os demais direitos decorrentes dessa relação jurídica, inclusive o direito de receber socialmente igual tratamento ao dispensado às famílias constituídas por homem e mulher, já é, por si só, razão para merecer discussão e análises jurídicas tendo em vista o seu caráter revolucionário em relação a uma ordem e a uma moral conservadoras que vigoram há muito tempo nos regimes jurídicos ocidentais, sobretudo no sistema oficial de Direito.

Terem sido reconhecidos os mesmos direitos aos casais do mesmo sexo que aos casais de sexos diferentes revoluciona padrões de comportamento para além do tema sexual em si, ao tema da família e aos temas afiliados a eles, isso porque se expõe com flagrante clareza a própria natureza do Direito, que deixa de se expressar simplesmente por meio da norma estatal, para se revelar em toda a sua clareza nos próprios fatos sociais.

Revela também que a sociedade da informação afastou-se das concepções liberais e revolucionárias de democracia. A globalização torna simultâneo o que nesse pensamento anterior era visto como sucessivo e exige concepções mais elaboradas de Direito com o abandono da tradicional definição positivista “como ordem coativa constituída à base de normas, as quais formam uma unidade que não apenas reserva para si o monopólio da força nas relações sociais, como igualmente regulamenta as relações fundamentais para a convivência e supervivência dos grupos sociais”¹³.

Com a decisão comentada confirma-se assim o que José Eduardo Faria¹⁴ já afirmava em 1986, que os novos paradigmas exigem a busca de um Direito enquanto conjunto de

regras em movimento (um direito *in fieri*) e continuamente reformuladas, inclusive por forças extralegislativas e extraestatais. Isso, evidentemente, desloca o próprio objeto da Ciência Jurídica do conjunto de regras estatais, instituído em dogmas, para os próprios fatos sociais. Assim, na sociedade da informação, à luz do que a própria decisão do Supremo Tribunal Federal enfocada revela, deve-se perceber que o Direito não pode ser tomado apenas enquanto normas e soluções estatais de conflitos. Na verdade, ele se trata menos de um objeto de contornos imutáveis do que uma maneira de pensar as relações sociais.

¹³ José Eduardo Faria. **Eficácia Jurídica e Violência Simbólica**. São Paulo. Edusp, 1986, p. 168

¹⁴ Idem

REFERÊNCIAS

- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26ª ed. São Paulo; Malheiros, 2010
- DIAS, Maria Berenice. “A família homoafetiva e seus direitos”. **Revista do Advogado, AASP - Associação dos Advogados de São Paulo**, n° 91, maio de 2007, p. 105
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica**. 22ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.
- FARIA, José Eduardo. **Eficácia Jurídica e violência simbólica**. São Paulo; Edusp, 1986.
- LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Versão para e-book, São Paulo; Edições e publicações Brasil, 1933.
- LOPES, Serpa. **Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil**. Vol. 1. Rio de Janeiro; Freitas Bastos, 1959
- MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e Costume na Sociedade Selvagem**. 2ª. ed. Brasília; UnB, 2008, tradução de Maria Clara Correa Dias.
- MOORE, Thomas. **Utopia**. 1ª. Ed. – São Paulo: Folha de S. Paulo (Coleção Folha: Livros que mudaram o mundo), 2010
- NUNES, Rizzato. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 10ª ed.. São Paulo; Malheiros, 2011
- ROULAND, Norbert. **Anthropologie Juridique**. Paris; Puf, 1990
- TOURAINÉ, Alain. **Igualdade e Diversidade. O sujeito democrático**. Bauru; Edusc, 1998, tradução de Modesto Florenzano.

RESUMO

O presente artigo versa sobre as formas de controle jurisdicional de constitucionalidade previstas na Constituição Federal de 1988 no que concerne ao controle através dos métodos difuso e concentrado, enfocando também as inovações do controle de constitucionalidade que foram inseridas através da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Métodos de Controle Constitucional.

ABSTRACT

This article discusses the forms of judicial review of constitutionality in the Constitution of 1988 regarding the methods of control through diffuse and concentrated, focusing on innovations also the control of constitutionality that were inserted by Constitutional Amendment No. 45/2004.

Keywords: Constitutional Law. Methods of Constitutional Control.

¹ Advogado militante em São Paulo e consultor jurídico, mestrando em Direito Fundamentais pelo Centro Universitário FIEO e especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Mackenzie.

1. Introdução

Antes de adentrarmos propriamente ao tema que nos propomos a tratar com o presente artigo, necessário abordamos alguns pontos relativos ao próprio controle de constitucionalidade

O Brasil optou por adotar uma Constituição rígida, que somente pode ser modificada por procedimento previsto na própria Carta Política, tal como afirmado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹:

Mas, posteriormente, a doutrina jurídica veio distinguir, quanto à estabilidade das Constituições, dois tipos fundamentais: a Constituição rígida, que é aquela que somente pode ser modificada pelo processo especial que ela própria prevê...

Por estarem as normas Constitucionais situadas no topo da pirâmide jurídica, todas as demais normas devem se adequar aos ditames do texto constitucional, motivo pelo qual faz-se necessário um mecanismo de controle, conforme bem explica Zeno Veloso²:

Porém, de nada adiantaria a rigidez constitucional, a soberania (*paramountcy*) da Carta Magna, a natural e necessária ascendência de suas regras e princípios, se não fosse criado um sistema eficiente de defesa da Constituição, para que ela prevalecesse sempre, vencesse qualquer embate, diante de leis e atos normativos que a antagonize.

A Carta Magna de 1988 trouxe várias formas de controle à Constituição, sendo que há mecanismos políticos e jurisdicionais, e quanto aos mecanismos jurisdicionais temos o

controle concentrado e o difuso e o controle por bloco de constitucionalidade.

No presente estudo daremos ênfase as inovações que foram introduzidas pela Carta Republicana de 1988, que trouxe a inovações no mecanismo de controle difuso em razão do **Mandado de Injunção**.

Também houve inovações quanto ao controle pelo método concentrado, pois a Constituição Federal de 1988 trouxe a possibilidade do ajuizamento da **Ação Direta de Inconstitucionalidade**; da **Ação Declaratória de Constitucionalidade**; da **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão** e da **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**.

Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 45 de 30/12/2004, que teve como finalidade “reformular” o Judiciário, introduziu na Constituição a previsão da **Súmula Vinculante**, do **Bloco De Constitucionalidade** e da necessidade da **Repercussão Geral** para admissibilidade do Recurso Extraordinário, cuja análise será também objeto de estudo do presente artigo.

2. Do Controle Difuso

Entende-se por controle difuso aquele que pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, e sua previsão consta do artigo 102, III, ‘a’, ‘b’ e ‘c’ e § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Vejamos a lição de Ana Cândida da Cunha Ferraz³:

...todo e qualquer ato jurídico pode ser apreciado em sua compatibilidade com a Constituição, e todo e qualquer juiz pode decidir a questão de constitucionalidade. A decisão definitiva e final fica a cargo do Supremo Tribunal Federal, cuja missão, no sistema constitucional brasileiro, é a de guarda da Constituição (art. 102, *caput* e inciso III).

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 3º edição. Saraiva. São Paulo. 1999. pag86

² VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 2º edição. Del Rev. Belo Horizonte. 2000. pg.17/18

³ FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade**. Revista de Informação Legislativa, pg. 291

O controle difuso de constitucionalidade teve origem nos Estados Unidos da América, quando do julgamento do caso *Madson versus Marbury* no ano de 1803, quando a Corte Constitucional Americana conclui pela supremacia das normas constitucionais sobre o restante do ordenamento jurídico, atribuindo a competência de controle para o Poder Judiciário.

O modelo de controle difuso foi adotado pelo Brasil desde a sua primeira Constituição republicana, em 1891, tal como leciona Gilmar Ferreira Mendes⁴:

Como se sabe, adotou-se, entre nós, de início, o modelo difuso de declaração de inconstitucionalidade. O Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, consagrava que “na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura só intervirá em espécie e por provocação da parte.

Apesar da previsão do controle difuso ser anterior a Constituição Federal de 1988, a atual Carta Republicana trouxe da previsão do mandado de injunção, inovando assim a possibilidade de controle.

A previsão do mandado de injunção consta do artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal e é uma forma de **controle face às omissões normativas**, pois o mandado de injunção pode ser impetrado quando não se puder exercer um direito constitucional por falta de norma regulamentar. Oportuna a transcrição do texto constitucional:

Artigo 5º, inciso LXXI da CF/88 – ...conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. pg. p. 242/243. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

O mandado de injunção tem previsão em constituições de outros países, porém a Constituição Federal de 1988 inovou ao permitir a impetração do mandado de injunção em razão de omissão legislativa, sendo um mecanismo para buscar solução face a inércia dos demais poderes, para que assim a Constituição seja efetivamente aplicada pela sociedade, tal como leciona a professora Anna Cândida da Cunha Ferraz⁵:

...responde o sistema brasileiro à preocupação com a grave problemática da inércia dos poderes constitucionais no tocante à implementação e cumprimento de disposições constitucionais, que vem encontrando eco nas últimas décadas.

3. Do Controle Concentrado

A Constituição Federal de 1988 trouxe a possibilidade do ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade; da Ação Declaratória de Constitucionalidade; da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade está prevista nos artigos 102, I, ‘a’ da Constituição Federal de 1988 e tem como objetivo que o Supremo Tribunal Federal (órgão que é competente para processar e julgar a ação) declare a desconformidade de texto de lei ou de ato normativo federal, estadual ou distrital com a norma constitucional, tal como leciona Alexandre de Moraes⁶:

...cabe ação direta de inconstitucionalidade para declarar a desconformidade com a Carta Magna de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital (este último desde que produzido no exercício de competência equivalente à dos

⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha – **Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade**, RPGESP dez/90.

⁶ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2007, p. 607

Estados-membros), editados posteriormente à promulgação da Constituição Federal, e que ainda estejam em vigor.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade também está prevista no artigo 102, I, 'a', Constituição Federal de 1988 e tem como objetivo que o Supremo Tribunal Federal (órgão que é competente para processar e julgar a ação) declare a conformidade de texto de lei ou de ato normativo federal, estadual ou distrital com a norma constitucional, e com a declaração as instancias judiciais inferiores ficam impedidas declarar a inconstitucionalidade de determina norma que teve a constitucionalidade garantida pelo Supremo Tribunal Federal, colocando-se assim limite quanto método do controle difuso de constitucionalidade, tal afirmado por Antonio Carlos de A. Diniz⁷:

...se declarada em Ação de Constitucionalidade não só produz sua eficácia contra todos como vincula as demais instâncias, restringindo grandemente o controle difuso de constitucionalidade exercido pelos outros órgãos judiciais. Após regularmente prolatada decisão em Ação Declaratória de Constitucionalidade de observância compulsória para as demais instâncias judiciárias, nos casos sob seu julgamento...

Por sua vez a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão cuja previsão encontramos no artigo 103, § 2º da Constituição Federal de 1988, tem como escopo garantir que normas constitucionais sejam observadas em sua plenitude, sendo possível o ajuizamento quando o Poder Público deixa de regulamentar por meio de norma infraconstitucional algum direito

assegurado pela Constituição Federal, conforme leciona Alexandre de Moraes⁸:

O objetivo pretendido pelo legislador constituinte de 1998, com a previsão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, foi conceder plena eficácia às normas constitucionais, que dependessem de complementação infraconstitucional. Assim, tem cabimento a presente ação, quando o poder público se abstém de um dever que a Constituição lhe atribuiu”.

Oportuna a citação de decisão proferida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal⁹:

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, parágrafo 2º da C.F.) A Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de que trata o parágrafo 2º do art. 103 da nova C.F., não é de ser proposta para que seja praticado determinado ato administrativo em caso concreto, mas sim visa a que seja expedido ato normativo que se torne necessário para o cumprimento de preceito constitucional que, sem ele, não poderia ser aplicado.

Quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, o Judiciário poderá dar ciência ao órgão competente para editar a norma ou fixar prazo para adoção de providencias, tal como nos ensina Ana Cândida da Cunha Ferraz¹⁰:

Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, os efeitos ditados pela Constituição resumem-se a dar ciência ao órgão competente para editar a norma ou a fixação de prazo para a adoção das

⁷ Diniz, Antonio Carlos. “Ação Declaratória de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos”. In Jus Navegandi.

⁸ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**, 10 ed. São Paulo: Atlas. 2007, p.696

⁹ ADI nº 19/AL, Rel. o Ministro ALDIR PASSARINHO, DJ de 14.04.89, p. 5456)

¹⁰ FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade**. Revista de Informação Legislativa, p. 291

providências administrativas
cabíveis (art. 103, § 2º).

Por fim, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, cuja previsão encontramos nos artigos 102, § 1º da Constituição Federal de 1988 tem como finalidade destina-se a garantir a aplicação dos preceitos fundamentais, que conforme leciona José Afonso da Silva¹¹, são mais do que os princípios fundamentais da Constituição:

...os preceitos fundamentais são, além dos princípios fundamentais, todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais...

4. O Controle Através da Súmula Vinculante

A palavra súmula tem origem no latim, *summula*, que nos remete a idéia de síntese ou índice de alguma coisa.

Em 1963 o Supremo Tribunal Federal passou a editar verbetes de suas decisões reiteradas com o intuito de orientar a comunidade jurídica sobre determinada questão, conforme bem fundamenta Isabella Rodrigues Rocha de Carvalho¹²:

A conjuntura de divergência da interpretação da lei em que vivíamos prejudicava o entendimento e a aplicação do Direito, condicionando, devido a isso, à necessidade de um remédio, o que ocasionou a criação da súmula no Brasil em 1963 pelo Ministro Victor Nunes Leal juntamente com os demais membros do Supremo Tribunal Federal. Tal instituto, logo foi copiado pelos demais tribunais que

passaram a editar suas próprias súmulas. Uma súmula tem sua gênese em uma decisão judicial. Porém, não é qualquer decisão que se transformará em súmula, mas sim, as emanadas dos tribunais superiores após reverem sentenças de 1º grau. Também se deve observar que não será qualquer decisão proferida por tribunal que será objeto de edição de súmula, mas somente as decisões reiteradas, conexas e coerentes com outros julgamentos de matérias similares. A essas decisões reiteradas convencionou-se chamar de jurisprudência, vindo a posteriori se transformar em súmula. Conhecidas também como enunciados, as súmulas resumem as disposições ajustadas pelo respectivo tribunal em relação à determinada matéria e servem de orientação a toda comunidade jurídica, tendo em vista que elas são opiniões proferidas pelos órgãos da função judiciária, sobre determinadas questões. Assim, ela surgiu para evitar a repetição inútil de causas, bem como a divergência entre vários órgãos julgadores em instâncias inferiores, quando já houver uma decisão pacificadora em Corte Superior no mesmo sentido...

Em 2004, a Emenda Constitucional nº 45, trouxe a possibilidade do Supremo Tribunal Federal de editar Súmulas Vinculantes, obrigando os demais órgãos do Poder Judiciário e toda a administração pública direta e indireta, a adotar o mesmo entendimento constante da Súmula. A redação do artigo 103-A da Constituição Federal segue abaixo transcrita:

Art. 103-A CF: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à

¹¹ SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13ª edição revista, Malheiros Editores Ltda., São Paulo, 1997, p. 530

¹² CARVALHO, Isabella Rodrigues Rocha de. **A súmula vinculante em face ao princípio do livre convencimento do juiz**. 2008. in www.lfg.com.br

sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

O artigo 102, § 2º da Constituição Federal, também atribuiu eficácia “*erga omnes*” e efeito vinculante nas decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF nas ADI e nas ADC. Vejamos:

Art. 102 § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Ao atribuir eficácia “*erga omnes*” e efeito vinculante nas decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF nas ADI e nas ADC, podemos afirmar que a Emenda 45/2004 passou a prestigiar o controle concentrado, pois com uma decisão prefira pelo órgão jurisdicional que tem competência para controlar a Constituição (método do sistema austríaco), o juiz de instância inferior, mesmo tendo convicção e entendimento diverso, fica impedido de declarar a inconstitucionalidade da norma questionada, o que é próprio do controle difuso (método do sistema americano), tal como explicitado por Daniel Marinho Corrêa¹³:

Evidente que, segue existindo o controle difuso, mas cada vez mais enfraquecido, pois o acesso ao STF, pela via difusa, foi sensivelmente dificultado em virtude da repercussão geral; se já houver precedente do STF, qualquer que seja a base para que isso tenha ocorrido – como, por exemplo, ADIn, ADC, ADPF ou mesmo controle difuso –, existirá o efeito vinculante, bem como é possível que, antes da análise da questão constitucional pelo STF, a causa seja suspensa até que o

Excelso Pretório apresente sua manifestação. Estendemos que o sistema constitucional brasileiro apresentará cada vez mais uma feição concentrada, de modo que a decisão do STF para qualquer que seja o controle, tenha efeito *erga omnes* e eficácia vinculante. Assim, os novos rumos do controle de constitucionalidade, nos mostram um sistema com um controle concentrado se impondo perante um mitigado controle difuso – que caminha para uma vinculação de suas decisões – em que todo e qualquer julgado proferido pelo STF será dotado de eficácia *erga omnes* e de efeito vinculante, corroborando para um contínuo esvaziamento dessa via difusa...”

Nesse ponto válido observar que a Emenda nº 45/2004 trouxe critérios para a edição da Súmula vinculante, previstos no artigo 103-A e parágrafos, quais sejam:

- a) quorum mínimo de dois terços dos membros do tribunal;
- b) somente matéria constitucional, depois de reiteradas decisões, poderá ser objeto da súmula vinculante, ficando afastadas questões de outra natureza.
- c) deve existir na matéria sumulada controvérsia que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Ao possibilitar o Supremo Tribunal Federal editar sumulas vinculantes, o legislador criou novo mecanismo de controle jurisdicional da constituição, pois uma vez que determinada matéria é sumulada pelo Excelsa Corte, os demais órgãos do Poder Judiciário ficam impedidos de julgar de forma contrária.

Os entusiastas da Súmula Vinculante apontam como contribuições do mecanismo para o sistema jurídico pátrio as seguintes vantagens

- a) intuito de diminuir as ações na Corte Extraordinária, vez que declarado o efeito vinculante de determinada matéria o órgão extraordinário não mais terá que se pronunciar

¹³ CORRÊA, Daniel Marinho. **A mitigação do controle de constitucionalidade difuso em detrimento do controle concentrado**, in www.ambito-juridico.com.br

a respeito, tal como defendido pelo ex-presidente Fernando Henrique Cardoso¹⁴:

...efetivamente, a melhor solução para a questão da sobrecarga de trabalho repetitivo nas Cortes Superiores parece residir na adoção de mecanismos de extensão de efeitos das decisões consolidadas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, desde que se estabeleçam normas claras para revisão do entendimento eventualmente fixado...

b) sintonia com o princípio da igualdade, evitando que uma mesma norma seja interpretada de formas distintas para situações fáticas idênticas, tal como aponta Mônica Sifuentes¹⁵:

Superados os questionamentos de ordem acadêmica e teórica, a súmula vinculante tem um notório valor pragmático: se não puser fim, pelo menos fará diminuir consideravelmente a quantidade de demandas repetidas. A par disso, dará segurança às relações jurídicas, ao cotidiano das pessoas que custam a entender como uma ação possa ser julgada de modo diferente do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal...

c) economia e celeridade processual, vez que a parte litigante quando ingressar com ação de questão já sumulada, especialmente em casos de matéria onde não há discussão de fato, terá uma resposta do Judiciário em tempo menos curto, conforme menciona Eduardo Francisco de Souza¹⁶:

...o novel instituto da súmula vinculante confere efetividade ao princípio da celeridade e da economia processual, já que agiliza e aperfeiçoa a resposta

jurisdicional a esses casos, poupando aos juizes singulares e demais tribunais, e ao próprio Supremo Tribunal, o trabalho de reanalisar lides cujas soluções já foram devidamente conferidas..."

d) o fato de que mesmo antes das súmulas vinculantes, os Tribunais Superiores já editavam suas Súmulas ou Enunciados que via de regra eram aplicados pela maioria dos magistrados das Instancias "a quo", sendo que a jurisprudência mesmo antes da Súmula vinculante já era utilizada como fonte do direito, conforme ensinamento de Miguel Reale¹⁷:

Se uma regra é, no fundo, a sua interpretação, isto é, aquilo que se diz ser o seu significado, não há como negar à Jurisprudência a categoria de fonte do Direito, visto como ao juiz é dado armar de obrigatoriedade aquilo que declara ser de direito' no caso concreto."

e) que há possibilidade do cancelamento das súmulas na medida que ocorrer evolução da matéria nos termos da Resolução 388/2008 do STF, que disciplina o processamento de proposta de edição, revisão e cancelamento de súmulas¹⁸:

Recebendo proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula, vinculante ou não, a Secretaria Judiciária a registrará e autuará, publicando edital no sítio do Tribunal e no Diário da Justiça Eletrônico, para ciência e manifestação de interessados no prazo de 5 (cinco) dias, encaminhando a seguir os autos à Comissão de Jurisprudência, para apreciação dos integrantes, no prazo sucessivo de 5 (cinco) dias, quanto à adequação formal da proposta..."

Por sua vez, podemos elencar como fundamento aos opositores da Súmula vinculante, os seguintes argumentos:

a) impossibilidade de evolução do Direito, pois com a imposição de aplicação das

¹⁴CARDOSO, Fernando Henrique. **Entrevista - "A reforma do Judiciário segundo FHC"**, publicada na **Revista Consulex** nº 21 de 30/9/1998.

¹⁵SIFUENTES, Mônica. "A Súmula e os esqueletos", in *jus navigandi*.

¹⁶SOUZA, Eduardo Francisco. "A abstração do controle difuso de constitucionalidade". *Revista CEJ*, Brasília, Ano XII, n. 41, abr./jun. 2008, página 79

¹⁷ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 169

¹⁸ Art. 1º da Resolução 388/2008 editada pelo STF em 05 de dezembro de 2008.

súmulas os juristas e em particular os magistrados não mais buscaram fundamentos para decisões em entendimento contrário, tal como mencionado na doutrina de Djanira Maria Radamés:¹⁹

Transmutando-se em regra a súmula, a atividade do juiz, sempre criadora em benefício do direito e da justiça, estaria reduzida à "... de um simples conferente dos fatos à súmula, manietando-o contra os ditames de sua consciência... E, num confronto com o que se afigura, hoje, como papel indeclinável a ser exercido pelo juiz, estar-se-ia reeditando o modelo positivista rígido, cabendo ao magistrado ser, novamente, "a boca que pronuncia as palavras da lei" que, desta feita, estaria previamente interpretada pelos tribunais superiores..."

b) interferência do Poder Judiciário nos demais Poderes e consequente atribuição de maior poder ao Poder Judiciário e especialmente à cúpula do Judiciário, desprestigiando os demais membros do próprio Judiciário e dos outros 02 Poderes, como apontado por Marcelo Pereira Faria:²⁰

Temos pra nós que esse é um dos argumentos mais enfatizados contra a adoção da súmula vinculante em nosso ordenamento jurídico. Advogam os defensores dessa idéia o fato de que o princípio da separação de poderes, previsto no artigo 2º da CF, restou prejudicado após a previsão legal da possibilidade de o STF vir a editar, de ofício ou por provocação, súmulas que vinculem o Poder Executivo e os demais órgãos do Poder Judiciário....Segundo os defensores de tal posicionamento, as súmulas aprovadas nos moldes do que prevê a sistemática da Lei n. 11.417/2006 e da CF seriam uma espécie de "superlei", uma norma geral e abstrata, o que, por si só,

configuraria afronta e usurpação da função típica de legislar, inerente ao Poder Legislativo. Isso seria, para os combatentes da súmula, verdadeira superposição de poderes, na qual o STF se colocaria em posição superior em relação do Poder Legislativo, cujo exercício é atribuído ao Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

c) a incompatibilidade da súmula com o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, onde se aplicam as regras do sistema americano de controle difuso, pois apesar das decisões da Suprema Corte norte americana a vinculação ocorre pela *ratio decidendi*, isto é pelos fundamentos da decisão

d) o fato da interpretação das normas não serem unânimes nos Tribunais, sendo frequentes decisões "por maioria" e com a obrigação de julgar em sintonia com a decisão do Supremo Tribunal Federal, haveria desrespeito ao princípio do livre convencimento do magistrado.

Não obstante os argumentos prós e contras a utilização da Súmula Vinculante como forma de controle da constitucionalidade o fato é que tal mecanismo há alguns anos esta presente no nosso ordenamento jurídico e com a utilização de tal instrumento podemos concluir que o recurso extraordinário atualmente é uma ferramenta de controle constitucionalidade, pois desde a Emenda nº 45/2004 observamos a utilização de mecanismos até então pouco utilizadas ou desconhecidas do nosso ordenamento, quais sejam:

A possibilidade de haver participação externa, como por exemplo, a oitiva de entidades com representatividade e preparo para contribuir com questões do caso julgado - "amici curiae".

A possibilidade de realização de Audiências Públicas antes da decisão ser proferida.

A possibilidade de serem proferidas decisões aditivas: quando o STF estabelece regras que não fazem parte do texto legal como forma tornar o texto compatível com as

¹⁹ SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Súmula Vinculante: análise crítica de sua adoção.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 83.

²⁰ FARIA, Marcelo Pereira. **Súmula vinculante: argumentos contrários e favoráveis ao instituto.** Disponível em <http://www.lfg.com.br>.

normas da Constituição Federal (caso da demarcação de terras indígenas).

A possibilidade da utilização da reclamação para rever e/ou modificar decisões proferidas pelo STF.

As regras para a edição da Súmula Vinculante, foram instituídas com a Resolução 338/2008 editada pelo próprio STF, e são as seguintes:

a) a obrigatoriedade de publicação no Diário Oficial de todas as propostas para criação, revisão ou cancelamento de súmula, com prazo de 05 dias para que interessados se manifestem.

b) findo os prazos as propostas são levadas à análise da comissão de jurisprudência do STF e na sequência são encaminhadas para os Ministros e para a Procuradoria Geral da República

c) Cumprido a sucessão de atos as propostas são levadas para o plenário.

5. O Controle por meio da Repercussão Geral

No glossário jurídico mantido pelo Supremo Tribunal Federal em seu site na internet, encontramos o seguinte verbete para repercussão geral:

A Repercussão Geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional 45, conhecida como a “Reforma do Judiciário”. O objetivo desta ferramenta é possibilitar que o Supremo Tribunal Federal selecione os Recursos Extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. O uso desse filtro recursal resulta numa diminuição do número de processos encaminhados à Suprema Corte. Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos. A preliminar de Repercussão Geral é analisada pelo Plenário do STF, através de um sistema informatizado, com votação eletrônica, ou seja, sem

necessidade de reunião física dos membros do Tribunal. Para recusar a análise de um RE são necessários pelo menos 8 votos, caso contrário, o tema deverá ser julgado pela Corte. Após o relator do recurso lançar no sistema sua manifestação sobre a relevância do tema, os demais ministros têm 20 dias para votar. As abstenções nessa votação são consideradas como favoráveis à ocorrência de repercussão geral na matéria.

O artigo 102, § 3º da Constituição Federal, trouxe a necessidade de demonstração pelo Recorrente de que a questão levada à apreciação do STF possui repercussão geral. Vejamos o texto:

Art. 102 § 3º "No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros".

Da leitura do dispositivo supra transcrito, podemos concluir que a repercussão geral foi um requisito instituído com a intenção de colocar limites à interposição de Recurso Extraordinário, pois antes da norma, qualquer questão constitucional poderia ser questionada através de Recurso Extraordinário, mesmo que houvesse interesse limitado no conflito apenas as partes litigantes, assim a repercussão geral passou a funcionar como um "mecanismo de filtro dos recursos".

Em 2006 editou-se a Lei 11.418 que teve como finalidade regulamentar a previsão da repercussão geral prevista na Emenda 45/2004 e com tal lei foram incluídos no CPC, os artigos 543-A e 543-B.

O mecanismo da repercussão geral não é novidade no sistema de controle pátrio, pois o sistema constitucional anterior previa a arguição de relevância.

O termo “repercussão geral” é um tanto quanto vago, pois o legislador utilizou-se de conceitos jurídicos indeterminados, porém alguns parâmetros para a definição foram bem

delineados por Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha²¹:

Como foi visto, o legislador valeu-se, corretamente, de conceitos jurídicos indeterminados para a aferição da repercussão geral. É possível vislumbrar, porém, alguns parâmetros para a definição do que seja “repercussão geral”: i) questões constitucionais que sirvam de fundamento a demandas múltiplas, como aquelas relacionadas a questões previdenciárias ou tributárias, em que diversos demandantes fazem pedidos semelhantes, baseados na mesma tese jurídica. Por conta disso, é possível pressupor que, em causas coletivas que versem sobre temas constitucionais, haverá a tal “repercussão geral” que se exige para o cabimento do recurso extraordinário. ii) questões que, em razão da sua magnitude constitucional, devem ser examinadas pelo STF em controle difuso de constitucionalidade, como aquelas que dizem respeito à correta interpretação/aplicação dos direitos fundamentais, que traduzem um conjunto de valores básicos que servem de esteio a toda ordem jurídica dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Ao valer-se de conceitos jurídicos indeterminados para a aferição da repercussão geral a intenção do legislador foi assegurar aos membros do STF condições futuras de analisarem se determinada questão possui ou não repercussão geral, de acordo a evolução dos dogmas, conflitos e complexidades de um dado momento social, assim há repercussão geral quando determinada questão traz um interesse social para o seu desfecho, tal como ocorreu recentemente com a equiparação das relações homoafetivas à união estável.

A repercussão geral, tal como prevista no texto constitucional, passou a ser mais um dos requisitos para a admissibilidade do recurso extraordinário, assim como os outros já existentes (tempestividade e preparo, por

exemplo), cabendo ao recorrente quando da interposição do recurso extraordinário elencar em preliminar os motivos pelo qual aquele recurso interessa à coletividade e não apenas aos diretamente envolvidos e aplica-se inclusive nos casos onde a matéria é penal e a falta da fundamentação da repercussão geral é motivo para que o recurso extraordinário não seja admitido, tal como afirma Sergio Bermudes²²:

...o §3º do art. 102 criou mais um pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário: a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso,...

A competência para análise se o caso submetido ao crivo do STF possui ou não repercussão geral é do próprio STF, porém antes do STF analisar a questão da repercussão geral, o Tribunal “a quo” faz o juízo de admissibilidade dos outros pressupostos, extrínsecos (tempestividade e preparo) e intrínsecos (interpretação diversa da norma Constitucional ou divergência jurisprudencial).

Somente aos recursos que passaram pelo crivo da admissibilidade dos outros pressupostos e que conseqüentemente chegam ao STF é que se faz à análise do repercussão geral.

Para que seja definida a negativa de repercussão geral é necessário decisão em tal sentido de 2/3 dos membros do STF e a análise se dá através de votação eletrônica, por meio de sistema informatizado, pois do contrário todos os 11 Ministros teriam que se reunir em todas as sessões e o julgamento dos recursos extraordinários por Turmas deixaria de ser possível, logo, para que um seja denegado conhecimento ao Recurso Extraordinário por ausência de repercussão geral há necessidade de no mínimo 08 votos em tal sentido

O prazo para os Ministros votarem sobre a repercussão geral ou não de determinada questão é de 20 (vinte) dias após o relator apresentar a sua manifestação no sistema informatizado e as abstenções na votação são

²¹ DIDIER Jr., Fredie. CUNHA. Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**, volume 3, 3ª edição. 3º ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2007. página 270.

²² BERMUDES. Sérgio. **A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45**, Forense, Rio de Janeiro, 2005, pág. 56.

consideradas como favoráveis à repercussão geral na questão submetida à análise.

Se for atribuída repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e a decisão que atribuiu a repercussão geral será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores em casos idênticos.

Segundo a regra do artigo 543-B, (parágrafo 1), quando no Tribunal tramitarem múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, o Tribunal de origem deve selecionar alguns recursos e enviá-los ao STF, sobrestando o julgamento dos demais recursos até final decisão do STF e se negada a repercussão geral todos os recursos que estavam sobrestados não serão admitidos no STF.

Entende-se por processo com idêntica controvérsia aqueles com questão idêntica que são submetidos ao Poder Judiciário, que em regra tratam apenas de matéria de direito e vez ou outra são distribuídos aos milhares ou milhões

6. O Controle Por Meio de Bloco de Constitucionalidade

A ideia de bloco de constitucionalidade teve origem na França, quando em 16 de julho de 1971 foi proferida decisão que elevou a liberdade de associação ao patamar de princípios fundamentais

Para definir bloco de constitucionalidade citamos Alberto Ribeiro Mariano Júnior²³:

O bloco de constitucionalidade é o conjunto de normas de nível constitucional que tem o papel de ampliar o paradigma do controle de constitucionalidade. Acontece que, tais normas com nível constitucional, não necessariamente, precisam estar expressa na Constituição, uma vez que a Carta Magna deve ser interpretada em função da realidade.

A Emenda Constitucional 45, de 2004, inseriu o § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, cuja redação é a seguinte:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais....”

Ao equiparar os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos às emendas constitucionais, há necessidade de efetuar o controle constitucional com o intuito de verificar a compatibilidade dos ditames do tratado ou convenção com o texto constitucional.

Nota-se que antes da inserção do § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal entendia que os tratados e emendas equiparavam-se a norma infraconstitucional, conforme pode ser constatado pelo julgado abaixo transcrito²⁴:

Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. 1. Quando a questão - no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional - é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional - que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional - não pode ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as

²³ MARIANO Jr, Alberto Ribeiro. **Bloco de Constitucionalidade: Consequências do seu reconhecimento no Sistema Constitucional Brasileiro**. In www.lfg.com.br

²⁴ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 265.780/PE. rel. Min. Celso de Mello, DJU de 07/ 08/2002, p. 65

últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional. 2. Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está insita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b).

Ao adotar o bloco de constitucionalidade com a equiparação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos às emendas constitucionais o legislador possibilitou que mais normas sejam utilizadas como paradigma para fins de controle de constitucionalidade,

7. Conclusão

Ao analisarmos as formas de controle jurisdicional de constitucionalidade, podemos concluir que o controle brasileiro formou um sistema próprio, com características de todos modelos tradicionais, e por isso inovador, pois

entre os mecanismos de controle utilizamos método adotado no sistema americano (controle difuso), como pelos austríacos (controle concentrado) e também pelos franceses (controle em bloco).

Apesar do sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade brasileiro ser híbrido notamos tendência em prestigiar o controle concentrado, uma vez que Constituição Federal permite que diversas ações sejam ajuizadas na sua Corte Constitucional para que se declare a constitucionalidade de normas e a decisão da Corte não mais pode ser questionada ou discutida.

Com a intenção de desafogar o Poder Judiciário da sobrecarga de trabalho, de trazer mais celeridade ao resultado das demandas Judiciais e de garantir segurança jurídica das decisões a Emenda 45 de 2004, instituiu a possibilidade da edição de Sumulas Vinculantes e a necessidade da repercussão geral como pressuposto de admissibilidade, o Recurso Extraordinário tornou-se uma ferramenta de controle constitucionalidade.

Com a equiparação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos às emendas constitucionais, houve extensão das possibilidades de controle da constitucionalidade, pois as regras de um tratado ou de uma convenção podem ser utilizadas como parâmetro para análise de constitucionalidade das demais normas que compõe o sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

- BERMUDES, Sérgio. **A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional N° 45**. Rio de Janeiro, Forense, 2005.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Texto consolidado até a Emenda Constitucional n° 56, de 20 de dezembro de 2007. Organizado pela subsecretaria de edições técnicas da secretaria especial de editoração e publicações do Senado Federal.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n° 265.780/PE**. rel. Min. Celso de Mello, DJU de 07/ 08/2002, p. 65.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resolução n° 388/2008**.
- CARDOSO, Fernando Henrique. **Entrevista - "A reforma do Judiciário segundo FHC", publicada na Revista Consulex n° 21 de 30/9/1998**.
- CARVALHO, Isabella Rodrigues Rocha de. **A súmula vinculante em face ao princípio do livre convencimento do juiz**. 2008. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080905101158173 > Acesso em 30 de julho 2011.
- CORRÊA, Daniel Marinho. **A mitigação do controle de constitucionalidade difuso em detrimento do controle concentrado**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9844>. Acesso em 30 de julho de 11 2011.
- DIDIER Jr., Fredie. CUNHA. Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**, volume 3, 3ª edição. 3º ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2007. página 270.
- DINIZ, Antonio Carlos. **“Ação Declaratória de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos”**. In Jus Navegandi. (<http://jus.uol.com.br/revista/texto/128/acao-declaratoria-de-constitucionalidade>). Acesso em 29/07/2011.
- FARIA, Marcelo Pereira. **Súmula vinculante: argumentos contrários e favoráveis ao instituto**. Disponível em <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080616104912535>. Acesso em 30 de julho de 2011.
- FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 36, n° 142. Abril/junho 1999.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha – **Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade**, RPGESP dez/90.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 3º edição. Saraiva. São Paulo. 1999.
- MARIANO Jr, Alberto Ribeiro. **Bloco de Constitucionalidade: Consequências do seu reconhecimento no Sistema Constitucional Brasileiro**. Disponível em http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/04_04_11_Bloco_de_Constitucionalidade_Alberto_Ribeiro_Mariano_Junior.pdf. acesso em 30 de julho de 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2007, p. 734
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003.
- SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Súmula Vinculante: análise crítica de sua adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- SIFUENTES, Mônica. **“A Súmula e os esqueletos”**. Disponível em jus navegandi. <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5839/a-sumula-e-os-esqueletos>>. Acesso em 29 de julho de 2011.
- SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13ª edição revista, Malheiros Editores Ltda., São Paulo, 1997.

RESUMO

As relações jurídicas contemporâneas cada vez mais se sentem atingidas pela constitucionalização dos direitos privados que permitem uma maior intervenção do Estado no direito “absoluto” de propriedade, por força dos direitos e garantias fundamentais insculpidos na atual Constituição Federal. Por consequência, em que pese a proteção da propriedade individual, expresso em nossa Carta Magna, resta claro, que esse direito jamais poderá deixar de cumprir a sua Função Social. Destaca-se, que os moldes pelos quais aconteceu a ocupação territorial brasileira implementou uma distribuição de terras que aprimoraram uma injustiça social, pois desta colonização desordenada nasceram os grandes latifúndios, que hoje se encontram completamente desconexos da Função Social da propriedade. Desta feita, a Reforma Agrária deve ser vista como Direito Humano Fundamental, que prioriza uma valorização ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Palavras-chave: Reforma Agrária. Propriedade. Função Social. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

The relationship increasingly contemporary feel affected by the constitutionalization of private rights which allow for greater state intervention in the right "absolute" ownership by virtue of the rights and guarantees inscribe the Federal Constitution. Consequently, despite the protection of individual property, expressed in our Constitution, it remains clear that this right can never fail to fulfill its social function. It stands out that the molds in which happened to land occupation implemented a Brazilian land distribution that improved social injustice because of disorderly colonization were born large estates, which are now completely disconnected from the Social Function of the property. This time, the agrarian reform should be seen as a Fundamental Human Right, which prioritizes an appreciation of the principle of Human Dignity.

Keywords: Agrarian Reform. Property. Social Function. Human Dignity.

¹ Mestre em Direito da Sociedade da Informação e Pós-graduado em Direito Civil pela FMU. Professor do curso de graduação em Direito na FMU e Professor dos cursos de pós-graduação e graduação da Uninove. Professor orientador do curso de pós-graduação em Direito da Universidade Anhanguera-Uniderp. Advogado inscrito na OAB/SP.

1. Introdução

A história de colonização do Brasil apresenta-se como a causa basilar de injustiça social na ocupação territorial brasileira, vez que o modelo adotado por Portugal para proteção de sua colônia teve como principal consequência o surgimento dos grandes latifúndios, que hoje expressam distorções imensas na distribuição de terra e, conseqüentemente influi na dignidade dos cidadãos.

É certo que, desde os tempos mais remotos, a terra sempre foi e, hoje ainda é, um sinônimo de luta entre os homens, pois ser o dono, o proprietário da terra, significa ser o detentor de poder e riquezas.

Desta forma, vale ressaltar que o contrato social adotado na antiguidade privilegiou o surgimento da propriedade privada como direito real e absoluto do indivíduo, podendo ser verificada, até nos dias atuais, a existência de uma grande proteção à propriedade particular exercida pelo Estado.

Porém, com o surgimento dos conhecidos direitos de terceira geração, houve uma significativa quebra da proteção dos direitos individuais frente aos coletivos e, desta feita, atribuíram-se importantes mudanças na ciência jurídica, das quais se destacam o nascimento de uma nova concepção socioeconômica, que por consequência gerou um movimento intervencionista do Estado pelo qual os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos passaram a ter abrigo constitucional.

Nesse sentido, sendo o instituto da Reforma Agrária uma redistribuição equitativa de terra com o fito primordial de que todos os cidadãos possam trabalhar e produzir riquezas, esse desígnio com certeza valoriza a utilização da propriedade com vistas à proteção maior do bem comum face ao direito individual.

Portanto, como cerne deste artigo, estuda-se a proteção dos direitos e garantias fundamentais, ou seja, a aplicabilidade dos princípios e valores constitucionais face a redistribuição da propriedade rural – Reforma Agrária – como forma de implementação da Função Social da propriedade, assumindo

assim um caráter de proteção ao valor maior da Dignidade da Pessoa Humana.

2. Evolução do Conceito de Propriedade Agrária

Como frisado anteriormente, ser proprietário de terra significa expressar poder socioeconômico, mas no início, quando todos viviam comunitariamente, não existia separação de coisas, desta forma a terra era mero instrumento de convivência coletivo, e como bem destaca a Professora Ana Paula Gularte Liberato: “A liberdade de utilização não possuía nenhuma relação com a propriedade seja de bens ou da terra”¹.

Diante do exposto, fica fácil entender que, primeiramente, houve a época em que os indivíduos retiravam apenas os seus alimentos da terra, sem se fixarem nela, sem terem preocupações com as coisas materiais e sem quererem, de modo algum, serem proprietários.

Porém, a partir do momento em que as tribos deixaram de ser nômades e passaram a ser sedentárias, trocando o canibalismo pela apropriação de bens ou pessoas em forma de punição, a propriedade começou a surgir enquanto delimitação do espaço territorial e demarcação do poder.²

Nesta fase, as comunidades passam a implantar uma noção de propriedade agrária baseadas no Direito Natural, delimitando espaços e obrigações de cada membro da “sociedade”, da qual o mais forte seria o chefe.

Adiante, com a expansão dos territórios e também como forma de melhorar a convivência entre os membros das novas comunidades fez-se necessário implementar um novo contrato social, surgindo assim a propriedade como direito individual de determinada comunidade.

Nas palavras da Professora Ana Paula Gularte:

¹ LIBERATO, Ana Paula Gularte. *Reforma Agrária: direito humano fundamental*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 19.

² GUIMARÃES, Alberto Passos. *Quatro séculos de latifúndio*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989. p.30.

O direito de propriedade enquanto individualizado por determinada comunidade evoluiu para o direito individual e absoluto de determinada pessoa, o que passou a ser o fio condutor do que hoje nós entendemos por propriedade privada.³

Importante salientar como marco histórico que o Código de Hamurabi – uma das mais antigas legislações conhecidas – versava sobre organizações e distribuições de terra, dentre outras preocupações agrárias.⁴

É certo que a propriedade de terra passou por várias evoluções sendo citada em momentos históricos como “vontade de Deus”, ou seja, possuía um “caráter divino”.

Esse fato perdurou até o surgimento dos pensadores na Idade Moderna que apresentaram várias teorias visando amenizar os constantes conflitos decorrentes do surgimento da propriedade.

Dentre os pensadores ressalta-se John Locke, que afirmava: “o direito de propriedade é um direito natural do homem que só passou a ser protegido pela sociedade civil pela necessidade de protegê-la”. John Locke foi o pensador que contribuiu definitivamente para a valorização e proteção da propriedade individual, como hoje conhecida.

Inegável também fora a influência do capitalismo na propriedade privada. O capitalismo surgiu a partir do momento em que houve a necessidade de se comercializar a produção excedente. Assim, a propriedade agrária passou a ser vista como meio de produção, visando lucros e gerando riquezas.

Essa vertente capitalista da propriedade agrária resultou em evidentes desigualdades sociais. Neste esteio, a concepção de propriedade individualista declina-se à idéia do bem comum. Como bem destaca o Professor José Afonso da Silva, em sua obra:

³ LIBERATO, Ana Paula Gularte. *Reforma Agrária: direito humano fundamental*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 20.

⁴ Capítulo V- cultivo do campo; locação e cultivos dos rústicos; Capítulo XIII – empréstimo e locação de bois; Capítulo XIV – boi que causa morte humana por chifrada; Capítulo XV – dos agricultores; Capítulo XVI – dos pastores.

Demais, o caráter absoluto do direito de propriedade, na concepção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (segundo o qual seu exercício não estaria limitado senão na medida em que ficasse assegurado aos demais indivíduos o exercício de seus direitos) foi sendo superado pela evolução, desde a aplicação da teoria do abuso de direito, do sistema de limitações negativas e depois também de imposições positivas, deveres e ônus, até chegar-se à concepção de propriedade como função social.⁵

Nasce, assim, a teoria da propriedade como função social, assunto que será abordado adiante neste artigo.

Portanto, só resta concluir que a evolução da propriedade agrária passou por um vértice modificativo, de tal sorte que deixou de ter um caráter absoluto e individual para mostrar um caráter social aliado ao bem comum, aprimorando a humanidade ao centro da ciência jurídica.

2.1. Propriedade Agrária no Brasil

Antes de ser descoberto por Portugal, é fato que não havia distribuição territorial no Brasil. As comunidades indígenas aqui existentes utilizavam-se da terra como bem comum, para o próprio sustento, como bem assevera o Professor Alberto Passos Guimarães: “A terra era um bem comum, pertencente a todos, e muito longe se achavam os seus donos de suspeitar que pudesse alguém pretender transformá-la em propriedade privada”.⁶

Todavia, com a chegada de Portugal no Brasil, iniciou-se uma colonização de forma a instituir a propriedade privada como era conhecida na Europa.

A priori, como nos explica a Professora Ana Paula Gularte Liberato, com o fito de

⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6.ed. São Paulo: RT, 1990. p. 240.

⁶ GUIMARÃES, Alberto Passos. *Quatro séculos de latifúndio*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989 p. 5.

alcançar a produção de riquezas, em 1532, o Regime de Donatárias (Sesmaria) foi instituído na Colônia. Esse regime concedia terras a portugueses degredados de seu país para virem ao Brasil, estabelecerem-se em grandes propriedades e produzirem riquezas.⁷

Inicia-se, assim, o processo de privatização das terras brasileiras tendo como objetivos principais a proteção e exploração econômica da Colônia recém-descoberta.

Importante, nesse momento, conceituar o desígnio ‘Sesmaria’ para uma melhor compreensão do instituto. Para este feito, recorreremos às Ordenações Filipinas, *in verbis*:

Sesmaria são propriamente dadas de terras, casas ou pardieiros, que foram ou são de algum senhorio, e que já em outro tempo foram lavradas e aproveitadas, e agora o não são. As quais terras e bens danificados e destruídos podem e devem ser dados em sesmaria pelos sesmeiros, que para isso foram ordenados.⁸

Note que o regime das ‘Sesmaria’ – logicamente aludido à época – caracteriza de certa forma um modelo de Reforma Agrária, já que foi um sistema encontrado para transformar terras “abandonadas” em terras produtivas, através da divisão e concessão de pedaços de terra pelo Estado aos indivíduos interessados em cultivar.⁹

Ocorre que o regime das Sesmaria adotado no Brasil-Colônia tinha como principal fito colonizar a terra recém-descoberta e inexplorada.

Desta maneira, cumpre esclarecer que não há o que se falar em Reforma Agrária no Brasil, àquela época. Muito pelo contrário, pois o sistema brasileiro de Sesmaria veio propagar a elaboração de grandes latifúndios, em virtude da doação de terras ‘virgens’ – exclusivamente destinadas à colonização e produtividade – a donatários de posse, com o fim de reversão de lucros ao poder público.

Em 1822 o regime sesmarial foi extinto, cedendo lugar ao regime de posses, como bem destaca a Professora Ana Paula Gularte Liberato:

Com a decadência das sesmaria, introduziu-se o regime de posses, que, concomitantemente com a expansão da agricultura cafeeira marcou uma nova fase na ocupação territorial brasileira, na qual predominava a posse.¹⁰

Essa nova fase de ocupação territorial brasileira se justifica, pois como ressaltado anteriormente, os grandes latifúndios brasileiros originaram-se do instituto das Sesmaria, o que de fato gerou um enorme descontentamento (já àquela época) na sociedade em geral, fato que decretou a falência daquele desígnio.

O regime de posse consistia na aquisição de propriedade através de uma situação fática determinada pela posse do indivíduo¹¹, ou seja, não possuía o caráter de concessão das Sesmaria, sendo determinado, simplesmente, pela posse do sujeito na terra, concedendo direitos a quem de fato cultivava a propriedade.

Sendo assim, pode-se verificar que houve uma inversão no modelo de aquisição de propriedade da terra, pois sob o regime das Sesmaria, concedia-se primeiramente o título, já no regime das posses, primeiro o agente entrava na propriedade, cultivava-a, e somente após obtinha o reconhecimento do título.

A posse tornou-se meio de aquisição de terras desocupadas ou devolutas, valendo destacar que esta maneira de adquirir a terra se fez costume que não poderia deixar de ser reconhecido pelas legislações que se seguiram.¹²

Nessa senda, o artigo 5º da lei 601 de 1.850 assim pronunciava, *in verbis*:

Art. 5º. Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas,

⁷ LIBERATO, Ana Paula Gularte. *Reforma Agrária: direito humano fundamental*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 31.

⁸ Idem, p. 33.

⁹ Idem, p. 33.

¹⁰ Idem, p.40.

¹¹ Idem, p. 38.

¹² OPITZ, Silvia C. B. *Curso completo de direito agrário / Silvia C. Opitz / Oswaldo Opitz*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 17.

adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, que se acharem cultivadas, ou com princípio de cultura, e morada habitual do respectivo possessor, ou de quem o represente, (...).¹³

Verifica-se como condição a “posse mansa e pacífica”. Logicamente essa *conditio sine qua non* se perdura nas legislações posteriores, pois, não faz sentido privilegiar a posse de má-fé na aquisição de propriedade.

Sendo assim, o que merece destaque na análise primária desse artigo é o fato da real possibilidade de legitimação da posse a quem fizesse a terra produzir.

Agora, refletindo-se face ao advento da República no Brasil, nada mudou, inexistente qualquer menção aos interesses sociais, tornando-se a propriedade como direito absoluto e intangível, isso se dá de tal sorte, que quem na época possuiu-se justo título sobre uma terra improdutiva legalmente estaria protegido.

Esse sistema absolutista proliferou constitucionalmente até o advento da Constituição de 1967 que por sua emenda constitucional nº 1/69¹⁴ que concebeu a função social da propriedade como princípio da ordem econômica, flexibilizando assim esse direito.

É certo que, em se tratando de propriedade a Constituição de 1934, até relativizou o direito individual e absolutista inspirando uma conotação social, veja-se: “Art. 113 § 17 – (...) é garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo (...)”.

Porém mudança significativa acontece mesmo com o surgimento do Estado Democrático de Direito – advento da Constituição Federal de 1988 – momento em que a propriedade passou a ser considerada um direito fundamental do cidadão e não mais um direito absoluto.

Inserida no artigo 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais, a

propriedade passou a ser relativizada, tendo que efetivamente cumprir a sua função social aliada ao valor maior da dignidade da pessoa humana, ou seja, adstrita aos ditames do bem comum.

3. Constituição Federal de 1988

Inegável a importância imposta por nossa Lei maior de 1988 que modificou completamente as relações jurídicas nacionais, valorizando o bem comum face ao individualismo incondicionado.

Em se tratando de Reforma Agrária, cerne deste artigo, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu condicionantes ao direito de propriedade privada – função social¹⁵ – e também denotou poder a União para desapropriar terras improdutivas.

Nesse sentido, defende o Professor Carlos Frederico Marés:

A propriedade ou a posse que não cumpre com sua função social não pode ser defendida pelo judiciário, pois a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer como princípio fundamental o cumprimento da função social, condicionou a existência da propriedade ao cumprimento de sua função social.¹⁶

Portanto, conclui-se do exposto acima, terras improdutivas para a sociedade perdem seu caráter privatista e devem ser desapropriadas pela União para fins de Reforma Agrária, isto é o que se observa do disposto no artigo 184 da Constituição Federal, in verbis: “Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social (...)”

Sendo assim, fundamental destacarmos: a propriedade privada não possui mais aquele

¹³ Lei 601, de 18 de setembro de 1850. Lei de terras – apud Ana. p. 39.

¹⁴ Art. 153 - § 22 – é assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 161 (...).

¹⁵ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

¹⁶ MARÉS. Carlos Frederico. *A função social da Terra*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003. p.105.

caráter profundamente absolutista de outrora, tendo por força de princípio constitucional que cumprir sua função social.

Seguindo este pensamento colaciona-se uma decisão proferida por um Magistrado Fluminense em agosto de 2003, sobre o assunto em comento, veja-se:

(...) Seja quem for, seja quem cumpra a promessa constitucional da função social, é este o protegido pelo Direito e pela Constituição Federal. A propriedade de terra sem o cumprimento de função social não é propriedade a ser tutelada pelo Direito, quando em confronto com outros valores (...)

(...) A bifurcação que se apresenta pode levar a dois caminhos, e a escolha revelará o quão justa é a sociedade em que vivemos ou que queremos viver: o bem patrimonial inexplorado, moribundo, objeto apenas de uma dominação quase feudal, ou a atividade vinculada à vida no campo, à fixação da família em terras capazes de gerar riquezas e subsistência sem a qualificação de 'latifúndio improdutivo.'¹⁷

Veja-se importante destacar que não cabe neste momento fazer qualquer análise de mérito da questão exposta acima, e sim, um estudo deontológico da decisão, e nesse sentido, demonstra-se perfeita a exposição do Magistrado quando este se manifesta face a Função Social, e seus efeitos perante a sociedade.

Como se vê a Constituição Federal de 1.988 modificou completamente a proteção absolutista do direito de propriedade, preliminarmente inserindo-a no capítulo de direitos e garantias fundamentais, e por conta deste fato, ressaltando a proteção especial dada a este direito, destacando ainda a importância maior do interesse social face a este desígnio.

3.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana como princípio fundamental deve ser visto hoje como o cerne das relações jurídicas contemporâneas, uma vez que torna-se imprescindível buscar, em todas as relações jurídicas, o resguardo primordial à dignidade do homem.

Portanto, se partirmos do entendimento real de que princípio é um verdadeiro alicerce da legislação, chega-se à conclusão de que a dignidade da pessoa humana encontra-se no núcleo da ordem jurídica brasileira, uma vez que esta concebe a valorização do homem como um dos pilares fundamentais da organização do Estado Democrático de Direito.

Com o fito de uma adequada compreensão deste fundamento da República Federativa do Brasil, recorre-se ao brilhante jurista Alexandre de Moraes que em sua obra *Direito Constitucional*, conceitua dignidade da pessoa humana desta maneira:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.¹⁸

Em suma, o digníssimo autor acertadamente interliga a dignidade da pessoa humana com o direito à vida e à igualdade, resguardando valores éticos, morais e sociais, constituindo um piso vital mínimo, que deve ser garantido e implementado pelo Estado e pela sociedade.

¹⁷ Disponível em: http://starline.dnsalias.com:8080/sbs/arquivos/1_9_2009_0_44_6.pdf.

¹⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.22.

Sendo assim, não resta dúvida que a Reforma Agrária esta inserida como proteção maior da dignidade da pessoa humana, pois lembra-se que o Estado Democrático de Direito impõe como metas, valores e princípios a justiça social, e a moradia digna. Portanto não existira moradia digna sem Reforma Agrária.

3.2. Princípio da Função Social

A função social da propriedade hodiernamente visa programar o bem estar da humanidade aprimorando uma equidade social, respeitando a vida e o meio ambiente e, desta maneira, edificando uma sociedade justa e economicamente forte.

Seguindo esse raciocínio fica fácil evidenciar que a Reforma Agrária deve ser encarada, por vezes, como uma modalidade de concretização dos direitos econômicos sociais, culturais e ambientais, ou seja, como efetivamente um Direito Fundamental.

Portanto não há que se negar que o estudo da função social da propriedade veste-se de indefinível importância, haja vista sua intersecção direta com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Valendo-se da legislação civilista brasileira o Conselho da Justiça Federal, desta maneira se pronuncia, elaborando o enunciado 23 em sua I Jornada de Direito Civil, o que confirma o exposto acima, quando afirma que: “a função social não elimina o princípio da autonomia, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes os interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade humana.”¹⁹

Portanto, a função social jamais pode ser vista como um desígnio que põe fim à autonomia da vontade, que limita a condição de propriedade. Deve ser encarada, no âmbito das relações civis, como uma cláusula geral que contém um conceito jurídico indeterminado que funciona como uma autorização legislativa para que o magistrado no uso de sua discricionariedade estabeleça equidade e proteção aos direitos coletivos no

caso em concreto, tudo isso a partir de uma visão social e no devido cumprimento de uma norma de ordem pública.

Então, insiste-se, valorar este instituto significa elevar o ser humano ao centro da ciência jurídica, pois de fato é inegável que o direito existe para servir a sociedade.

Assim sendo, a função social nasce com o fito de romper com o paradigma individualista das relações privadas, em prol do interesse coletivo principalmente na procura ao restabelecimento do equilíbrio socioeconômico, desta forma esta intrinsecamente ligada ao desígnio da Reforma Agrária, que deve ser vista como garantia fundamental.

4. Considerações Finais

Partindo de uma análise primordial ao artigo 3º de nossa Constituição Federal de 1.988, que nos aponta os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre os quais destacam-se “construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, observa-se que a Reforma Agrária como meio de construção de uma sociedade livre, justa e digna, que combate a pobreza e implementa uma melhor distribuição de renda, sem dúvida é uma garantia fundamental do cidadão.

A sociedade moderna não pode mais conviver com terras improdutivas que não atendam a sua Função Social. Em sua obra o Professor Roberto Senise Lisboa, assim se manifesta ante o assunto abordado:

A estrutura agrária tem-se caracterizado nos países de maior extensão territorial pela coexistência de grandes propriedades improdutivas, que precisam ser exploradas de forma satisfatória aos interesses sociais.²⁰

A busca pelo bem comum, imposta por nossa Lei maior, sem dúvida visa a aplicação do instituto da Reforma Agrária, com o fito de

¹⁹ JUSTIÇA, Conselho Nacional de. *Enunciados aprovados - I jornada de direito civil*. Disponível em <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acesso em 11 jun 2009.

²⁰ SENISE LISBOA, Roberto. *Manual de direito civil, v. 4: direitos reais e direitos intelectuais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 20.

corrigir estruturas latifundiárias historicamente herdadas do Brasil-Colônia.

Importante salientar nesse momento que o Estatuto da Terra de 1.964 em seu artigo 1º, define reforma agrária, *in verbis*:

Considera-se Reforma Agrária o conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade.

Portanto, conclui-se que a Reforma Agrária tem como cerne uma melhor distribuição de terras, mediante modificações no regime de sua posse e uso, somente dessa forma a propriedade cumprirá sua Função Social.

Diante desse estudo, fica fácil concluir que a queda do Estado Liberal propiciou mudanças efetivas na ciência jurídica, haja vista que direitos e garantias fundamentais passaram a configurar as constituições, dentre elas a nossa Lei maior de 1.988, que com a implementação do Estado Democrático de

Direito reposicionou o homem ao centro do direito.

A Reforma Agrária como instituto social deve ser vista como direito e garantia fundamental do cidadão, vez que o direito absolutista de propriedade encontra-se hoje mitigado pelo bem comum, que valoriza os princípios maiores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da Função Social da propriedade.

Lembramos que o direito a propriedade privada é completamente protegida pelos preceitos constitucionais e civis pátrios, sendo assim, não se trata, portanto de impor conotações socialistas a este direito e sim valorizar o bem comum.

Desta maneira, conclui-se que Reforma Agrária como direito e garantia fundamental constitucionalmente garantido, dentre outros objetivos visa priorizar distorções que ao longo do tempo colacionariam injustiças sociais na distribuição de terras em nosso país, e deste modo erradicar a pobreza, proporcionando assim uma vida digna a toda sociedade, preceito fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Vade mecum**. 5 ed.atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- JUSTIÇA, Conselho Nacional de. **Enunciados aprovados - I jornada de direito civil**. Disponível em <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acesso em 11 jun 2009.
- GUIMARÃES, Alberto Passos. **Quatro séculos de latifúndio**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.
- LIBERATO, Ana Paula Gularte. **Reforma Agrária: direito humano fundamental**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 6.ed. São Paulo: RT, 1990.
- OPITZ, Sílvia C. B. **Curso completo de direito agrário / Sílvia C. Optiz / Oswaldo Optiz**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MARÉS. Carlos Frederico. **A função social da Terra**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de direito civil, v. 4: direitos reais e direitos intelectuais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RESUMO

Propõe-se, no presente artigo, uma investigação sobre um grave problema de violência que ocorre, atualmente, nas instituições de ensino – o fenômeno do bullying. Para tanto, apresentar-se-á o conceito de bullying, suas modalidades e formas de atuação e a relação com o Direito Educacional. Defende-se que as instituições de ensino face, a esta relevante questão, não podem se omitir. Por isso, a responsabilidade das escolas, diante desse fenômeno. Para combater o bullying, é preciso, mais do que a simples repressão pelo Direito, mas sua adequada identificação e prevenção e combate. Voltada para uma cultura de educação para o diálogo; para a tolerância; e para a paz, dentro das escolas. Fundamentada, numa educação antibullying, de respeito ao direito das pessoas, e às diferenças ao outro. Sobretudo, de respeito à dignidade do ser humano.

Palavras-chave: Bullying. Instituições de Ensino. Direito Educacional.

ABSTRACT

It is proposed in this article, an investigation into a serious problem of violence that occurs today, in educational institutions - the phenomenon of bullying. To do so, will present the concept of bullying, their forms and ways of working relationship with the Law and Education. It is argued that educational institutions face, to this important matter can not be omitted. Therefore, the responsibility of schools, faced with this phenomenon. To combat bullying, we need more than simple repression by law, but their proper identification and prevention and combat. Focused on education for a culture of dialogue, to tolerance, and peace within the schools. Grounded in an anti-bullying education, respect for the rights of individuals, and other differences. Above all, respect for human dignity.

Keywords: Bullying. Educational Institutions. Educational Law.

*Doutora em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito Político e Econômico – MACKENZIE/SP. Especialista em Direito Constitucional e Educacional. Professora titular de Filosofia do Direito do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP. Advogada.

**Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professora titular do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Membro do Conselho Fiscal do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Assessora do Comitê de Análise da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SP.

1. Introdução

O bullying é a negação da amizade, do cuidado e do respeito.

Gabriel Chalita

O bullying é uma situação que se caracteriza por agressões violentas, verbais ou físicas e virtuais praticadas de maneira intencional, sistemática e de maneira repetitiva, por uma pessoa ou grupo. O fenômeno que afeta crianças e jovens, do mundo inteiro, é entendido como forma de violência¹ e assédio moral, e tornou-se um problema endêmico, especialmente nas escolas. Está presente, no entanto, nas mais diversas relações do convívio social, tais como nas famílias, nas universidades, nas vizinhanças, e nos locais de trabalho. Pois, segundo Gabriel Chalita (2008, p. 81), o bullying “não escolhe classe social ou econômica, escola pública ou privada, ensino fundamental ou médio, área rural ou urbana”.

Conforme assevera com propriedade Ana Beatriz Barbosa (2010, p. 22), “o bullying pode ser considerado o retrato da violência e da covardia estampadas diariamente nos templos do conhecimento e do futuro das crianças e dos jovens: a escola”.

Embora a preocupação com violência no ambiente escolar, tenha emergido nos estudos acadêmicos brasileiros a partir da década de 1980, ou seja, parece que a preocupação com a barbárie e o compromisso com uma educação

contra a violência são ainda muito recentes no Brasil – apenas 26 anos. Mas, de fato, a história da educação no Brasil, comparada com o Velho Mundo, é recente.

Segundo Sposito (2001, p. 87-103), o estudo da violência escolar parte da análise das depredações e danos aos prédios escolares e chega ao final da década de 1990 e início dos anos 2000 com o estudo das relações interpessoais agressivas, envolvendo alunos, professores e outros agentes da comunidade escolar.

De acordo com Abramovay e Rua (2003, p. 20), a violência escolar é um fenômeno antigo em todo o mundo e se configura “um grave problema social, podendo ocorrer, conforme já classificado pela ciência e adotado pelo senso comum, como indisciplina, delinquência, problemas de relação professor-aluno ou mesmo aluno-aluno, entre outros”.

Segundo Martins (2005, p. 93-105), vários são “os conceitos existentes que envolvem a violência na escola, além dos citados, tais como conduta antissocial, distúrbio de conduta e bullying, revelando-se uma das grandes preocupações das sociedades industrializadas”.

Inobstante isso, a prática do bullying como forma de violência e assédio moral sofrida por crianças e adolescentes é, ainda, subestimadas em todo mundo. E, mesmo nos países mais desenvolvidos, onde já se firmou uma forte tradição de pesquisa sobre o tema – como é o caso da Suécia, Dinamarca Suécia, EUA, Canadá, Japão, dentre outros, a maior parte dos estudos tem tratado de determinados tipos de violência e desprezado outros.

No Brasil, em que pese trabalhos pioneiros sobre o bullying, na área do Direito, a exemplo de autores como Gabriel Chalita (2008) e Lélío Braga Calhau (2010); e, especialmente, na área da psiquiatria e da psicologia desenvolvidos por Ana Beatriz Barbosa Silva (2010), Maria Tereza Maldonado (2011), José Augusto Pedra (2008); também, na área da educação com os trabalhos de Cleo Fante (2005); e na área do meio ambiente do trabalho, com a produção científica da pesquisadora Mara Vidigal Darcanchy (2005), dentre tanto outros; – o bullying não é, ainda, considerado um problema de especial importância.

¹ A violência enseja definições contestáveis. Para Charles Melman, a violência surge a partir do momento em que as palavras não têm mais eficácia, no momento em que aquele que fala não é mais reconhecido. MELMAN, Charles. O homem sem gravidade: gozar a qualquer preço. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2003, p. 69. Por sua vez, Ruth M. Chitó Gauer afirma que ser ela um constrangimento físico ou moral, uso da força, coação, torcer o sentido do que foi dito, estabelecer o contrário do direito e da justiça – que se baseia faticamente no dado, dar-se à ética -, negar a livre manifestação que o outro expressa de si mesmo a partir de suas convicções. Contudo, os conceitos de violência encontrados aqui, sempre encampam o poder, pois na realidade “a violência nada mais é do que uma flagrante manifestação do poder”. (GAUER, Ruth M. Chitó; GAUER, Gabriel J. Chitó (Orgs.). **A fenomenologia da violência**. Curitiba: Juruá, 1999, p.11).

Há quem os considere, por exemplo, uma “simples brincadeira de mau gosto, própria da idade”. No entanto, dependendo da vítima; da ausência de apoio da família, do imprescindível apoio educacional e psicológico, por parte da instituição escolar, gestores e professores, e da omissão do aparato jurídico e legal, as consequências do bullying podem se tornar irreversíveis.

Ocorre que, nem sempre é fácil identificá-lo adequadamente, pois, suas vítimas, muitas vezes, se recusam a falar a respeito. Daí, a importância de investigar a problemática do bullying e atuar sobre ele. Mas, o que afinal é considerado bullying? Por que esse fenômeno ocorre? Qual é a causa para que essa conduta de violência aconteça na sociedade? Por que crianças, adolescentes, as pessoas, especialmente, nas escolas, são perseguidas e humilhadas? Por serem “diferentes”?

Indaga-se, aqui, por que o bullying tem aumentado nas escolas? Qual será a atitude adequada a tomar para combater esse fenômeno de violência? Será unicamente o caminho da repressão pelo Direito? Ou, por outro lado, se para compreensão da problemática do fenômeno, não o caminho a ser trilhado não seria o do entendimento; da escuta cuidadosa do outro; do diálogo; da cultura da paz; do respeito à dignidade da criança e dos adolescentes e dos jovens; diga-se, do ser humano? Indaga-se, finalmente, se não há no próprio ordenamento jurídico brasileiro, um novo ramo Direto que ampare as relações de ensino-aprendizagem, e que combata dentro das instituições educacionais o fenômeno do bullying?

Nesse artigo, demonstrar-se-á que, no arcabouço hermenêutico da problemática desse fenômeno denominado “bullying”, é preciso, mais que a simples repressão pela ferramenta punitiva do Direito para adequada identificação, prevenção e combate do bullying, já que nesse cenário, encontram-se inseridos, além do direito, princípios éticos, comportamentais, psicológicos, educacionais, morais, e culturais de diferentes percepções de mundo. Saliente-se, finalmente, que o tema será analisado, pelas autoras, sob a perspectiva interdisciplinar, relacionando-se, assim, de maneira indissociável, o Direito e a Educação.

2. Conceito de Bullying

Precisar o conceito de bullying não é tarefa fácil, já que o fenômeno implica diversas práticas. A expressão “bullying” é de origem inglesa e deriva da palavra “bully” que significa valentão, brigão, tirano². Convém ressaltar que o bullying é um fenômeno complexo. Para sua configuração há necessidade de atos, gestos, palavras, atitudes, ou ainda comportamentos prejudiciais, intencionais que atentem por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou a integridade psíquica ou física de uma pessoa³.

Segundo Sônia Raquel Seixas (2005, p. 97-110), em Portugal, emprega-se a expressão, como sendo: “agressão no contexto escolar”, “coação”, “provocação” e até “implicar com as pessoas”.

Sob a perspectiva psicanalítica Tattum e Tattum (1992, p. 31) apresentam o bullying a partir da seguinte definição: “é o desejo consciente e intencional de ferir alguém e colocá-lo sob estresse”.

Por esse caminho, entende-se que o fenômeno é compreendido como um desejo, uma definição que, no entanto não se sustenta, pois há uma enorme distância entre desejar a ocorrência de algum mal a alguém e praticar esse mal. Ressalte-se, no entanto, que suas manifestações mais comuns são, dentre outras: colocar, excluir, aterrorizar, dominar, bater, ferir.

Sob a ótica psicológica Maria Tereza Maldonado (2009, p. 93) define bullying como sendo “atos repetitivos de agressões físicas e/ou psicológicas praticados por uma pessoa ou grupo para ameaçar, torturar e desestabilizar um indivíduo ou grupo”.

Sob a ótica perspectiva do Direito, Lélío Braga Calhau (2010, p. 6) apresenta a seguinte

² Nesse sentido, aponta **Michaelis Dicionário Prático Inglês-Português Português - Inglês**. São Paulo: Melhoramentos, 1987, p. 46 [verbeta Bully].

³ Nesse sentido, vejam-se as definições de *bullying* apresentadas por MIDDLETON-MOZ, Jane; ZAWADSKI, MARY Lee. **Bullying**: estratégias de sobrevivência para crianças e adultos. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 21, bem como, a definição de assédio moral ambiente de trabalho, apresentada por HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho**: redefinindo o assédio moral. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 17.

definição de bullying “uma forma de assédio moral, é a conduta de desprezar, denegrir, violentar, agredir, destruir a estrutura psíquica de outra pessoa sem motivação alguma e de forma repetida e sistemática”.

Ressalte-se, que o rol, entretanto, não é taxativo, logo, não se esgota aí. Há muitas repercussões no equilíbrio emocional dos autores, das vítimas, das testemunhas, em conseqüências dessas agressões. Essas últimas, juntamente, com as próprias vítimas, freqüentemente, se calam por medo de se tornarem alvo de novas agressões.

No Brasil, o termo é frequentemente usado em traduções apresentando o significado de “intimidação”. Trata-se, porém, de um comportamento agressivo e violento e repetitivo, realizado individual ou coletivamente (grupos) que consiste, intencionalmente, em agredir a vítima, pela formas: verbal, física, social, emocional, moral, ou psicológica, material sexual, e/ou virtual.

Em espanhol emprega-se o termo “acoso ou matonismo”; em italiano “prepotenza”; no alemão “agression unter shülern”; em japonês usa-se “ijime”; entre outros⁴. Em francês, emprega-se a expressão “harcèlement quotidién”. Ressalte-se que, na França, o bullying é entendido como forma de violência moral, ou seja, uma adaptação de assédio moral⁵. Contudo, por ser uma expressão de sentido específico, a maioria dos pesquisadores e especialistas em todo o mundo⁶ empregam consistentemente o termo em inglês.

Trata-se, na verdade, de uma providência exigida pelo rigor técnico, e não de uma escolha arbitrária. A terminologia é adotada para definir o comportamento cruel,

⁴ Veja-se a propósito do emprego da expressão *bullying*, em diversos países, a obra de RODRIGUES, Andréia de Brito. **Bullying Criminal: o exercício do poder no sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 52.

⁵ Na França, o emprego da expressão está ligado a ideia de assédio moral. Nesse sentido, reportamo-nos a obra de HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 17.

⁶ Veja-se, nesse sentido, a obra do precursor dos estudos sobre *bullying*, o pesquisador norueguês OLWEUS, Dan. **Conductas de acoso y amena entre escolares**. 3. ed. Madrid: Morata, 2006.

sistemático, causado pelo agressor à vítima grave dor psíquica, sem nenhum motivo justificado.

A literatura especializada⁷ que o fenômeno é gerado pelo desequilíbrio de poder, que ocorrem repetidas vezes, durante um período de tempo. Dentre as atitudes desumanas causadas pelos agressores, destacam-se as de ações e atos sistemáticos e **repetitivos**⁸ de humilhar; ameaçar, intimidar, dominar, apelidar de forma pejorativa, e, finalmente, excluir à vítima do convívio social; causando-lhe, portanto, enorme angústia, sofrimento, e dor.

3. Formas de Bullying

Gabriel Chalita (2008, p. 82-3) classifica o fenômeno em bullying direto e indireto. A importância de classificar o bullying envolve a visualização da conduta em relação ao agressor, facilitando assim, sua tipificação e estudo. O bullying “direto é a forma mais comum entre os agressores masculinos e o bullying indireto, é a forma mais comum entre mulheres e crianças, tendo como característica o isolamento social da vítima.”⁹

O bullying praticado por agressores com pouca empatia, normalmente pertencentes às famílias desestruturadas com relacionamento

⁷ CARPENTER, Deborah; FERGUNSON, Chirstopher J. **Cuidado! Proteja seus filhos dos bullies**. São Paulo: Butterfly Editora, 2011, p. 19-20.

⁸ Nesse sentido, ao apresentar a distinção entre *bullying* escolar e *ato infracional* Lélío Braga Calhau – Promotor de Justiça, de Minas Gerais, afirma que: “todo ato de bullying, em geral, é um ato infracional em face do disposto, no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, mas nem todo ato infracional configura bullying. Já que os atos infracionais são sempre análogos aos crimes (e.g. lesões corporais, calúnia, racismo, difamação, injúria, etc.) ou contravenções penais, e.g. perturbação do sossego alheio etc.”. Todavia, para Lélío Calhau, o bullying exige que “os atos sejam repetitivos. Já, em conformidade com o que dispõe o ECA um isolado (ex. briga com socos na porta do colégio), já se configuraria ato infracional e, portanto, o agressor pode ser submetido a um processo junto à Vara da Infância e Juventude, podendo até ser internado no caso de ato infracional realizado com violência ou grave ameaça”. (Cf. CALHAU, Lélío Braga. **Bullying** – o que você precisa saber: identificação, prevenção e repressão. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 42).

⁹ CAMARGO, Orson
<http://www.brasilecola.com/sociologia/bllying.htm>
acesso em 30.09.2011.

afetivo escasso ou precário, pode ser classificado em seus tipos principais conforme segue:

- *Bullying verbal* é identificado com a ação do agressor em apelidar, gozar e insultar a vítima.
- *Bullying físico* é caracterizado pela ação de bater, ferir, beliscar, empurrar a vítima dentre outras ações que atinjam o corpo da vítima.
- *Bullying social e emocional* é um tipo de agressão também chamada relacional, que se refere à agressão emocional entre as pessoas nas relações sociais, implicando numa série de comportamentos, que podem incluir boatos e fofocas, manipulação de amizades, insultos verbais.
- *Bullying psicológico e moral* consistem na ação do agressor em intimidar, ameaçar, perseguir, aterrorizar, excluir, ignorar ou ainda, em humilhar a vítima.
- *Bullying sexual* envolve ações do agressor com intuito de abusar, insinuar, assediar a vítima.
- *Bullying virtual* ou também chamado de *cyberbullying* é o “bullying eletrônico; o termo foi criado pelo pesquisador canadense Bill Belsey para descrever o uso da tecnologia digital (celular, sites de relacionamento, e-mail, blogs) para, de modo insistente e repetitivo, hostilizar, ofender ou ameaçar alguém.”¹⁰

Ana Beatriz Barbosa Silva (2010, p. 22) afirma que:

Os praticantes do cyberbullying ou bullying virtual utilizam, na sua prática, os mais atuais e modernos instrumentos da internet, e de

outros avanços tecnológicos, na área da informação e da comunicação (fixa ou móvel), com o covarde intuito de constranger, humilhar e maltratar suas vítimas.

Segundo alerta a médica psiquiatra Dra. Ana Beatriz Barbosa Silva (2010, p. 126) o “cyberbullying”, também denominado “bullying virtual” é uma nova modalidade de bullying que vem preocupando os especialistas em comportamento humano, pais e professores em todo o mundo.

4. Fatores que Levam ao Comportamento Bully

Há diversos fatores que contribuem para a concretização do bullying ou cyberbullying, confirmando assim, o isolamento do indivíduo, a falta ou em alguns casos a falha de compromisso e envolvimento dos agentes sociais como um todo, com seus componentes. Dentre eles, destacam-se: fatores econômicos, sociais e culturais, aspectos inatos de temperamento e influências familiares, de amigos, da escola e da comunidade, constituem riscos para a manifestação do bullying e causam impacto na saúde e desenvolvimento de crianças e adolescentes.¹¹ Com efeito, o bullying como fenômeno universal se destaca entre alunos com idades entre 11 e 13 anos, podendo ter causas incalculáveis, mas que precisam ser identificadas para se minimizar a problemática.

Recentemente, no Brasil, foram destacados em pesquisa realizada com alunos de escolas públicas e particulares, denominada “Bullying escolar”, realizada pelo Centro de Empreendedorismo Social e Administração em Terceiro Setor - CEATS – Fundação Instituto de Administração – FIA em 2010 (Relatório final), demonstram que¹²: “deficiências do

¹⁰ MALDONADO, Maria Tereza. **Uma história de bullying e cyberbullying**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 94.

¹¹ LOPES NETO, Aramis A. **Bullying** – comportamento agressivo entre estudantes. *Jornal da Pediatria*. vol. 81, no. 5, 2005 p. 166.

¹² Relatório final Pesquisa “Bullying escolar no Brasil”. Centro de Empreendedorismo Social e Administração em Terceiro Setor – CEATS – Fundação Instituto de Administração – FIA. <http://www.promenino.org.br/Portals/0/pesquisabullying.pdf>. Acesso em: 02.10.2011.

sistema escolar apresentam ausências de controle físico, de vigilância, valores, modelos, limites, regras de convivência que culminam em atos de desequilíbrio e selvageria, alguns identificados como bullying”. Segundo essa pesquisa, embora professores e gestores das escolas não tenham citado espontaneamente a si próprios ou a escola como elementos que poderiam influenciar o surgimento de atitudes agressivas por parte dos alunos, posteriormente eles apontaram deficiências do sistema escolar como possíveis determinantes dessa violência. Na opinião deles, os elementos intrínsecos à estrutura escolar/educacional que podem ter relação com o surgimento de comportamentos violentos são:

- inúmero excessivo de alunos em sala de aula;
- dificuldades da escola em lidar com problemas da família do aluno;
- falta de preparação e habilidade de professores para educar sem uso de coerção e agressão;
- estrutura física inadequada e;
- falta de espaços para que os alunos expressem suas emoções e dificuldades pessoais.

Embora a opinião de pais e responsáveis sobre como o sistema escolar gera e mantém o bullying seja diferente de como os professores e gestores se expressaram, acredita-se que os elementos citados por esses dois grupos podem estar, de alguma forma, relacionados. Para pais e responsáveis, o ambiente escolar apresenta falta de hierarquia e autoridade, o que gera um excesso de liberdade e propicia a impunidade dos agressores. Os pais reiteram que a falta de limites e omissão dos professores e funcionários são fatores de fortalecimento dos comportamentos violentos, pois permitem a ocorrência de ações agressivas dos alunos e sua repetição sem que exista perspectiva de que a violência seja eliminada.¹³

¹³ Relatório final Pesquisa “*Bullying* escolar no Brasil”. Centro de Empreendedorismo Social e Administração em Terceiro Setor – CEATS – Fundação Instituto de Administração – FIA. <http://www.promenino.org.br/Portals/0/pesquisabullyin g.pdf>. Acesso em: 02.10.2011, p. 32-3.

Os atos de bullying praticados fora do controle social e com a sensação de impunidade traduzem a problemática complexa e as causas múltiplas do presente estudo.

Na opinião dos professores, a origem dos maus tratos e do bullying no ambiente escolar é, em grande parte, familiar. Os professores acreditam que o ambiente familiar não socializa a criança para o convívio social e estimula que ele empregue comportamentos violentos na escola. De acordo com os discursos dos professores a influência da família se realiza das seguintes formas:

i) A ocorrência de violência doméstica estimula comportamentos violentos fora do seio da família. Ao conviver com a violência no seio da família, a criança aprenderia a resolver seus conflitos por meio de agressões, tanto verbais quanto físicas.

(ii) A negligência dos pais em relação à vida escolar dos filhos e sua omissão em relação ao desenvolvimento pessoal e à aprendizagem escolar. A criança não aprenderia a valorizar os conhecimentos e experiências desenvolvidas no ambiente escolar.

iii) A falta de apoio emocional, a depreciação e estigmatização dos filhos pelos pais, o que geraria crianças inseguras, com dificuldades de relacionamento interpessoal, com baixa autoestima e necessidade de obter aceitação social através de atitudes agressivas de autoafirmação e pertencimento ao grupo.

Na família, as deficiências na estruturação redundam em violência, ausência da figura educativa, ausência de modelos e limites, tensões matrimoniais, tensões sócio-econômicas e finalmente na má organização do lar contribuindo, na criação de autores de bullying, além de outras condutas delituosas.

Os próprios pais também citaram a negligência da família como causa dos maus tratos e do bullying no ambiente escolar. Na percepção destes, pais negligentes tendem a ter filhos com comportamentos agressivos na escola, pois a agressividade é um meio da criança obter atenção tanto dos próprios pais, quanto de professores e colegas¹⁴.

¹⁴ Relatório final Pesquisa “*Bullying* escolar no Brasil”. Centro de Empreendedorismo Social e Administração em Terceiro Setor – CEATS – Fundação Instituto de

A falha no processo educacional envolvendo tanto família como escola apresenta-se no relato dos alunos na pesquisa apresentada. De acordo com os relatos dos alunos nos grupos focais, as causas do bullying e de outros comportamentos agressivos no ambiente escolar são, de maneira geral, as seguintes:

i) Emprego generalizado de apelidos e agressões verbais como formas de brincadeira. Os alunos relataram que, muitas vezes, uma situação violenta é consequência de uma brincadeira que sai do controle dos envolvidos. Os alunos afirmaram, ainda, que é muito difícil para eles estabelecer as **diferenças e limites entre brincadeiras e agressões.** (grifos nossos);

ii) Dificuldades emocionais e de relacionamento interpessoal dos agressores. Para os alunos, a prática de bullying acontece também porque os agressores não **conseguem lidar com seus problemas pessoais e mascaram sua fragilidade com manifestações agressivas de poder.** (grifos nossos). Os alunos acreditam que, mais do que a vítima, o agressor revela problemas decorrentes de insegurança e exclusão e pratica as agressões como forma de driblá-los, a fim de que sejam aceitos e respeitados pelo grupo;

iii) Necessidade de pertencer a um grupo e se ajustar a suas demandas. Os alunos acham que a diferenciação de grupos dentro do ambiente escolar (conhecidos como “panelinhas”) facilita o aparecimento de conflitos e comportamentos que expressam o desejo de **conquistar popularidade e ser aceito**¹⁵ (grifos nossos).

Os múltiplos fatores que contribuem para o surgimento bully, nas diversas modalidades, tornam complexa uma solução do problema em curto prazo. Todavia, a educação e o envolvimento de todos os agentes, inclusive dos próprios meios de

comunicação, na orientação para o bem, condutas ética, jurídica e socialmente corretas, certamente, funcionam como base e complementam o que a família e a própria escola deveria patrocinar.

5. Consequências do Bullying

Em obra que já se tornou clássica, de autoria de Ana Beatriz Barbosa (2010, p. 25-32), que investiga as causas e efeitos do bullying, a renomada psiquiatra brasileira, aponta diversos problemas de ordem psicológica e psiquiátrica causados pelo bullying, destacando-se dentre outros: sintomas psicossomáticos, transtorno de pânico, fobia escolar, transtorno de ansiedade social, transtorno de ansiedade generalizada, depressão, anorexia e bulimia, transtorno obsessivo-compulsivo, transtorno do estresse pós-traumático, suicídio e homicídio.

Segundo estudos de casos de atendimento clínico¹⁶ pode-se mencionar que dentre as várias consequências causadas pelo bullying pode-se apontar o estresse, que é responsável por cerca de 80% dos casos. Relata-se, além disso, o aparecimento de rebaixamento da resistência imunológica, sintomas psicossomáticos diversificados, dores de cabeça, tonturas, náuseas, ânsia de vômito, dor no estômago, enurese, sudorese, febre, taquicardia, tensão, insônia, pesadelos, perda ou aumento de apetite, anorexia, bulimia, herpes, rinite, alergias, problemas respiratórias, sintomas que podem aparecer principalmente próximo ao horário de ir para a escola¹⁷.

Nos casos mais graves, as vítimas podem cometer suicídio ou atacar outras pessoas de forma violenta. Percebe-se, assim, que as consequências do bullying são terríveis para todos os envolvidos, mas, em especial, para suas vítimas.

Administração – FIA.
<http://www.promenino.org.br/Portals/0/pesquisabullyin g.pdf>. Acesso em: 02.10.2011, p. 33.

¹⁵ Relatório final Pesquisa Bullying escolar no Brasil. Centro de Empreendedorismo Social e Administração em Terceiro Setor – CEATS – Fundação Instituto de Administração – FIA.
<http://www.promenino.org.br/Portals/0/pesquisabullyin g.pdf>. Acesso em: 02.10.2011 p. 33-4.

¹⁶ Conforme estudos apontados por FANTE, Cleo; PEDRA, José Augusto. **Bullying escolar: perguntas e respostas.** Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 85.

¹⁷ Idem Ibidem.

6. O Bullying no Ambiente Escolar e no Trabalho

Em 2001, o The Journal of the American Medical Association¹⁸ revelou que mais de 160 mil alunos deixam de ir às aulas todos os dias por medo de ataques dos bullies¹⁹.

Uma pesquisa da Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e à Adolescência - ABRAPIA²⁰ indica que os locais mais comuns onde ocorre o bullying escolar são sala de aula (60,2%), recreio (16,1%), portão (15,9%) e corredores (7%, 8%).

O ambiente escolar, conforme assevera Lélío Braga Calhau (2010, p. 14), perde muito. Pois, as situações constantes de agressões de bullying dispersam as pessoas e dividem a sala, já que as “brincadeiras” são percebidas com formas muito diversas pelos envolvidos.

Ora, a escola deveria ser um local seguro para os alunos, um local onde se aprende a conviver com diálogo, com respeito às diferenças, sem medo, sem violência. Pois, segundo Rubem Alves (2009, p. 3), “o medo paralisa a inteligência”.

Lélío Braga Calhau (2010, p. 31) alerta que o “professor deve ser cauteloso na identificação do problema, mas, proativo na orientação de seus alunos quando houver sinais de bullying”.

Parece-nos, que isso ocorre, em virtude da confusão existente entre pais, professores e administradores de escolas quanto a real definição de bullying e atitudes que devem ser tomadas quando ele ocorre. Mesmo os adultos que sofreram maus-tratos durante a infância ou

adolescência não parecem perceber os danos que o bullying pode causar.

Nesse cenário, cabe ao professor estar atento às brincadeiras, apelidos ou chacotas, que ora podem até ser simples momentos de descontração, mas por outro lado, podem se constituir de ferramentas sutis de agressão psicológica.

Por outro lado, no ambiente de trabalho – local hoje, altamente competitivo, face às exigências da modernidade e da economia, as situações de bullying afetam, sobremaneira, o meio ambiente de trabalho, deteriorando o espaço saudável e o ambiente da organização; possibilitando, com isso, que as empresas percam inclusive bons funcionários que são vitimizados pelo bullying.

7. Bullying e a Criminalidade

Segundo aponta José Augusto Pedra (2005, p.9-10) o fenômeno do bullying “estimula a delinqüência e induz outras formas de violência explícita, produzindo, em larga escala, cidadãos estressados, deprimidos, com baixa auto-estima, reduzida capacidade de autoaceitação e frustração, autoafirmação, e de autoexpressão”.

Além disso, propiciam o desenvolvimento de sintomatologias de estresse, doenças psicossomáticas, de transtornos mentais e psicopatologias graves. Apresenta ainda, como agravante, interferência drástica no processo de socialização e de ensino e aprendizagem, que estende suas conseqüências para o resto da vida podendo chegar a um desfecho trágico.

Lélío Braga Calhau²¹, Promotor de Justiça Criminal do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, citando a teoria da aprendizagem social do Psicólogo Albert Bandura destaca que: “Bandura e seus colegas conduziram uma série de estudos, hoje bastantes conhecidos sobre a aprendizagem observacional de comportamentos agressivos em crianças”.

Nesses estudos, as crianças assistiam a um filme que mostrava um adulto tendo

¹⁸ Trata-se do Diário da Associação Médica Norte-Americana.

¹⁹ O termo “Bully” é empregado, segundo esclarecem os pesquisadores norte-americanos Deborah Carpenter e Chirstopher J. Ferguson, para indicar o indivíduo cruel, autoritário e, muitas vezes, violento, especialmente com pessoas de compleição ou temperamento mais fraco. também designado como seguidor da expressão latina “*Canis Canem Edit*” (“a cobra engolindo cobra”, ou seja, “os mais fracos que se cuidem”. (Cf. CARPENTER, Deborah; FERGUNSON, Chirstopher J. **Cuidado! Proteja seus filhos dos bullies**. São Paulo: Butterfly Editora, 2011, p. 09).

²⁰ Fonte de pesquisa na Internet. Disponível em: <http://www.bullying.com.br/BCconceitualcao21.htm#Oq ueE>. Acesso em: 5 de set. 2011.

²¹ CALHAU, Lélío Braga. **Bullying: Implicações Criminológicas**. <http://www.jefersonbotelho.com.br/2009/04/26/bullying-implicacoes-criminologicas/>. Acesso em: 02.10.2011.

comportamento agressivo com um palhaço de plástico inflável – socando, batendo, dando pontapés e marteladas no boneco João Bobo. Segundo a interpretação desses estudos, notou-se que as crianças que assistiam as cenas de comportamento agressivo eram mais propensas a se comportar agressivamente quando depois lhes era permitido brincar com o boneco. Além disso, quando as crianças viam o adulto ser recompensado pela agressão também tendiam a comportar-se de modo agressivo, em comparação com aquelas que estavam no grupo de controle em que o adulto não era recompensado nem punido. Mas, contrariamente, as crianças que assistiam à punição do adulto eram menos propensas a comportar-se de modo agressivo do que as do grupo de controle.

Ainda, segundo essa pesquisa, ver, porém, um comportamento agressivo ser recompensado não era necessário para induzir o aumento da agressão. Mas, as crianças que não viam o comportamento agressivo ser recompensado eram mais agressivas posteriormente do que as que viam o mesmo modelo adulto ter comportamentos neutros (e também não recompensados). A aprendizagem observacional não exigia a observação de recompensas; apenas o ato de ver o próprio comportamento agressivo era suficiente para ensiná-lo às crianças.²²

Os atos repetitivos de agressões físicas e/ou psicológicas praticados por uma pessoa ou grupo para ameaçar, torturar e desestabilizar um indivíduo ou grupo em sua cruel dinâmica não podem ficar impunes, uma vez que se assim, se instalam, tem uma tendência de criar um ciclo vicioso envolvendo cada vez mais pessoas e aumentando o número de vítimas identificadas ou não.

De fato, o bullying retrata a delinquência e a estimula, trazendo novas formas de violência e precisam ser extirpadas da sociedade. Contudo, há notícias de ações coordenadas com o objetivo de servir de ferramenta antibullying para envolver a sociedade num objetivo conjunto de conscientizar os indivíduos diminuindo assim, o bullying e suas formas que denigrem a vida em sociedade.

²² Idem Ibidem.

Nesse sentido, podem-se citar as seguintes ações:

Vereador Massami Miki (PSL-Manaus), ingressa com uma indicação na Câmara Municipal, sugerindo a criação do Disque Bullying na Cidade de Manaus. O documento é direcionado à Secretaria Municipal de Assistência Social e Direitos Humanos (SEMASDH). Massami a ferramenta deve ser mais um mecanismo para combater esse problema (Bullying) na Capital.²³

Programa Disque Denúncia Nacional – Disque 100 recebe denúncias de casos de bullying, no Brasil. A inclusão do bullying é resultado de reivindicação do Ministério Público da Paraíba, através da Promotoria de Infância e Juventude de João Pessoa. “Encaminhamos ofícios à Presidência da República, ao Ministério da Justiça e à Secretaria Especial de Direitos Humanos, solicitando a inclusão das denúncias dos casos de bullying no Disque 100 e tivemos nossa reivindicação atendida”, informou a Promotora de Justiça, Soraya Escorel.²⁴

Cartórios de Notas do Município de São Paulo “começaram a registrar as agressões sofridas pelos filhos em redes sociais na internet, cyberbullying.”²⁵

Entende-se que essas e outras medidas precisam ser divulgadas ensinando e sensibilizando a sociedade para ações efetivas antibullying.

8. O Direito Frente ao Bullying

As práticas do bullying acarretam uma série de sanções jurídicas para seus autores e/ou responsáveis legais, pois, violam, frontalmente, os direitos humanos

²³ MIKI, Massami. **Vereador sugere a criação do Disque Bullying.**

<http://www.blogdomassami.com.br/vereador-sugere-criacao-do-disque-bullying/> acesso em 02.10.2011.

²⁴ **Disque 100 vai receber denúncias de casos de bullying.** Disponível em: <http://diganaoerrotizacaoainfantil.wordpress.com/2008/06/17/disque-100-vai-receber-denuncias-de-casos-de-bullying/> Acesso em: 02.10.2011.

²⁵ **Pais registram denúncias de bullying em cartórios de São Paulo.** Disponível em: <http://www.sidneyrezende.com/noticia/128470+pais+registram+denuncias+de+bullying+em+cartorios+de+sao+paulo>. Acesso em 02.10.2011.

fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988²⁶, devendo, portanto, ser identificadas, prevenidas, combatidas e coibidas por todas as pessoas. É o que determina, não só a lei, em consonância com a Constituição Federal brasileira, nos seus artigos, mas também com o que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – que, aliás, acaba de completar 21 anos de sua promulgação; também, o que, deve ser determinado, por nossa razão, pelo sentimento e consciência protetora dos pais e mães e/ou responsáveis, mas também, pelo sentimento que nos torna humanos, nesse mundo.

9. Direito Educacional face ao combate do bullying

No âmbito do Direito, o combate ao fenômeno de violência e perversidade, as instituições de ensino contam com uma nova ferramenta jurídica: o Direito Educacional.

Para Edivaldo Machado Boaventura (2004, p. 14) "Direito Educacional se compõe de normas, princípios e doutrinas que disciplinam a proteção da relação entre alunos, professores, escolas e poderes públicos, numa situação formal de aprendizagem".

Renato Alberto Teodoro Di Dio, (1982, *apud* BOAVENTURA, 2004, p. 14) afirma que o Direito Educacional compreende "um conjunto de normas, princípios, leis e regulamentos que versam sobre as relações de aluno, professores, administradores,

especialistas e técnicos, enquanto envolvidos, mediata ou imediatamente, no processo ensino aprendizagem". Nesse sentido, acreditava-se no início que o Direito Educacional seria constituído somente pela legislação de ensino, ou pelo conjunto de leis que regulasse as relações jurídico-educacionais de proteção ao aluno, professor e escola.

Segundo o eminente jurista Lourival Vilanova (1982, p.47) o Direito Educacional, como novo ramo da ciência jurídica, desdobra-se em duas questões correlacionadas: uma a da existência de normas, cujo conteúdo é dado pelas relações sociais na espécie de relação educacional; outra a da construção sistematizada de conhecimentos, que tenham por objeto tais normas. Lourival Vilanova (1982, p. 47) sustenta, ainda, que há relações sociais educacionais como há relações econômicas de produção, de consumo, de trabalho, de família e de poder; quer sob a forma de relações de administração dos grupos não-políticos, ou relações de administração e governo nos grupos políticos²⁷.

Em sentido amplo, conceitua-se Direito Educacional como conjunto formado de normas dispositivas, prescritivas e imperativas, que dispõem sobre princípios e conceitos; que prescrevem assim, como orientar a conduta dos poderes públicos e das pessoas físicas e jurídicas, dando-lhes diretivas coerentes e orientações para as relações ensino-aprendizagem e que impõem deveres, obrigações e limites à liberdade.

Aurélio Wander Bastos (2000. p. ix, x), numa perspectiva formal define Direito Educacional como sendo:

O conjunto das disposições constitucionais, a legislação complementar, os decretos regulamentares e um amplo documentário constituído de portarias, resoluções e pareceres de importância especial após a criação do Ministério da Educação e dos Conselhos de Educação.

²⁶ Nesse sentido, reza o artigo 5º, especialmente, os seus incisos II, XLI, XLII, todos da Constituição Federal Brasileira de 1988. Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) III – ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento desumano ou degradante; (...) X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...) XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; (...) XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. (grifos nossos) (*Cf.* BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 16. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011).

²⁷ VILANOVA, Lourival. O direito educacional como possível ramo da ciência jurídica. Mensagem da **Revista do Conselho de Educação do Ceará**. Fortaleza, 1982, p.47.

Numa perspectiva epistemológica aberta é preciso reconhecer que o Direito Educacional²⁸ é uma investigação entre o jurídico e o educacional conjuntamente e interdisciplinarmente trabalhados. Relacionando-se, assim, de maneira indissociável, Direito e Educação.

A finalidade do Direito Educacional além de normatizar a educação é também de sistematizar a legislação educacional dispersa no interior do ordenamento jurídico brasileiro, em uma estrutura orgânica e sistemática²⁹. Ressalte-se, porém, que o Direito Educacional, embora de formulação recente no ordenamento jurídico brasileiro como ramo autônomo do Direito Público³⁰, constitui-se em uma das mais significativas áreas do conhecimento jurídico moderno. Assim, são exemplos de Direito Positivo na seara educacional: a Constituição da República Federativa do Brasil, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a Lei que institui o Plano Nacional de Educação, etc.

Do ponto de vista do Direito positivo, não se pode negar a existência do Direito Educacional Brasileiro, pois exige todo um ordenamento normativo coativo específico da área educacional, do qual a Lei de Diretrizes e Bases da educação Nacional é uma espécie de Código, secundado por leis conexas e normas complementares, todas lastreadas em uma seção especial da Constituição Federal, na qual se encontram os seus princípios básicos.

²⁸ Dir-se-ia, em acréscimo, que o Direito Educacional estuda, além disso, as origens e os fundamentos legais do processo educativo, a sua estrutura legislativa, e os seus propósitos pedagógicos, programas e métodos de ensino e avaliação, bem como, os seus valores, os seus princípios, os seus costumes, assim como os fundamentos sociais, políticos, éticos, culturais e filosóficos dos currículos. (Cf. LINHARES, Mônica Tereza Mansur. **Ensino jurídico**: educação, currículo e diretrizes curriculares no curso de direito. São Paulo: Iglu, 2010, p. 103).

²⁹ LINHARES, Mônica Tereza Mansur. **Ensino jurídico**: educação, currículo e diretrizes curriculares no curso de direito. São Paulo: Iglu, 2010, p. 103.

³⁰ Na mesma direção ao tratar o Direito Educacional como ramo da ciência jurídica, veja-se a obra de Lourival Vilanova. O Direito educacional como possível ramo da ciência jurídica. In: SEMINÁRIO DE DIREITO EDUCACIONAL, 1977, Campinas. **Anais...** Campinas: Universidade Estadual de Campinas, CENTAU, 1977. p. 59-75.

Frise-se, porém, que o Direito Educacional depende de para sua exegese de outros tipos de Direito, tais como: do próprio Direito à Educação, insculpido no Direito Constitucional, *ex vi* dos artigos 6 e 205 da Constituição Federal de 1988, ainda, do Direito do Trabalho, do Direito Penal, do Direito Administrativo, etc. Ademais, o Direito Educacional, relaciona-se, especialmente, com os Direitos da Criança e dos Adolescentes.

Compreende-se que, assim, como o conceito de Direito³¹ não deve reduzir-se exclusivamente ao aparato legal³², a definição de um novo ramo que dele advém, ou seja, o Direito Educacional não pode se reduzir a decretos, pareceres, portarias e resoluções normativas, pois no seu arcabouço interpretativo, encontram-se, também ali inseridos, valores, princípios éticos e morais

³¹ O vocábulo direito vem do latim *directum*³¹ que significa etimologicamente tudo que é justo, reto, conforme a lei. O Direito tem origem em Roma, onde as legislações jurídicas eram elaboradas por ministros supremos da religião, normas estas de ordem divina, que correspondiam a uma justiça maior, relacionadas com a moral, com os costumes, crenças e tradições e não propriamente com o ato em si, com a ação exterior do homem. As regras eram transmitidas de pai para filho. A esse Direito denominou-se de *Direito Natural* ou *Direito Subjetivo*. Com o passar dos tempos, as legislações jurídicas passaram a ser formuladas pelos próprios homens, destinadas a dar ordem à vida em sociedade, posto pelo Estado e dirigido a todos, como norma geral de agir. A esse Direito denominou-se *Direito Positivo* ou *Direito Objetivo*. O Direito Positivo são normas jurídicas escritas destinadas e dirigidas a todos de maneira geral. No entanto, o Direito se dá em relação ao ser humano, à sociedade, à criação de normas, à sua reação, à ordem da vida em sociedade. E, onde quer que exista o homem, aí existe o Direito como expressão de vida e de convivência. Segundo Miguel Reale³¹, o Direito é o conjunto de regras obrigatórias (normas jurídicas) que disciplinam a convivência social humana, sendo uma palavra plurívoca (no sentido de várias interpretações) e análoga (pontos semelhantes, casos iguais entre coisas inversas).

³² André Franco Montoro, afirma, no entanto, que: “o Direito não tem fundamento último na lei. O Direito é fundamentalmente o justo. É o que é devido a cada um, indivíduo ou sociedade, segundo um princípio fundamental de igualdade, simples, ou proporcional. A lei é um instrumento para a realização desse direito. Contudo, essa consideração não diminui a importância da lei. Ao contrário a valoriza”. MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 49.

que norteiam a sociedade, princípios esses de há muito envolvidos pelos diferentes fundamentos filosóficos, culturais e percepções de mundo.

O Direito Educacional não deve ser tratado somente à luz dos limites da legislação, explicado, de forma restritiva, no âmbito da legislação positivista. Muito ao contrário, o Direito Educacional precisa ser compreendido à luz da Carta Constitucional, com seus valores e princípios gerais; levando-se em conta, também, a equidade³³ que informa todo o ordenamento jurídico, além das diretrizes e bases que lastreia a educação.

Ressalte-se que o objeto da educação é o processo de ensino/aprendizagem, em que o comportamento humano deverá ser relacionado com a formação para os valores, para respeito às diferenças, educação para a tolerância, para o diálogo permanente. Especialmente de educadores interessados para se produzir a mutação de insegurança e agressividade em manifestações de aprendizagem, mudança e superação criativa de violências.

Na Constituição Federal, lei fundamental do Direito Educacional, encontra-se o nascedouro do direito à educação e do dever para com a educação, donde estão contemplados também os princípios³⁴

³³Conforme concepção aristotélica pode-se compreender a equidade, como sendo a justiça no caso concreto. A equidade tem o importante papel de possibilitar um abrandamento na aplicação da norma legal, todavia, no Direito Brasileiro, ainda fiel aos pressupostos positivistas, o juiz somente decidirá por equidade, nos casos previstos em lei. BRASIL. **Código de Processo Civil** e Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2008. Art. 127, p. 619; art. 335, p. 642 do Código de Processo Civil.

³⁴É preciso registrar que os Princípios explicitados na Constituição Brasileira de 1988, que norteiam a educação brasileira são: igualdade de condições de acesso e permanência na escola; liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber; pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, respeito à liberdade e apreço à tolerância; coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; valorização do profissional da educação escolar; gestão democrática do ensino público; garantia de padrão de qualidade; valorização da experiência extra-escolar; vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas pedagógicas. Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do**

norteadores da tarefa educacional. Responsabilidade essa que é do Estado, da sociedade, da família e das instituições educacionais.

Do ponto de vista jurídico, na atual Lei Maior, a de 1988, a educação foi idealizada como um direito de todos, ou seja, universal, gratuito, democrático, comunitário e de elevado padrão de qualidade. Dedicou-se uma seção específica ao tema, prescrito nos artigos 205 usque 214.

Cumprem, aqui, transcrever o artigo essencial na Carta Política brasileira acerca da educação, o 205:

Art. 205. 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 (grifos nossos).

Registre-se, no que tange ao direito à educação, que esse é um direito social fundamental, prestacional e subjetivo público. A consolidação da educação como direito fundamental embasa-se no princípio da dignidade humana, da solidariedade, da igualdade, da proibição do retrocesso social e a efetividade desse direito junto à sociedade. Mas, se, por um lado o direito à educação é condição de desenvolvimento da pessoa humana e de sua personalidade é, portanto, pressuposto para sobrevivência do Estado de Direito e primordial para o alcance não só, da justiça social, mas, sobretudo, é requisito para o desenvolvimento do país³⁵, o direito educacional por outro lado, visa o seu desenvolvimento e sua normatização.

As Constituições Estaduais alinham as regras basilares e orientadoras da atividade educacional de cada Estado da Federação, seguindo sempre as orientações da Lei Maior. As leis complementares traçam as diretrizes e

Brasil de 1988. 16. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

³⁵Nesse sentido reportamo-nos a obra de autoria de Souza, Eliane Ferreira de. **Direito à educação:** requisito para o desenvolvimento do País. São Paulo: Saraiva, 2011. (Série IDP).

bases da educação nacional, propugnando a unidade na condução da atividade educacional. As leis ordinárias dispõem sobre normas gerais e abstratas, disciplinando as relações no âmbito educacional. Os decretos, as portarias, os regulamentos explicitam a aplicação das disposições gerais, aclarando o mandamento das leis e determinando sua fiel execução.

Há, ainda, os pareceres, as resoluções, as deliberações e as indicações do Conselho Nacional de Educação, da Secretaria de Ensino Superior do Ministério da Educação, e dos Conselhos Estaduais de Educação onde se encontram enunciadas as normas disciplinadoras e regulamentadoras da atividade educacional. Além dos dispositivos da Constituição referentes à educação (artigos 205 a 214 e passagens de outros, como o artigo 5º, 6º e o 227), há vasta legislação infraconstitucional acerca do assunto. A LDB da Educação Nacional, os atos normativos do Conselho Nacional de Educação – CNE, o PNE – Plano Nacional de Educação, dentre outras normas, constituem as fontes de Direito Educacional.

A esse “novo Direito Educacional” cabe, para usar a expressão de Melo Filho³⁶, “disciplinar o comportamento humano relacionado à educação”. Nesse contexto, o estudo do fato educacional e de sua violação específica no campo do processo ensino-aprendizagem preocupa todos que lidam na área da Educação e todos que atuam na área do Direito. Porém, pode-se afirmar que esse novo ramo do Direito, o Direito Educacional é responsável para dirimir os conflitos e a violência surgidos, nas relações ensino-aprendizagem. Especialmente, no que diz respeito ao fenômeno denominado bullying.

No entanto, as presentes autoras entendem que a exegese desse novo ramo do Direito frente ao combate do bullying, não pode, se reduzir meramente ao cumprimento, por parte das IES, de decretos, pareceres, portarias e resoluções normativas, pois a prática desse fenômeno, não deve ser compreendida, exclusivamente, sob a ótica punitiva do Direito, mas, sobretudo, à luz da responsabilidade educacional das escolas.

³⁶MELO FILHO. Direito Educacional: aspectos teóricos e práticos. **Revista do Conselho de Educação do Ceará**, Fortaleza, n. 8, p. 47-74, 1982-1983.

10. Importância da Educação no Combate ao Bullying

A educação³⁷ é uma das atividades mais elementares do homem: ela se inscreve no princípio fundador e formador do desenvolvimento dos indivíduos e da sociedade. Esse sentido indica que a educação é um princípio universal, descrito como fundamento antropológico que liga o indivíduo à sua espécie, à sociedade, à linguagem e à cultura. Movimento esse que designa um processo que vincula um sujeito ao seu meio, a um sistema de sociedade, de cultura e de valores, onde as instituições de ensino tomam lugar muito especial³⁸.

A escola deve ser um ambiente seguro, o seu funcionamento está no reconhecimento de que as crianças, os adolescentes e os jovens desenvolvem-se melhor num ambiente escolar e comunitário livre de hostilidade, num ambiente sadio, acolhedor, seguro e pacífico³⁹.

³⁷ É preciso apresentar-se, assim, uma distinção conceitual entre os termos *educação*, *ensino* e *instrução*, já que a própria Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB³⁷ emprega os termos de maneira equivocada, usando inclusive no texto normativo, ora denominação “Ensino Superior”, ora “Educação Superior”. Isso dá azo a uma imprecisão terminológica do ponto de vista filosófico, visto que a restrição ontológica do termo *ensino* (derivado do latim *insignare*), que significa *instrução* ou *ação de ensinar*, em detrimento do termo *educação*, do latim *educatio*, empregado para indicar ação de desenvolver integralmente, todas as faculdades dos indivíduos. Sejam elas; intelectuais, morais, emocionais, físicas, estéticas, culturais ou sociais, resgatando, portanto, a noção clássica de *Paidéia*. A esse propósito, veja a clássica obra de JAEGER, Werner. **Paideia**: a formação do homem grego. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Assim, a prioridade da educação deve ser focada para uma formação completa, integral, de uma pessoa *pepaideumenos* (cultivada), em oposição a *apaideuton* (inculta), embora isso não impeça o indivíduo de ser bem-sucedido em um ofício em particular. A formação completa deve ser aquela que permite alcançar a virtude, que desperta no indivíduo o desejo apaixonado de se tornar um cidadão realizado e justo.

³⁸ LINHARES, Mônica Tereza Mansur. **Ensino jurídico**: educação, currículo e diretrizes curriculares no curso de Direito. São Paulo: Iglu, 2010.

³⁹ Nesse sentido, é a orientação dada pelo Programa “Escolas seguras” que desde o ano de 2006 está sendo implantado por lei nas escolas holandesas. Ressalte-se que esse plano identifica um Conselho em toda Escola que deve ser o responsável último pela segurança dos alunos e do pessoal da escola nas suas imediações. No

Porém, a escola tornou-se cada vez mais o lugar onde o acessório é tomado como essencial e onde o essencial passa por substância. Reino onde não se educa mais e se ensina cada vez menos o saber fundamental para a formação do ser humano. Ainda onde se abarrotam os jovens com excesso de pseudo-saberes e de informações.

É preciso considerar que o ato de ensinar envolve muito mais do que a práxis – sinônima de prática real – em que o educando e o educador, interagem no processo de ensino-aprendizagem, além do espaço físico da escola. A Educação deve envolver dialogicamente o indivíduo, a família, a comunidade, a sociedade, e o Estado. Logo, a Educação não se deve restringir somente ao âmbito escolar. Ao contrário, deve ser entendida na sua dimensão maior de sentido e finalidade, para designar tudo aquilo que se pode fazer para desenvolver o potencial humano na sua totalidade, pois o ato de ensinar é muito amplo e deve ser compreendido não somente como uma atividade de organização e transmissão do conteúdo curricular, que visa apenas ao fornecimento de informações. Ou ainda, à transmissão de conhecimentos científicos.

Assim, a Educação deve envolver a formação do educando em um ser crítico que, pensante, agente e interveniente no mundo, que se sente dessa maneira capaz de transformá-lo. Para isso, precisa ter conhecimento do mundo e analisá-lo criticamente. Configura-se, portanto, com o crescimento da consciência crítica, na construção de uma sociedade mais igualitária, justa e solidária, onde as pessoas realizem plenamente seu potencial humano.

A Educação⁴⁰ é, sem dúvida, um caminho para a superação da barbárie, da

violência, do bullying que se rege pelo princípio do poder e da competição que é contrário a uma educação realmente humana. Por outro lado, a Educação antibullying é aquela que não omite fatos, não passa a mão na cabeça, não carrega no colo. Ao contrário, conscientiza, instrumentaliza, respeita. A Educação antibullying cumpre, assim, um

ela se inscreve no princípio fundador e formador do desenvolvimento dos indivíduos e da sociedade. Esse sentido indica que a educação é um princípio universal, descrito como fundamento antropológico que liga o indivíduo à sua espécie, à sociedade, à linguagem e à cultura. Movimento esse que designa um processo que vincula um sujeito ao seu meio ambiente, a um sistema de sociedade, de cultura e de valores, onde tomam lugar, muito especial as instituições de ensino. A palavra vem do latim *educare* que significaria, assim, cuidar, alimentar, nutrir, ministrar o necessário para a sobrevivência e o necessário desenvolvimento da personalidade e aponta para o significado etimológico de capacidade interior do educando, cujo desenvolvimento só será decisivo se houver um dinamismo interno. Ressalte-se que a questão da educabilidade é ilustrada por outros termos que emergem desde a Antiguidade, do Renascimento, até os dias de hoje. Diz respeito, em síntese, ao princípio de educabilidade do homem como ser social, racional, jurídico, político, ético, espiritual, estético, psicológico, físico, cultural e emocional. A palavra educação designa o processo global da sociedade pelo qual a pessoa, o indivíduo e a coletividade social aprendem a assegurar conscientemente, no interior da comunidade nacional e internacional e, em seu benefício, o desenvolvimento integral da sua personalidade, das suas capacidades, das suas atitudes, das suas aptidões e do seu saber. Este processo não se limita, contudo, a ações específicas de ensino e aprendizagem. A educação configura-se, assim, um conceito mais amplo, engloba, pois a instrução e o ensino, pois estes últimos visam nomeadamente à transmissão de conhecimentos e a formação intelectual. Inserida no panorama nova sociedade da informação e do conhecimento, a educação – como direito de todos, não deve se limitar, portanto, a assegurar às pessoas somente a possibilidade de leitura, da escrita e do cálculo. Além disso, o processo educacional deve ter por finalidade: qualificar o educando para o trabalho; prepará-lo para o exercício da cidadania. Preparar o aluno para cidadania, não é, apenas, dar informação sobre os cargos eletivos a serem disputados e sobre os candidatos a ocupá-los, mas também informar e despertar a consciência sobre o valor da pessoa humana, suas características essenciais, sua necessidade de convivência e a obrigação de respeitar a dignidade de todos os seres humanos independentemente de sua condição social ou de atributos pessoais. (Cf. LINHARES, Mônica Tereza Mansur. **Ensino Jurídico**: educação, currículo e diretrizes curriculares no curso de Direito. São Paulo: Iglu, 2010, p. 59).

ambiente imediato da escola, - o bairro, a cidade, a região, as autoridades e os pais são vistos como os principais responsáveis pela segurança dos alunos e dos funcionários da escola. Em outras palavras, um Plano que expressa a cooperação de todas as partes envolvidas no processo ensino-aprendizagem, e que convida todos a participar. (Fonte: RIETVELD, Paulien. **Plano de Segurança da Escola**, em NOT 2007 – Dutch Education Fair 2007, ABC, Amsterdam).

⁴⁰ Cumpre-nos aqui apresentar um conceito de Educação esboçado em trabalho⁴⁰, em que é considerada como: uma das atividades mais elementares do homem:

papel especificamente humano e, para tanto, é necessário que o educador reconheça a natureza humana de seus alunos, suas necessidades, manifestações, sentimentos, suas dificuldades emocionais, além de saberes específicos ao conteúdo do currículo e à prática docente e às metodologias que a legitimem.

O que se percebe é que a Educação, de uma maneira geral, não avança em modelos ideais de um indivíduo autônomo e emancipado conforme as concepções kantianas, mas explicita as relações de heteronomia estabelecidas no mundo para além dos muros escolares. Assim, a autoridade é imposta a partir do exterior. Porém, é esta idéia de emancipação que precisa ser inserida no pensamento e na prática educacionais, na mão contrária à mera transmissão de conhecimentos e à simples modelagem de pessoas, já que ninguém tem o direito de modelar alguém a partir de seu exterior.

Pensamento e prática educacionais devem assim, estar na direção de produzir uma consciência verdadeira, em que as ações possam ser de fato frutos da razão daqueles que, emancipados, tornam-se capazes de tomar as rédeas da esfera pública e privada, de suas próprias vidas⁴¹.

Não é um plano fácil de ser realizado, principalmente porque o obscurecimento da consciência é resultado da organização em que se vive e da ideologia dominante, ou seja, da totalidade do existente à qual se faz necessário adaptar-se. No entanto, este movimento contínuo de adaptação e ajustamento exigido para se viver em sociedade não pode ser ignorado, pois, caso seja, a educação continuará realizando seu papel de impotência diante da violência

11. Responsabilidade das Instituições de Ensino Frente ao Bullying

A educação, no Brasil, passa por uma fase difícil. Na escola, a questão da violência é um problema endêmico. Os alunos, muitas vezes, não têm limites, as crianças e os adolescentes fazem o que querem. Os pais não

sabem como agir, e os professores também não sabem lidar com isso.

As escolas devem estar atentas a questão e sensíveis a mudanças paradigmáticas que proponham uma reforma para dar conta ao desafio da violência. É necessário modificar não somente a organização escolar, os conteúdos curriculares, os métodos de ensino, mas, sobretudo a cultura, a mentalidade da educação formal.

Priorizar um ambiente no qual as relações interpessoais sejam fundamentais para a vida adulta. Os aspectos culturais e sociais também atuam profundamente no processo educacional. Mas, antes de tudo, é fundamental compreender-se que toda ação educacional é sempre complexa e exige das instituições de ensino um modelo de educação pautado no diálogo, na tolerância, na cultura da paz, especialmente, no respeito às diferenças, ao outro, nos quais crianças, adolescentes e jovens possam pautar sua caminhada rumo a uma vida adulta ética e responsável, mais justa e menos violenta. Portanto, nas instituições de ensino urge conferir destaque para o diálogo, para o afeto. É a lição do aforismo: “menos diálogo, mais conflito”.

Nesse sentido, ressalte-se que as instituições de ensino, dentre elas destacam-se as universidades, devem estar subordinada, sobretudo, a uma educação antibullying fundamentada em valores éticos, dos quais o principal é o respeito à Dignidade da Pessoa Humana⁴², nos termos do artigo 1º inciso III da Constituição Federal de 1988

⁴² Gabriel Chalita adverte-nos que “o elemento fundante do processo constitucional é a dignidade da pessoa humana, é a mola primeira, propulsora para a compreensão de todo o sistema constitucional e do sistema infraconstitucional. A **dignidade da pessoa humana** orienta a leitura e compreensão dos objetivos da República Federativa do Brasil que, no seu art. 3º, inciso I, fala em construir uma sociedade livre, justa e solidária”. CHALITA, Gabriel Benedito Isaac. *Heurística e Direito*. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUES, José Rodrigo. (Org.). **Hermenêutica plural**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 233. Nesse mesmo entendimento, afirma Castanheira Neves, para quem “o homem-pessoa e a sua dignidade é o pressuposto decisivo, o valor fundamental e o fim último que preenche a inteligibilidade do mundo humano do nosso tempo”. CASTANHEIRA NEVES, A. **O Direito hoje e com**

⁴¹ ADORNO, T. W. (2003). **Educação e emancipação**. Rio de Janeiro, RJ: Paz e Terra. (Original publicado em 1971).

12. Conclusões

O bullying é um problema de violência que pode surgir na relação ensino e aprendizagem. O bullying é uma forma de violência, consubstancia-se em atos sistemáticos e repetitivos e intencionais de desprezar, denegrir, humilhar, violentar, agredir, amedrontar, tyrannizar, enfim, destruir a estrutura psíquica de outra pessoa sem motivo algum. Frise-se, no entanto, que não se trata de brincadeira própria da infância, mas de caso de violência física e moral, que em muitos casos, de forma velada é praticada por agressor ou grupos agressores contra uma ou mais vítimas. Porém, o tratamento do combate ao fenômeno bullying, não se dá pela via exclusivamente da punitiva do Direito, mas, sobretudo pelo caminho da Educação.

Ocorre que a causa da violência, humilhação, etc. cometidas contra as crianças e dos adolescentes é muito mal enfrentada no Brasil. Prova disso, são os fatos que têm sido, sistematicamente, noticiados pela imprensa; destacam-se pelos requintes de violência, humilhação e crueldade. Esses atos podem ocorrer tanto, no meio ambiente escolar; na sala de aula, corredores, pátios da escola ou até nos arredores, como também, no meio ambiente do trabalho. Com efeito, essas agressões verbais, morais ou físicas, psicológicas, sexuais, virtuais podem causar enormes danos psicológicos e seqüelas emocionais para a criança, adolescentes e jovens. Ressalte-se, no entanto, que as práticas do bullying acarretam uma série de sanções jurídicas para seus autores e/ou responsáveis legais, pois, violam, frontalmente, os direitos

humanos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, devendo, portanto, ser identificadas, prevenidas, combatidas e coibidas por todas as pessoas.

Imperioso compreender que a criança, o adolescente e os jovens não são máquinas. Não são párias da nossa sociedade, são seres humanos, pessoas humanas, em comunicação ativa e criativa com o adulto, com o seu entorno e com mundo. Com efeito, essa comunicação deve ser feita, entre as pessoas, crianças e adolescentes e pelo adulto, sem o uso violência, com diálogo. A criança, o adolescente e os jovens são dotados de sonho, vêm e observam o mundo de maneira mágica, suas vidas que se constrói com os olhos do amor. A criança, o adolescente, os jovens, devem ser tratados não somente nas instituições de ensino, mas pela família, pela sociedade, por seus colegas, por seus responsáveis, com respeito, sobretudo, com afeto, com dignidade.

Nesse cenário o encontra-se o Direito Educacional, que surge como um alentado conjunto de normas de diferente hierarquia; que diz respeito bem aproximadamente ao educando, as instituições de ensino, ao Estado, e aos demais fatos normativos e órgãos estatais, de fiscalização, avaliação regulamentação a eles relacionados; dentre eles o fenômeno da ocorrência do bullying nas escolas.

O Direito Educacional Brasileiro está, pois, ordenado em um conjunto de normas legais escritas que regulam as formas de instituição, organização, manutenção e desenvolvimento do ensino, bem como as condutas humanas diretamente relacionadas com os processos educativos tanto no seio das famílias, quanto nas organizações governamentais e nas instituições mantidas pela livre iniciativa, aliadas a situações envolvendo a caracterização formal de aprendizagem, comportamento humano relacionado com a educação, dão origem a situações juspedagógicas que constituem o objeto de estudo do Direito Educacional.

A exegese desse novo ramo do Direito, não pode, no entanto, se reduzir meramente ao cumprimento, por parte das IES, de decretos, pareceres, portarias e resoluções normativas.

que sentido? O problema actual da autonomia do Direito. Lisboa: Piaget, 2002. p. 69. Veja também BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 299. Ainda, Miguel Reale revela que toda cultura possui um centro próprio de valores ou, antes, “vários centros de valor” secundários, dispostos em torno de um valor fundamental. Porquanto, na sucessão dos ciclos culturais, um valor se revela essencial: o da **pessoa humana**, que é o valor-fonte. Com efeito, indica REALE o valor da “pessoa” não pode ser desligado do “social”, pois é somente na sociedade que o homem é capaz de se reconhecer como pessoa. REALE, Miguel. **Horizontes do Direito e da História**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 295. (g.n.).

Sobretudo, quando se trata de combater e prevenir, nas escolas, o denominado bullying.

O Direito Educacional é um ramo especial e autônomo do Direito; que se traduz num conjunto de normas específicas da área educacional, princípios, valores e doutrinas que regulam e disciplinam as formas de instituição, organização, manutenção e desenvolvimento do processo ensino/aprendizagem. Pode ser entendido como um conjunto de técnicas, regras e instrumentos jurídicos sistematizados que objetivam disciplinar o comportamento humano relacionado ao à educação e, especialmente, no processo de ensino-aprendizagem.

O Direito Educacional visa ainda o desenvolvimento e a normatização do ensino e dos currículos e das condutas humanas relacionadas diretamente com os processos educativos, no seio de proteção das famílias, das relações entre alunos, professores, escolas, organizações governamentais, instituições públicas, e aquelas mantidas pela iniciativa privada, disciplinando o comportamento relacionado à educação. Ademais, o Direito Educacional rege as atividades no campo do ensino e/ou aprendizagem de particulares e no poder público, de pessoas físicas e jurídicas, de entidades públicas e privadas.

As definições do Direito Educacional, portanto, devem congregam elementos que

somados ao cotidiano escolar resultam nas relações jurídico/pedagógicas, numa dimensão ampla, abrangendo inclusive os fenômenos causados pelo bullying, já que tanto no sistema de ensino público, como no privado as normas maiores emanam do Estado que a tudo orienta, fiscaliza e controla. Pois, o estudo combinado dessas variantes jurídicas, educacionais, sociológicas, políticas, filosóficas e culturais, permite identificar, historicamente, as políticas de proteção legal para a superação de problemas educacionais e as alternativas paradigmáticas para se alcançar mudanças nos padrões tradicionais no ensino que conduzem, muitas vezes, as práticas do bullying, nas escolas.

Conclui-se, que para combater o fenômeno do bullying as instituições de ensino face ao cometimento e prevenção do bullying não podem se omitir. No combate a esse fenômeno de violência e perversidade, contam com uma nova a ferramenta jurídica: o Direito Educacional. Porém, é preciso, além da identificação, à prevenção, combate e sua eventual repressão pelo Direito Educacional; uma cultura de educação para o diálogo; tolerância; de entendimento; da escuta cuidadosa do outro; do diálogo e do respeito, dentro das escolas; da cultura da paz; especialmente, do respeito à dignidade da criança. Sobretudo, de respeito à dignidade do ser humano.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, M.; RUA, M. G. **Violências nas escolas**, Brasília, DF: Unesco, 2003.
- ALVES, Rubem. In.: (Orgs.) CECCON Claudia; et. alli. **Conflitos na Escola**: modos de transformar e dicas para refletir e exemplos de como lidar. São Paulo: CECIP; Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2009.
- BASTOS, Aurélio Wander. **O ensino jurídico no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. Introdução, p. ix, x.
- BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 299.
- BOAVENTURA, Edivaldo. **A educação brasileira e o Direito**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. Art. 127, p. 619; art. 335, p. 642 do Código de Processo Civil.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 16. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. Conselho Nacional de Educação (CNE). Câmara de Ensino Superior (CES). Resolução CNE nº 9, de 29 de setembro de 2004. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 out. 2004. Seção 1, p. 17.
- _____. Centro de Empreendedorismo Social e Administração em Terceiro Seor – CEATS – Fundação Instituto de Administração – FIA. **Bullying Escolar no Brasil – Relatório Final** – São Paulo: CEATS/FIA, 2010. Disponível em: <http://www.promenino.org.br/Portals/0/pesquisabullying.pdf>. Acesso em: 02.10.2011.
- _____. Disque 100 vai receber denúncias de casos de bullying. **Disponível em: <http://diganaoerotizacaoinfantil.wordpress.com/2008/06/17/disque-100-vai-receber-denuncias-de-casos-de-bullying/>** Acesso em: 02.10.2011.
- CALHAU, Lélío Braga. **Bullying** - o que você precisa saber: identificação, prevenção e repressão. 2. ed. rev. ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- _____. **Bullying**: implicações criminológicas. Disponível em: <http://www.jefersonbotelho.com.br/2009/04/26/bullying-implicacoes-criminologicas/Acesso> em: 02.10.2011.
- CAMARGO, Orson. **Bullying**. Disponível em: <http://www.brasilecola.com/sociologia/bllying.htm>. Acesso em: 30.09.2011
- CARPENTER, Deborah; FERGUNSON, Christopher J. **Cuidado! Proteja seus filhos dos bullies**. São Paulo: Butterfly Editora, 2011, p. 19-20.
- CASTANHEIRA NEVES, A. **O Direito hoje e com que sentido?** O problema actual da autonomia do Direito. Lisboa: Piaget, 2002. p. 69.
- CHALITA, Gabriel. **Pedagogia da amizade - bullying: o sofrimento das vítimas e dos agressores**. São Paulo: Editora Gente, 2008.
- _____. Heurística e Direito. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUES, José Rodrigo. (Org.). **Hermenêutica plural**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 233.
- DARCANCHY, Mara Vidigal. **Assédio moral no meio ambiente do trabalho**. 2005, p.1-15. Disponível em: www.conpedi.org.br/manaus/.../trabalho_justica_mara_darcanchy.pd... Acesso em: 20 de setembro de 2011.
- DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro, 2004. p. 461. [verbete Direito].
- FANTE, Cléo. **Fenômeno Bullying**: como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz. São Paulo: Verus, 2011.
- GAUER, Ruth M. Chitó; GAUER, Gabriel J. Chitó. (Orgs.). **A fenomenologia da violência**. Curitiba: Juruá, 1999, p.11.
- HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho**: redefinindo o assédio moral. Tradução de Rejane Janowitz, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 17.
- JAEGER, Werner. **Paideia**: a formação do homem grego. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

- LINHARES, Mônica Tereza Mansur. **Ensino jurídico**: educação, currículo e diretrizes curriculares no curso de direito. São Paulo: Iglu, 2010.
- LOPES NETO, Aramis A. **Bullying – comportamento agressivo entre estudantes**. *Jornal da Pediatria*. vol. 81 , no. 5, 2005.
- MALDONADO, Maria Tereza. **Bullying e Cyberbullying**: o que fazemos com o que fazem conosco? São Paulo: Moderna, 2011.
- _____. **Uma história de bullying e cyberbullying**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. **A face oculta**: uma história de bullying e cyberbullying. São Paulo: Saraiva, 2009 (Coleção Jabuti), p. 93.
- MARTINS, M. J. D.. O problema da violência escolar: uma clarificação e diferenciação de vários conceitos relacionados. **Revista Portuguesa de Educação**. 2005, 18(1), 93-105.
- MELO FILHO. Direito Educacional: aspectos teóricos e práticos. **Revista do Conselho de Educação do Ceará**, Fortaleza, n. 8, p. 47-74, 1982-1983.
- MIDDELTON-MOZ, Jane; ZAWADSKI, Mary Lee. **Bullying**: estratégias de sobrevivência para crianças e adultos. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 21.
- MIKI, Massami. **Vereador sugere a criação do Disque Bullying**. Disponível em: <http://www.blogdomassami.com.br/vereador-sugere-criacao-do-disque-bullying/> Acesso em: 02.10.2011.
- MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 49.
- OLWEUS, Dan. **Conductas de acoso y amenaza entre escolares**. 3. ed. Madrid: Morata, 2006.
- PEDRA, José Augusto e FANTE, Cleo. **Bullying escolar**: perguntas e respostas. Porto Alegre: Artmed, 2008.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 140.
- _____. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002. cap. XLVI, p. 699 *et seq.*
- _____. **Horizontes do Direito e da História**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- REZENDE, Sidney. Pais registram denúncias de bullying em cartórios de São Paulo. **Disponível em:** <http://www.sidneyrezende.com/noticia/128470+pais+registram+denuncias+de+bullying+em+cartorios+de+sao+paulo>. Acesso em: 02.10.2011.
- RIETVELD, Paulien. **Plano de Segurança da Escola**, em NOT 2007 – Dutch Education Fair 2007, ABC, Amsterdam.
- RODRIGUES, Andréia de Brito. **Bullying criminal**: o exercício do poder no sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 52.
- SEIXAS, Sônia Raquel. **Violência escolar**: Metodologias de identificação dos alunos e agressores e/ou vítimas. *Análise psicológica*, 2 (XXIII): 97-110, 2005. Disponível em: <http://scielo.oces.mctes.pt/aps/v23n2/v23n2a03.pdf>. Acesso em: 07 de set.2011.
- SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Bullying**: mentes perigosas nas escolas. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.
- SMITH, P. K.; COWIE, H.; OLAFSSON, R. F.; & LIEFOOGHE, A. P. D.. **Definitions of bullying**: A comparison of terms used, and age and gender differences, in a fourteen-country international comparison, *Child Development*, 2002, 73(4), 1119-1133.
- SOUZA, Eliane Ferreira de. **Direito à educação**: requisito para o desenvolvimento do País. São Paulo: Saraiva, 2011. (Série IDP).
- SPOSITO, M. P. Um breve balanço da pesquisa sobre violência escolar no Brasil. **Educação e Pesquisa**, 2001, 27(1), 87-103.
- TATTUM, D.; TATTUM, E. **Social Education and Personal Development**. London: David Fulton, 1992.
- VILANOVA, Lourival. O Direito educacional como possível ramo da ciência jurídica. In: SEMINÁRIO DE DIREITO EDUCACIONAL, 1977, Campinas. **Anais...** Campinas: Universidade Estadual de Campinas, CENTAU, 1977. p. 59-75.

RESUMO

O presente trabalho estuda o instituto da usucapião sob o aspecto histórico e sua formatação no Direito Brasileiro atual. Modo de aquisição da propriedade, móvel e imóvel, a usucapião é instituto antigo, cuja previsão já se fazia observar na Lei das XII Tábuas. Inserido em nosso Código Civil de 1916, foi mantido pelo Código Civil vigente eis que, tratando-se de modo de aquisição de propriedade que se perfaz pela posse mansa e pacífica por determinado tempo, a usucapião se adequa ao princípio da função social da propriedade constitucionalmente estabelecido.

Palavras-chave: Usucapião. Ordinária. Extraordinária. Posse. Propriedade.

ABSTRACT

The work herein studies the usucaption institute under the historical aspect and its formatting in the current Brazilian Civil Law. The way of acquiring a property, movable or immovable, the usucaption is an ancient institute, whose forecast was already noted in the Law of XII Tables. Inserted in our Civil Code of 1916, it has been maintained by the current Civil Code, as being a way of ownership of property that can be gained by the calm and peaceful possession of it beyond the lapse of a certain period of time, the usucaption is suitable to the principle of social function of property constitutionally established

Keywords: Usucaption. Ordinary. Extraordinary. Possession. Property.

* Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP), advogado em São Paulo, Chefe do Departamento de Humanidades e Professor de Filosofia Geral e Jurídica, de Ética Profissional e de Introdução ao Direito do Centro Universitário FMU/SP..

1. Introdução

O objetivo do presente trabalho é estudar a usucapião, seus elementos característicos, sua evolução histórica e, principalmente, analisar os avanços e/ou retrocessos trazidos ao instituto pelo legislador do novo Código Civil de 2002.

A usucapião, um dos modos de aquisição da propriedade, móvel ou imóvel, é instituto jurídico dos mais antigos. Sua origem remonta ao período do direito arcaico romano (753 a.C. ao segundo século a.C.), mais especificamente à Lei das XII Tábuas (449-450 a.C.).

A conceituação doutrinária do instituto não é das mais pacíficas, como se verá a seguir, eis que a controvérsia instala-se desde a etimologia da expressão usucapião indo até a natureza jurídica do instituto. Veja-se que, enquanto para alguns a usucapião é modo originário de aquisição da propriedade, para outros é modo derivado, não faltando aqueles que, ainda hoje, confundem o instituto com o da prescrição, isto sem falar do aspecto etimológico da expressão usucapião, que ganha contornos polêmicos, inclusive entre nossos dicionaristas, pois, enquanto no Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa a palavra usucapião aparece no gênero feminino, no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa é classificada como comum de dois gêneros, não faltando aqueles que a classificam como pertencendo ao gênero masculino.

Polêmica à parte, parece cediça a opinião de que, no geral, o novo Código Civil de 2002 apresenta o instituto da usucapião com significativos avanços em relação à forma em que era disciplinado no Código Civil de 1916. O novo Código Civil, adotando os princípios estabelecidos pelo legislador constitucional de 1988, trata a propriedade em face de sua função social, dando, em consequência, novos contornos ao instituto da usucapião, reconhecidamente dos mais antigos e importantes para assegurar a estabilidade e a paz social, conforme se demonstrará a seguir.

2. Etimologia

Usucapião. A palavra é do gênero masculino ou feminino? Existe controvérsia

doutrinária a esse respeito. Dicionários de renome, como é o caso do Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, dão o vocábulo como feminino, enquanto outros, como é o caso do Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa dão o vocábulo como de dois gêneros.

A palavra usucapião (maneira de adquirir pela posse prolongada) origina-se do latim *usucapio*, do verbo *capio* (adquirir, tomar) e *usus* (que originariamente significava posse). Para RIBEIRO (2003, p. 170)¹, “a *capio* (o acusativo latino é *capiōnem*, daí *capião* em português) ficou antecedida de *usu* (que é ablativo, portanto, adverbial, significando pelo uso). O termo “usucapião” traduz-se por ocupação, tomada ou aquisição pelo usu (o *usus* também significava posse).

Já era esse o entendimento de Orlando Gomes² (1980, p. 156) ao enfatizar que a palavra é do gênero feminino. Aliás, o Projeto de Código Civil de 1916, a observação é de RIBEIRO³ (2003, p. 171) trazia o feminino, o que foi mantido pela comissão revisora dos juriconsultos. No entanto, o senador Rui Barbosa apresentou emenda, passando a palavra para o masculino (o *usocapião*), restando convertida a modificação em lei.

Ainda segundo RIBEIRO⁴ (2003, p. 171), “é certo que palavras finalizadas em português em *ão* têm tanto o gênero masculino como o feminino e passaram para o masculino porque, na boca do povo, deixada de lado a origem latina, se lhe trocou o gênero, devido à confusão com palavras acabadas em *ão* e pertencentes ao masculino. No entanto, o termo “usucapião”, utilizado por técnicos e pessoas ligadas ao ramo do direito, sempre foi erudito, distanciando do linguajar popular, tanto que vários juristas o mantiveram em obediência à origem latina”.

3. Conceito

A definição mais tradicional e aceita da usucapião parece ser a de Modestino:

¹ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

² GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

³ Idem, p. 171.

⁴ Ibidem.

Usucapio est adjectio per continuationem possessionis temporis lege definit (Dig. 1,41, Tít.3, frag.3) – Usucapião é o modo de adquirir a propriedade pela posse continuada por um tempo definido em lei. Entretanto, na lição de RIBEIRO⁵ (2003, p. 171), a definição de Modestino é calcada na da Ulpiano, que, segundo o autor, parece ter sido o primeiro a definir o instituto da usucapião e fê-lo nos seguintes termos: *Usucapio est dominii per continuationem possessionis anni biennii* (Usucapião é a aquisição do domínio pela posse continuada por um ou dois anos).

Pela Usucapião, a definição é de DINIZ⁶ (2002, p. 144) “o legislador permite que uma situação de fato, que, sem ser molestada, se alongou por um certo intervalo de tempo previsto em lei, se transforme em situação jurídica”.

A exigência do tempo, como elemento distintivo do instituto tem proporcionado alguma confusão, pois alguns doutrinadores, em função da exigência temporal, têm caracterizado a usucapião como uma espécie de prescrição (prescrição aquisitiva ou positiva). Tal posicionamento, entretanto, muito em voga no século passado, vem perdendo importância, pois parece ficar cada vez mais cedo o entendimento de que, embora a usucapião mantenha pontos comuns com o instituto da prescrição, apresenta contornos próprios e distintos desta última.

Embora ambas sejam manifestações da influência do tempo nas relações jurídicas, a afirmação é de Orlando Gomes⁷ (1980, p. 156), não se justifica a confusão estabelecida pela doutrina. Segundo o mesmo autor⁸ “a tese da autonomia da *usucapião* é hoje defendida com sólidos fundamentos, estando consagrada nas legislações modernas.”

Corroborando tal entendimento, o fato de que dois séculos separam a criação dos institutos. Enquanto a usucapião é consagrada na Lei das Doze Tábuas (450 – 449 a. C.), a prescrição (*praescriptio* – escrito que vem

antes) é criação pretoriana (como prescrição extintiva), consagrada na Lei Furia de Sponsu, datada de 204 a.C.

A intervenção do pretor justifica-se, nessa época, como proteção da posse de boa-fé eis que, até o ano de 212, quando, por uma constituição o Imperador Antonino Caracala estendeu a qualidade de cidadãos romanos à quase-totalidade das pessoas do império, o *ius quiritium* (*ius civilis*) só podia ser invocado pelo cidadão romano. Consoante LOPES² (2000, p. 50) “o estrangeiro só se tornava protegido se houvesse um tratado de amizade entre sua cidade e Roma. O *ius quiritium* era um direito herdado, que não se poderia haver por convenção (porque se tratava da filiação aos patriarcas). O *dominium ex iure quiritium* era a “propriedade” romana plena sobre determinados bens e para determinadas pessoas, portanto. Era um *status* do qual gozavam apenas os pais de família. Quando não se podia invocar a propriedade quirítaria, os pretores passam a dar uma ação formular que copia a fórmula antiga, mas já é uma novidade. Aos poucos se estende a proteção de maneira geral. Se sobre algumas terras e para algumas pessoas não há direito de *dominium* (sobre as terras públicas e comuns ou para os peregrinos), sem dar uma ação para que o possuidor “reivindique sua terra” o pretor usa do seu poder de polícia e impede, em nome da boa ordem pública, que aquele que está de boa-fé seja desalojado: dá um “interdito”, obrigando à restituição se houve violência. Protege a posse até criar uma *propriedade pretoriana*.”

A prescrição, por sua vez, é momento processual, meio ou forma de defesa (*exceptio*) onde o réu alega o decurso do tempo para requerer a extinção da ação. A *praescriptio*, a afirmação é de RIBEIRO¹ (ob. cit., p. 8) era colocada na fórmula expedida pelo pretor antes da *demonstratio* (a fórmula continha três momentos distintos: *demonstratio*, *intentio* e *condemnatio*), por ela se concitava o magistrado a não examinar o mérito da lide, na hipótese de o réu ter *posse ad usucapionem* durante certo tempo. Conquanto só estabelecida a prescrição das ações mais de dois séculos depois da *usucapio*, os dois institutos passaram a coexistir.

⁵ Ibidem.

⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4.

⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

4. Requisitos

Segundo a doutrina de GOMES Y MUÑOZ, para ocorrer a usucapião “é necessário o concurso de certos requisitos, que dizem respeito às pessoas a quem interessa, às coisas em que pode recair e à forma por que se constitui. Assim, podem ser classificados em requisitos pessoais, reais e formais.” (apud Orlando Gomes, 1980, p. 159).

Por requisitos pessoais entendem-se aqueles relativos à capacidade do possuidor para adquirir a propriedade da coisa (móvel ou imóvel) pela usucapião, ou seja, exige-se que o possuidor seja capaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil e reunir as qualidades para usucapir, que, no caso, são iguais às da propriedade.

Entretanto, em conformidade com o disposto no art. 1.244 do novo Código Civil, aplicam-se ao possuidor as mesmas causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição, aplicáveis ao devedor na relação jurídica obrigacional, assim como aquelas previstas nos artigos 197 a 202 do referido Código.

Por requisitos reais entendem-se aqueles concernentes às coisas e direitos de serem usucapidos.

Não são todas as coisas e direitos que podem ser adquiridos pela usucapião, uma vez que certos bens e direitos consideram-se imprescritíveis, como é o caso das coisas fora do comércio e dos bens públicos.

É importante, porém, notar que entre as coisas que estão no comércio, algumas não podem ser alienadas, porque pertencem a pessoas contras as quais não ocorre a prescrição. É o caso, por exemplo, dos bens da esposa, que não podem ser usucapidos pelo marido enquanto perdurar a sociedade conjugal.

Também no tocante aos direitos, ocorrem limitações dessa ordem, já que somente os direitos reais que recaem sobre coisas prescritíveis podem adquirir-se pela usucapião, como é o caso da propriedade, da enfiteuse, do usufruto, do uso e da habitação.

Requisitos formais, por sua vez, são aqueles que variam conforme o prazo estabelecido pela lei para a posse. Para todas

as espécies de usucapião previstas (já era assim no Código Civil de 1916), faz-se necessária a presença de dois requisitos essenciais: *a posse e o lapso de tempo*. Para algumas das espécies, como se verá abaixo, exige-se, ainda, como requisito necessário, a presença do *justo título e da boa-fé*.

Na usucapião, a tese é sustentada por DINIZ⁹ (2002, p. 144), a posse é o fato objetivo, e o tempo, a força que opera a transformação do fato em direito.

É cediço que sem posse não há usucapião. Ela é, sem dúvida, o elemento mais característico do instituto, desde a sua criação no período do direito romano arcaico.

Sem entrarmos no mérito da famosa polêmica travada entre Ihering e Savigny sobre a natureza jurídica da posse (fato ou direito), já que extrapolaria o objetivo do presente estudo, parece-nos, entretanto, oportuno lembrar que a doutrina atual, a afirmação é de RIBEIRO¹⁰ (2003, p. 652) “qualifica a posse como um direito de natureza real, em consideração a elementos que a caracterizam, entre estes a oponibilidade *erga omnes*, indeterminação do sujeito passivo e incidência em objeto obrigatoriamente determinado”. tecermos algumas considerações sobre a posse.

O novo Código Civil, ao caracterizar o possuidor (art. 1.196) praticamente repete a redação do art. 485 do Código Civil de 1916, apenas suprimindo a palavra domínio. Assim, considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Ao possuidor, porém, exige-se que exerça a posse de modo contínuo, com ânimo de dono, mansa e pacificamente.

Considera-se com ânimo de dono aquele que tem a posse justa (sem os vícios de violência, clandestinidade ou precariedade), ou seja, possui a coisa sem que haja obstáculos objetivos, os chamados fâmulos da posse elencados nos artigos 1.198, 1.200 e 1.208 do novo Código Civil. Se existir obstáculo objetivo a que possua a coisa com esse *animus*, o possuidor não pode adquirir a propriedade por usucapião.

Deve a posse, ainda, ser mansa e pacífica, isto é, exercida sem oposição. O

⁹ Ibidem.

¹⁰ Idem.

possuidor tem de se comportar como dono da coisa, possuindo-a tranquilamente. No dizer de Orlando Gomes¹¹ (1980, p. 161), “posse mansa e pacífica é, numa palavra, a que não está viciada de *equivoco*. Na aparência, oferece a certeza de que o possuidor é proprietário.”

Não basta, porém, que seja mansa e pacífica, é necessário que seja contínua. E aqui entra o elemento tempo, que, como se afirmou acima com Maria Helena Diniz (ob. cit., p. 144), é a força que opera a transformação do fato em direito.

O prazo será mais curto, ou mais longo, dependendo do bem e de alguns requisitos suplementares, como são o *justo título* e a *boa-fé*. Assim, é mais curto o prazo para usucapir bens móveis (três ou cinco anos) e mais longo para se usucapir bens imóveis, dependendo das circunstâncias.

Outra característica importante em relação ao tempo é que o possuidor pode somar a posse do antecessor, desde que ambas sejam mansas e pacíficas.

Na sistemática adotada pelo legislador de 1916, fiel à tradição romana, a presença ou ausência do proprietário na mesma localidade era elemento que influía no prazo. Tal critério, entretanto, foi abandonado pelo legislador de 2002.

Há também que se considerar para a caracterização do prazo, os requisitos suplementares da boa-fé e do justo título, já referidos acima.

A boa fé (*fides*) é a ignorância do vício ou obstáculo que impede a aquisição do bem. Para caracterizar-se como justo, o título não pode conter vícios ou irregularidades que o impeçam de ser instrumento hábil para a transmissão da propriedade. Tais requisitos, como veremos adiante, influenciam na caracterização da usucapião.

É oportuno lembrar, ainda, que além de preencher as exigências legais acima referidas, a propriedade adquirida pela usucapião deverá ser sempre declarada por sentença judicial e registrada no Registro de Imóveis competente.

5. Natureza Jurídica

A usucapião é, com efeito, um modo originário de aquisição da propriedade, por meio do qual o possuidor se torna proprietário. Entretanto, a afirmação é de Orlando Gomes¹² (1980, p. 157) “essa qualificação, hoje incontroversa, foi contestada. Sustentou-se que era apenas presunção legal de um modo legítimo de aquisição, isto é, um simples meio de prova. Mas, como argumenta LAFAYETTE, a aceitação dessa maneira de ver importaria omitir a função mais importante da usucapião, que é a de sanar os vícios dos modos de adquirir. Não visa apenas a suprir a falta de prova. É, portanto, meio de aquisição”.

Também foi e continua sendo contestada, a qualificação da usucapião como modo originário de propriedade.

Por modo originário de aquisição de propriedade (móvel ou imóvel) deve-se entender aquele em que não há qualquer relação jurídica de causalidade entre o domínio atual e o estado jurídico anterior, como ocorre na hipótese da acessão e, para grande parte da doutrina, da usucapião.

Há, no entanto, autores sustentando que a usucapião é modo derivado de aquisição de propriedade, sob o fundamento de que ela não faz nascer direito novo, apenas substitui direitos do antigo titular. Mas, como argumentam vantajosamente aqueles que propugnam pela usucapião como modo originário da propriedade, a aceitação dessa maneira de ver traria dificuldades para a caracterização do instituto.

Isto porque, sendo *derivados* os modos de aquisição, existirá, entre o domínio do adquirente e o do alienante, uma relação de causalidade, representada por um fato jurídico, tal o contrato seguido de tradição, ou o direito hereditário.

Da lição RIBEIRO¹³ (2003, p. 90), “quando a propriedade foi adquirida por modo derivado, deve-se ter em mente duas importantes consequências: a) a domínio do sucessor vem eivado dos mesmos característicos, com os mesmos defeitos e limitações de que se revestia nas mãos do antecessor. Porque não podia transferir mais direitos do que tinha. *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Assim, por

¹¹ Idem

¹² Idem.

¹³ Idem.

exemplo, se a propriedade vendida era resolúvel, não pode o adquirente pretender tê-la plena. Se sobre o imóvel recaía uma servidão, ou uma hipoteca, não pode o comprador desprezar a existência desses direitos reais sobre a coisa adquirida; e, b) na aquisição derivada, para provar o seu domínio, o titular deve, igualmente, comprovar a legitimidade do direito de seu antecessor, e do antecessor deste, e assim por diante, até completar-se o período suficiente para a aquisição do direito pela usucapião. Parece, portanto, mais apropriado qualificar-se a usucapião como modo originário de aquisição da propriedade.

6. A Usucapião no Direito Brasileiro

Conforme já demonstrado acima, o legislador pátrio, tanto o de 1916, quanto o de 2002, define as espécies da usucapião, de acordo com o tempo transcorrido e com as peculiaridades da posse.

Nota-se, entretanto, que o legislador de 2002, na esteira do legislador constitucional de 1988, trouxe algumas inovações com relação ao instituto ora estudado, entre as quais destaca-se a usucapião urbana, a usucapião rural e a usucapião coletiva, além de mudanças significativas no prazo das tradicionais espécies de usucapião ordinária e extraordinária, já consagradas no Código Civil de 1916.

O art. 1.238 do novo Código Civil, que estabelece a usucapião extraordinária, disciplina *in verbis*:

Art. 1.238. Aquele que, por 15 (quinze) anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a 10 (dez) anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Observa-se, portanto, que a redução do prazo de 20 para 15 anos e o estabelecimento do prazo de 10 anos, se o possuidor realizou obras ou serviços de caráter produtivo ou utilizou o imóvel para moradia habitual, podem ser considerados avanços do Código Civil de 2002, especialmente quando consideradas as peculiaridades da realidade socioeconômica do país.

Não se olvide, entretanto, que, nos termos do disposto no art. 2.028 do mesmo Código, serão os da lei anterior os prazos (no caso, 20 anos), quando reduzidos pelo novo Código, se, na data de sua entrada em vigor, já houve transcorrido mais da metade do tempo estabelecido no Código Civil de 1916.

De igual modo, até 11 de janeiro de 2005, o prazo estabelecido no parágrafo único do artigo 1.238 acima transcrito será acrescido de 2 (dois) anos, qualquer que seja o tempo transcorrido na vigência do Código de 1916. É o que disciplina o art. 2.029 do novo Código Civil.

O art. 1.242 do novo Código Civil, que estabelece a usucapião ordinária, disciplina *in verbis*:

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por 10 (dez) anos.

Parágrafo único. Será de 5 (cinco) anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

Também nessa espécie pode-se considerar que houve avanço do novo Código Civil em relação ao Código Civil revogado. Embora o legislador de 2002 tivesse mantido o prazo de 10 anos previsto na legislação anterior, reduziu esse mesmo prazo para 5 (cinco) anos se o imóvel foi adquirido a título oneroso com registro cancelado e desde que o possuidor tenha realizado investimento de interesse econômico e social ou tenha utilizado o imóvel como sua moradia.

Com relação à redução de prazo, vale para o art. 1.242 a mesma regra do art. 2.029 acima transcrita, ou seja, até 11 de janeiro de 2005, o prazo ali estabelecido será acrescido de 2 (dois) anos, qualquer que seja o tempo transcorrido na vigência do Código de 1916.

Como avanço também pode ser qualificada a abolição, feita pelo art. 1.242 acima transcrito, da distinção dos prazos em virtude das pessoas estarem presentes ou ausentes, consagrada no Código Civil revogado. A doutrina sustenta que os avanços técnico-científicos e das comunicações não justificariam a manutenção da mencionada distinção.

Avançadas também podem ser qualificadas as normas dos artigos 1.239 e 1.240 do novo Código, que, seguindo as diretrizes do legislador constitucional de 1988 e, na esteira da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) reafirmaram as espécies da usucapião especial rural e urbana, respectivamente.

A usucapião especial urbana, criada pela Constituição Federal de 1988 (art. 183, §§1º e 3º) vem disciplinada no art. 1.240 do novo Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Aqui não há propriamente que falar-se em avanço, uma vez que o novo Código praticamente repete a regra da Constituição Federal de 1988. Aponta-se, entretanto, as características desta espécie de usucapião que são a dispensa de justo título e a presunção de boa-fé.

Na lição de RIBEIRO¹⁴ (2003, p. 903) “tanto o brasileiro como o estrangeiro podem ser beneficiários, havendo restrições quanto ao último, em razão da residência no País”.

Outra característica importante é que somente a pessoa física pode valer-se dessa espécie de usucapião, tendo em vista que a pessoa jurídica não tem residência nem família.

A usucapião especial rural, criada pela Constituição de 1988 (art. 191, § único) e regulamentada pela Lei nº 6969/1981, também foi reafirmada pelo Código Civil de 2002, em seu art. 1.239, com a seguinte redação:

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Com relação a esta espécie também não se pode dizer que houve avanço do novo Código Civil, uma vez que, tanto a Constituição Federal de 1988, quanto a Lei nº 6969/1981 já consagravam a espécie.

Como elementos característicos desta espécie de usucapião podem ser apontadas a boa-fé, que é presumida e o justo título, que, no caso, é dispensando.

Segundo ensina RIBEIRO (ob. cit., p. 990), o novo Código Civil privilegia a posse-trabalho, tanto no que se refere ao imóvel rural quanto urbano.

Também para nessa espécie de usucapião o possuidor usucapiante só poderá ser pessoa física, não se admitindo a jurídica.

Por último, houve a reafirmação, no Código Civil de 2002 (art. 1.228, § 4º), da chamada usucapião coletiva, instituída pelo denominado Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), nos moldes e segundo as diretrizes previstas nos artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988, que estabelecem as normas de política de desenvolvimento urbano.

¹⁴ Idem.

O art. 1.228 do novo Código Civil, reafirmando os princípios estabelecidos no art. 10 da Lei nº 10.257/2001, disciplina, *in verbis*:

Art. 1.228.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Trata-se, na verdade, de mais um dos aspectos polêmicos trazidos pelo novo Código Civil. Afinal, já vinha sendo questionada a constitucionalidade da norma do art. 10 da Lei nº 10.257/2001, que instituiu esta modalidade de usucapião coletiva, sob o argumento de que, embora a Constituição Federal de 1988 tenha estatuído a usucapião urbana (art. 183), não criou a forma coletiva dessa modalidade. Sendo assim, não caberia ao legislador infraconstitucional fazê-lo.

Sem adentrarmos no mérito da discussão doutrinária a respeito da constitucionalidade, ou não, do art. 10 do Estatuto da Cidade, que extrapolaria os objetivos deste estudo, gostaríamos de, mais uma vez, trazermos a lição de RIBEIRO (ob. cit., p. 943) que, ao analisar o assunto leciona: “cabe consignar que o estatuto Alberga disposições reguladora de diretrizes firmadas na Constituição, concernentes à política urbana. Assim, não poderiam as normas ordinárias, que são complementares aos princípios mestres, afastar-se das idéias delineadas no art. 182 da Lei Maior. Ao mencionar o art. 10 do Estatuto *áreas urbanas com mais de 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados)*, tem-se que o legislador ordinário ultrapassou o *quantum* estabelecido no art. 183 da CF. Em tese, feriu os princípios da isonomia e da igualdade, uma vez que a política do legislador constitucional foi a de facilitar que pessoas pobres ou de baixa renda, sem moradia, tivessem reconhecido o direito de propriedade sobre imóvel de até 250m², tamanho que entendeu suficiente para alguém poder morar. Como já assinalado pouco antes, não há no Estatuto

dispositivo que limite a área de cada ocupante aos 250 m² delineados na Constituição.”

Embora o novo Código Civil tenha dispensado o critério de baixa renda exigido no Estatuto da Cidade e adotado a exigência da boa-fé e de existência no imóvel de obras e serviços de interesse econômico e social, mesmo assim parece perpetuar a confusão estabelecida no citado Estatuto, uma vez que a ideia de usucapião sempre foi voltada para área certa, delimitada e posicionada em local determinado, enquanto que a usucapião coletiva atinge áreas com mais de 250 m², mais especificamente, extensas áreas, como consta no § 4º do art. 1.228 do novo Código Civil.

Tudo isto sem falar da inevitável constituição do condomínio, reconhecido “como o grande foco de discórdias no que toca à propriedade” (RIBEIRO, 2003, p. 944)¹ que, certamente se estabelecerá neste tipo de usucapião coletiva, criado pela Lei nº 10.257/2001 e reafirmado pelo novo Código.

Existem argumentos sustentando que esta modalidade não é propriamente usucapião, aproximando-se mais da desapropriação, já que poderá haver a fixação, pelo juiz, de justa indenização ao proprietário quando da proposição de ação reivindicatória e, como se sabe, a indenização não é requisito da usucapião.

Portanto, relativamente a esta modalidade, parece ter havido retrocesso do novo Código Civil, pois, embora o objetivo tenha sido o de ordenar o desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana, o novo diploma Civil deixa as mesmas lacunas já existentes no Estatuto da Cidade o que, seguramente, dará margem a discussões intermináveis.

Com relação aos bens móveis, não houve modificações significativas no novo Código Civil, nem mesmo com relação aos prazos, que continuam os mesmos estabelecidos no Código Civil revogado, tanto para a usucapião ordinária, prevista no art. 1.260, quanto para a extraordinária, disciplinada no art. 1.261 do referido diploma.

Para tais modalidades de usucapião, esta é a opinião corrente, não houve avanços ou retrocessos, uma vez que o legislador do novo Código manteve as regras do Código Civil de

1916, que não eram merecedoras de maiores críticas.

7. Conclusão

Portanto, conforme se demonstrou acima, exceção feita à modalidade de usucapião coletiva, pode-se afirmar que houve avanço do novo Código Civil no que tange à regulamentação do instituto. E cede o entendimento de que os avanços alcançados pela tecnologia da informação, principalmente a partir da última década do século passado, justificam as mudanças implementadas pelo legislador do novo Código, especialmente aquelas relativas à redução de prazos das tradicionais modalidades de usucapião ordinária e extraordinária.

Além disso, não se pode olvidar, que, especialmente a partir da segunda metade do século XX, a propriedade vem sendo tratada

em face de sua função social. Nesse sentido parece que o legislador do novo Código Civil avançou ao privilegiar a moradia e a realização de obras ou serviços de caráter produtivo, ou de investimentos de interesse econômico e social para fins de aquisição de bens pela usucapião.

Além disso, como asseveram alguns, as mudanças observadas no novo Código Civil relativamente à usucapião são também justificáveis pelo fato de que, na atualidade, o ponto de referência da sociedade mudou, do indivíduo para a sociedade. Assim, não é mais a figura do indivíduo, como consagrada pelo Código Civil de 1916, mas o da dignidade humana que está a atrair a atenção das novas legislações, especialmente da Civil, como é o caso em exame.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. **Instituições de direito romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.
- GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Monografia no curso de direito: trabalho de conclusão de curso**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5.
- VEIGA, José Eli da. **Cidades imaginárias: o Brasil é menos urbano do que se calcula**. 2. ed. Campinas: Ed. Editores Associados, 2003.

RESUMO

O presente estudo possui por escopo a explanação acerca das modernas divergências doutrinárias, éticas e jurídicas no concernente ao *status* do embrião produzido artificialmente, *in vitro*, e os conflitos envolvendo o estabelecimento do momento em que se inicia a vida, buscando-se, assim, a compreensão acerca dos debates envolvendo a pesquisa com células tronco embrionárias, ressaltando as diferentes correntes que tratam do tema. Trata-se de estudo jurídico filosófico, pelo qual visa-se questionar tais correntes, as incertezas que ainda existem, demonstrando e incitando o questionamento acerca de tanto e, não à conclusão absoluta, vez que é matéria rodeada de muitas incertezas.

Palavras-chave: Biodireito. Bioética. Células tronco. Direito à Vida. Embrião.

ABSTRACT

The following study aim to the explanation around modern discussions, doctrinal, ethical, such as legal differences concerning the initial status of the embryo artificially produced, *in vitro*, and the conflicts involving the moment when life begins, chasing by that, the comprehension among the debates related to the use of embryonic stem cells in scientific researches, emphasizing several currents that deal with this subject. Therefore, it is not only a legal study but also a philosophical one, by which the objective is to question each different current, the uncertainties that still remain, stimulating the thought on these matters and not to an absolute conclusion, since as it has already been said, it is still a subject filled with scientific uncertainties.

Keywords: Biolaw. Bioethics. Stem Cells. Right to Life. Embryo.

* Mestre e Professora do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU.

** Acadêmico do 6º período de Direito pelas FMU. Estagiário do Ministério Público Federal.

1. Introdução

Os rápidos avanços da medicina trazem novas possibilidades ao homem de manipular a vida humana, a utilização de células tronco em pesquisas científicas é um tema hodiernamente debatido. Tais pesquisas prometem grandes avanços na cura de estigmas que hoje são incuráveis e atingem milhões de pessoas em todo o mundo. Em razão de tais avanços surgem diversos problemas éticos a serem resolvidos e conflitos envolvendo tais temas.

Em princípio, é realizado um estudo acerca da bioética, passando pelos objetivos buscados por esta, principalmente sob a perspectiva ética aristotélica, preponderantemente, na obra *Ética a Nicômaco*, visando assim, buscar os fins últimos perseguidos pela ética como um todo e, conseqüentemente pela bioética.

Posteriormente, são abordados os temas objeto principal deste trabalho, buscando, não uma conclusão constitucional acerca das pesquisas com células tronco advindas de embriões produzidos *in vitro*, vez que tal matéria já fora decidida e exaustivamente discutida pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3510/DF, mas sim à aplicação de princípios constitucionais pertinentes ao tema e acerca das correntes doutrinárias que o envolvem e, a legitimidade ética e constitucional de tais pesquisas.

Pelas pesquisas com células tronco embrionárias serem de grande interesse à medicina regenerativa, tornam-se de grande relevância para a coletividade, devendo os debates que envolvem o tema serem trazidos à sociedade, para eventual participação do povo na opção legislativa que venha a ser adotada para delimitar o início da vida, tal como o faz, o art. 3º da lei nº 9434/97, quanto ao momento em que ocorre a morte. Prega-se, portanto, as discussões acerca do tema, de forma respeitosa, entre as diferentes correntes de opinião, de forma a aprofundar as discussões e atingir resultado que melhor represente os anseios sociais.

Este trabalho abordará os conflitos doutrinários, incitando o questionamento

acerca de conceitos que são transmitidos em forma de verdades absolutas por parcela da doutrina e, como se verá neste, não o são. Visamos, portanto, a indagação filosófica e, não a conclusão absoluta e imposição axiológica em tema tão polêmico, multidisciplinar e ainda, incerto.

Quais os fins que tais pesquisas devem visar? Quais as conseqüências que a sociedade pode auferir? Até que ponto é ético a busca pelo progresso científico, em face das manipulações genéticas humanas? Em que momento ocorre o início da vida humana? São algumas indagações com as quais constantemente nos deparamos e que inevitavelmente iremos nos deparar em algum momento de nossas vidas, são de grande relevância social e, portanto, demandam profundas reflexões, sendo estas, o objetivo deste trabalho.

2. Bioética, Conceitos e Noções Gerais

De início, antes de adentrarmos especificamente o tema principal deste estudo, é mister que elucubremos alguns pontos gerais e fundamentais à compreensão da matéria, vez que norteadores do agir no plano físico, consubstanciado pelas ações objeto de grandes polêmicas envolvendo a pesquisa com células tronco advindas de embriões gerados artificialmente, *in vitro*. Para tanto, adentraremos o estudo da bioética, de forma breve, à elucidar o tema, no concernente ao objeto principal deste trabalho.

A bioética encontra-se no campo da filosofia, dos estudos da ética, é, portanto, a bioética, uma área filosófica destinada a reflexões acerca da vida, do uso eticamente correto das tecnologias médicas e dos avanços da medicina, que por ocorrerem em estrondosa velocidade nos dias atuais, demandam forte reflexão acerca dos objetivos à serem por tais, buscados. Diz respeito, portanto, à ética médica, a correta forma de utilização das pesquisas científicas, de acordo com a moral social, definindo, portanto, a forma como os profissionais das áreas médicas e biológicas devem orientar suas ações.

Com o crescente avanço das tecnologias médicas, surgem diversos conflitos no plano axiológico, cabendo às reflexões e estudos da

bioética a solução de tais conflitos, que vão desde o agir moral dos indivíduos, até conflitos entre princípios jurídico constitucionais, através de conceitos como o início e fim da vida, eminentemente multidisciplinares e que acarretarão diversas consequências no plano jurídico.

Devemos indagar, dentro da perspectiva ética, orientada pelas brilhantes exposições aristotélicas, há tanto formuladas, porém, inegavelmente, muito adequadas à atualidade, qual seria o fim último da bioética? É certo que todas as ações, omissões e as disposições em geral devem visar um fim, um bem por assim dizer, de forma que em cada âmbito haverá um fim distinto, porém, para que seja buscado o agir ético, deverá ser buscado um bem, o que distinguirá será apenas o conteúdo de tal. Entretanto, qual seria o fim comum ético a ser buscado em todos os âmbitos? Em outras palavras, o que tal bem a ser buscado deve almejar em comum em todos os âmbitos? Não há outra resposta para tanto senão o bem comum humano, a felicidade comum.

A felicidade é o grande objetivo inerente à todas as áreas em que aplicam-se os estudos da ética, incluindo nisto, por óbvio, a bioética. A forma de se atingir a felicidade é algo que de certo variará de pessoa para pessoa. Faz-nos, portanto, indagar, no concernente à bioética, no que consistiria este bem humano comum, a felicidade? Como definir o conteúdo deste bem humano almejado pela bioética? Os temas que envolvem a bioética são eminentemente multidisciplinares, fugindo as raias das ciências e inclusive adentrando as crenças, opiniões, cultura e paixões de cada pessoa. É por tal razão que estes temas devem ser tratados de forma aberta, respeitosa, de forma a complementarem-se tais conceitos entre si e aprimorar a busca pelo bem humano comum. Todavia, não raro, em matéria tão polêmica, testemunhamos a imposição de conceitos pessoais, na forma de verdades absolutas incontestáveis, algumas vezes claramente fundados em opiniões e crenças pessoais daqueles que impõe tais conceitos, em claras indagações a respeito, inclusive, da legitimidade ética de pesquisas científicas face a ordem natural criada por Deus, e a possível

afronta à soberania divina pelo emprego de tecnologias novas¹.

Quando tratamos do início da vida, assunto tão polêmico, não é raro encontrarmos este tipo de manifestação, visivelmente fundadas em crenças pessoais e paixões, portanto, sem cunho científico. Não há dúvidas de que os direitos de crença e de livre manifestação do pensamento devem ser integralmente respeitados e, portanto, tais indagações, mesmo que fundadas em crenças, merecem total respaldo, todavia, cautela que a meu ver deveria ser adotada, é a de ser sempre ressaltada a existência de correntes contrárias, com outros entendimentos e, não a imposição de opiniões, como se verdades absolutas fossem, vez que trata-se de matéria, de certo, ainda nada exata.

Para que se chegue mais perto do fim último almejado pela ética é essencial que sejam abertos os debates às demais vertentes, de forma que a intolerância exposta pela tentativa de transmissão de conceitos de forma absoluta, apenas prejudica a coletividade, que é, de todo a interessada. Deve-se ter muita cautela, vez que as ciências em sua rigidez técnica, apesar de serem, em tese, neutras, os estudiosos de tais não o são, afirmação que é visível pela análise das tão comuns imposições axiológicas, conforme se verá mais a frente neste estudo, no relativo ao início da vida humana e as diferentes teorias que abarcam o tema.

A busca pelo bem humano, pela felicidade, no relativo à bioética é questão de extrema delicadeza, vez que envolve aspectos subjetivos como a vida e a morte, as disposições do corpo, etc. tornando-se de grande dificuldade mensurar o conteúdo de tal bem comum na sociedade da informação, em que tão comumente, de forma volátil, a felicidade é associada com o mero acúmulo e ostentação de bens e adequações à padrões sociais. Consequências da expansão de uma sociedade de produção e consumo em que, não raro, inquestionavelmente, a isto a existência se resume.

Relativamente ao início da vida, matéria eminentemente subjetiva, torna-se um desafio mensurar o bem último em uma sociedade

¹ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2011, p.36.

como a atual sociedade da informação, em que, além do já mencionado, é uma sociedade em que diferentes culturas, opiniões, acerca dos mais variados temas, entram constantemente em choque.

Deve-se, portanto, adotar postura questionadora, ampliando os debates acerca do tema, em vez de manterem-se as imposições de opiniões como se verdades absolutas fossem, só assim poderemos um dia, chegar mais próximos do bem público almejado pela coletividade e só assim estaremos agindo eticamente, no respeito às mais variadas correntes de opinião, que, igualmente possuem seu direito à manifestação do pensamento, nos termos do art. 5º, IV, da Constituição Federal de 1988.

3. Fertilização *In Vitro* e Células Tronco Embrionárias

A fertilização artificial, *in vitro*, resultante de avanços na tecnologia médica surge como solução à casais inférteis e, que desejam constituir a própria prole. Tal procedimento consiste na manipulação em laboratório, do material genético do homem e da mulher e, após a fecundação, o embrião é implantado no útero da mulher, gerando a gravidez. Todavia, a possibilidade do homem manipular o embrião gera diversos problemas éticos, a respeito dos limites aos quais seria cabível a manipulação humana no início da vida e, principalmente, quanto ao momento em que ocorre o início desta.

Grande foco de discussões na doutrina é a possibilidade de utilização das células tronco advindas de embriões produzidos *in vitro*, em pesquisas científicas.

É notório que as células tronco embrionárias são de relevante interesse para a medicina regenerativa, vez que apenas estas são consideradas totipotentes, ou seja, são dotadas de maior versatilidade para se converterem em qualquer tipo de célula do corpo humano e, desta forma, as pesquisas envolvendo estas poderiam resultar na cura ou melhora de quadro de patologias irreversíveis, que atingem grande contingente populacional,

tais como distrofias musculares², esclerose múltipla³, entre outras.

É certo que consubstancia-se em mandamento constitucional, a promoção pelo Estado, do progresso científico, devendo visar o bem público, nos termos do art. 218, caput e §1º, da CF. A busca pela cura de tais patologias é, inquestionavelmente favorável ao bem público, vez que trata-se de questão relevante de saúde que beneficiaria milhões de pessoas. Entretanto, remanesce o conflito ético e constitucional sobre o início da vida e a proteção jurídica despêndida ao embrião, de forma à legitimar-se as pesquisas com células tronco embrionárias em eventual conflito com o direito à vida, para a corrente que entende já ser o embrião vida humana plena.

A origem do problema ético na fertilização *in vitro* ocorre em razão de não se atingir a gravidez logo nas primeiras tentativas, logo, prática recorrente é a de submeter a mulher a um tratamento hormonal para estimular a produção de óvulos, fecundando, assim, diversos óvulos e, assim, produzindo diversos embriões⁴. Porém, o número de embriões produzidos, será, em regra, maior do que o número de embriões utilizados no procedimento. O que fazer com os embriões remanescentes?

Aos embriões remanescentes existem quatro destinações que podem ser adotadas: na hipótese de não ser obtido êxito na primeira tentativa, pode ser implantado na mesma mulher; podem ser doados à outro casal; após certo prazo pode ocorrer o descongelamento, acarretando, assim, a perda de todas as propriedades do embrião, ou, a sua morte para os que acreditam ser o embrião dotado de vida, e conseqüentemente o seu descarte ou, por último, pode ser utilizado em pesquisas

² Distrofia muscular: doença motora de origem genética, cuja principal característica é o enfraquecimento e atrofiamento progressivo dos músculos, podendo levar o portador à cadeira de rodas.

³ Doença degenerativa que afeta o sistema nervoso. Caracteriza-se por alterações sensitivas e de motilidade que evoluem através do tempo, produzindo dano neurológico progressivo.

⁴ Primeira fase do tratamento para fertilização *in vitro*, denominada de estimulação ovariana. Possui por objetivo produzir número suficiente de óvulos para que, em laboratório, possa ser feita seleção dos melhores embriões para implantação no útero da paciente.

científicas que visem o bem público. É certo que os embriões excedentes seriam preservados por meio de congelamento em nitrogênio líquido (crioconservação), entretanto, após tanto, uma das quatro medidas haveria de ser tomada e, nisto reside grande conflito ético, vez que dependendo do entendimento de cada corrente a respeito do início da vida, uma ou outra medida haveria de ser adotada.⁵

4. Das Pesquisas com Células Tronco e a Polêmica do Início da Vida

Como já ressaltado neste trabalho, tal tema é de grande relevo e objeto de divergências doutrinárias, não apenas na doutrina jurídica, mas igualmente, nas áreas biológicas e médicas. A crença no momento em que ocorre o início da vida acarretará diversas consequências éticas e jurídicas, entre elas, pela legitimidade ética e jurídica da utilização de células tronco embrionárias em pesquisas científicas.

Cabe asseverar, *a priori*, que as pesquisas com células tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento é permitida, nos termos do art. 5º, da lei nº 11105/2005 (lei de biossegurança), atendendo as condições previstas neste dispositivo, quais sejam: tratem-se de embriões inviáveis ou, de embriões congelados há três anos ou mais, na data de publicação desta lei, ou que, já congelados na data da publicação desta lei, depois de completarem três anos, contados a partir da data de congelamento e, em qualquer caso é necessário o consentimento dos genitores, devendo as pesquisas científicas terem fins terapêuticos.

Tal dispositivo foi alvo de grandes debates, de forma que o a época Procurador Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles

impetrou Ação Direta de Inconstitucionalidade, em face do referido art. 5º, da lei nº 11105/2005, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade deste dispositivo e, sua conseqüente remoção do ordenamento jurídico, produzindo os efeitos previstos no art. 102, §2º, da Constituição Federal. É a ADI nº 3510 – DF, a qual fora palco de acentuadas e multidisciplinares discussões a respeito do início da vida, matéria de tamanha polêmica, que fora hipótese em que o STF valeu-se de audiência pública para oitiva de profissionais das áreas médicas e biológicas, de forma a instruir o processo e, elucidar os conceitos acerca do início da vida. Até mesmo pelo julgamento desta ADI, fica explícita a divergência que existe no entendimento de tais conceitos, de forma que por 6 votos contra 5, a Corte decidiu pela improcedência da ação e, portanto, pela constitucionalidade do dispositivo impugnado.

A própria instrução da ADI em questão demonstra a existência de duas grandes correntes com entendimentos distintos quando ao início da vida e a tutela a ser destinada ao embrião. A primeira delas salienta pelo início da vida na fecundação, pelo fundamento de que o embrião já possui identidade genética única, sendo, para esta corrente, um ser humano com todas as suas características definidas e, desta forma, digno da mesma proteção jurídica destinada àqueles que já nasceram, de forma que para esta corrente, seria inconstitucional a utilização de células tronco embrionárias para quaisquer fins que não reprodutivos, vez que violariam o direito à vida destes embriões. Por outro lado, a outra corrente mostra-se favorável às pesquisas com células tronco embrionárias, entendendo por distinto o embrião extra uterino, produzido *in vitro* e, aquele que já encontra-se no útero da mulher, produzido *in vida*, nos termos do exposto pela Dra. Mayana Zatz, professora de genética da Universidade de São Paulo: “Pesquisar células tronco embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. É muito importante que isso fique bem claro. No aborto, temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana. É preciso haver intervenção humana para a formação do embrião, porque aquele casal não conseguiu ter um embrião por fertilização natural e

⁵ Para os que entendem ser o embrião vida humana plena, veda-se a utilização para quaisquer fins que não reprodutivos, portanto, apenas a doação a outro casal ou a reimplantação no útero da mesma mulher seriam legítimos. Já para a corrente que entende que a vida se inicia em outro momento, seria legítimo, utilizar os embriões em pesquisas científicas, que teriam por escopo o bem comum geral, no combate à doenças que atingem grande contingente populacional.

também para inserir no útero. E esses embriões nunca serão inseridos no útero. É muito importante que se entenda a diferença”⁶

Qual das duas posições é a correta? Impossível dizermos com absoluta precisão e, tal conclusão sequer é o objetivo deste trabalho, mas tão somente demonstrar que os conceitos que nos são transmitidos de forma absoluta, não o são e, há divergência doutrinária entre tais, que acarretam consequências no plano fático. Ainda, existem diversas outras posições a respeito do início da vida, a saber, algumas: com a nidação⁷; quando aparece a crista neural⁸; quando começam os movimentos fetais; no momento em que o embrião poderia ser viável, se tirado do útero, entre outras.

É evidente a divergência que remanesce em matéria tão suscetível de influências culturais, religiosas e até mesmo de paixões e crenças de cada indivíduo, de forma que não há como precisar cientificamente o momento exato em que se inicia a vida e, com brilhantismo, pondera, Miguel Kottow Lang: “o *status* do embrião como pessoa é metafísico (portanto, não físico, não científico e não demonstrável) e necessariamente é artigo de fé, algo que se pode crer ou não”⁹. Não há, portanto, comprovação científica concreta acerca do *status* dos embriões produzidos *in vitro*, sendo apenas crença daqueles que acreditam ser a partir da fecundação. De certo, é legítimo que cada qual possua livremente sua crença, todavia, o prejuízo existe quando ocorrem tentativas de imposições destas crenças, maculadas na forma de verdades absolutas, sobre outras crenças.

Não há como estabelecermos, nestas poucas páginas, um conceito absoluto de início da vida, sob pena de incorreremos na mesma conduta ora criticada, a de imposições axiológicas, todavia, cabem algumas indagações pertinentes ao tema.

Muito se discute sobre a adoção, por parte do art. 2º, do código civil, da teoria

natalista ou da teoria concepcionista¹⁰, porém, sem adentrar este mérito, inegável é que este dispositivo assegura, desde a concepção, os direitos do nascituro. O que seria, então, o nascituro alvo de tal proteção? *O nascituro é aquele ser humano que se encontra em fase de desenvolvimento e está prestes a nascer*¹¹. É, portanto, aquele ser que se encontra em fase biológica suficiente para, pelo mero decurso do tempo, sem interferências, vir a nascer com vida, passando da condição de nascituro à de pessoa física com personalidade civil plena, de certo que neste conceito enquadra-se o embrião que se encontra no útero da mulher.¹² Mas e a situação do embrião produzido *in vitro*, crioconservado?¹³ Este, pelo mero decurso do tempo, apenas perderá suas propriedades, de forma que para que este possua quaisquer chances de nascer, é imprescindível uma ação humana, qual seja, a implantação em um útero, ação sem a qual o embrião jamais nascerá. Nas palavras do Ministro Ayres Britto, *para que ao embrião in vitro fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição*“¹⁴. Por não ser considerado um nascituro, seria o embrião *in vitro* destinatário da proteção jurídica atribuída pelo art. 2º, do código civil?

Aos embriões produzidos *in vitro*, que devidamente diagnosticados como inviáveis e que, portanto, jamais serão implantados, não atenderia ao mandamento constitucional previsto no art. 218, §1º,¹⁵ da CF, que estes fossem utilizados na busca por terapias que beneficiassem milhões de seres humanos, prestigiando assim o interesse público, em vez de permanecerem as infundáveis imposições axiológicas que acabam por criar uma barreira

¹⁰ José Renato Nalini; Maria Helena Diniz, Min. Ayres Brito, entre outros.

¹¹ LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil vol I, 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p.201.

¹² Após a fase de nidação.

¹³ Embrião conservado por meio de congelamento em nitrogênio líquido.

¹⁴ ADI nº 3510 – DF, p. 139

¹⁵ Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. §1.º A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

⁶ ADI nº 3510 – DF, páginas 150 e 151.

⁷ Implantação do óvulo na cavidade uterina.

⁸ Grupo de células embrionárias derivadas do revestimento do tubo neural, que dão origem a outras células adultas, entre elas os neurônios. Sua formação se dá em torno da terceira semana de gestação.

⁹ Cadernos de Bioética do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, p. 45.

ao progresso científico na busca de curas à estigmas hoje incuráveis?

O critério morte legalmente adotado pelo art. 3º, da lei nº 9434/97 é o da morte encefálica, de forma que o ser humano que passa a não possuir as atividades cerebrais não mais é considerado portador da vida, é considerado morto, inexistente vida em seu corpo e a partir daí, qualquer violação à este não mais poderá ser considerada uma violação à vida, sendo este corpo sem vida, de certo, destinatário de proteção jurídica, mas não a mesma concedida aos seres humanos dotados de atividades cerebrais e, portanto considerados vivos. O embrião, enquanto não possuir atividades cerebrais, poderia ser considerado um ser vivo digno de receber a mesma proteção jurídica que uma pessoa já desenvolvida ou, não seria legítimo, em face de seu status, atribuir-lhe proteção jurídica distinta?

São apenas algumas indagações para incitar a reflexão e enxergamos como trata-se de um tema dotado, ainda, de muitas dúvidas e incertezas e, portanto, ressaltar que devemos questionar as imposições axiológicas que tão comumente são realizadas com base em crenças e opiniões.

5. Considerações Finais

Isto posto, cabe fazermos algumas conclusões a respeito do tema. A legitimidade da utilização de células tronco embrionárias para fins de pesquisa científica deve possuir fins terapêuticos, visando assim, o bem comum geral e, por conseguinte, possuindo uma finalidade, não apenas ética, mas igualmente, em consonância com os ditames constitucionais.

Vimos que existe corrente doutrinária que prega pela não utilização de embriões para quaisquer fins que não reprodutivos. Entretanto, *data venia*, tal entendimento não deve prosperar sob a égide da Constituição de 1988 e, inclusive sob mera aplicação do princípio da proporcionalidade para que visemos o agir ético neste caso. Ora, não

parece razoável que um embrião deva permanecer por tempo indeterminado crioconservado, vez que após certo termo, ele perderá suas propriedades reprodutivas e, inclusive sua implantação sendo desaconselhável.

É, com toda a certeza, muito mais apropriado ao interesse e ao bem público que tais embriões e, igualmente, os devidamente diagnosticados como inviáveis, já que jamais serão implantados, que sejam utilizados com um fim, qual seja, o fim terapêutico que pode vir a beneficiar milhões de pessoas e, neste ponto reside o prestígio à Carta de 1988, de certo que para aqueles que acreditam ser o embrião dotado de vida plena, mantê-lo congelado não atenderia às suas perspectivas, tanto quanto não atenderiam a de mais ninguém.

É ética e juridicamente aceitável que tais embriões sirvam, portanto, ao bem público preconizado pelo §1º, do art. 218 da Constituição Federal de 1988. Eticamente, concluímos pela legitimidade do permissivo legal contido no art. 5º da lei nº 11.105/2005, autorizando a realização de pesquisas com tais células desde que atendidos os requisitos contidos no dispositivo.

Ainda, é importante ressaltar que, as posições absolutas, mesmo que involuntariamente, acabam por prejudicar e desproteger o interesse público e o bem de grande contingente populacional, vez que pregam restrição à evolução de pesquisas que à todos poderia beneficiar. Ressalte-se, não visamos à produção de embriões para fins exclusivamente científicos, mas, os embriões que produzidos para fins reprodutivos e que não sejam aptos à reprodução, é legítimo que sejam utilizados para fins terapêuticos e tenham uma destinação diferente da para qual tinham originariamente sido produzidos, vez que tal solução seria muito mais benéfica a todos do que a crioconservação por prazo indeterminado ou o descarte do embrião que, em vez de ser descartado, poderia ser utilizado para beneficiar milhões de pessoas.

REFERÊNCIAS

- DINIZ, Maria Helena, **O estado atual do biodireito**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DE MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil volume I**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009
- NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- OSELKA, Gabriel Wolf et AL. **Cadernos de bioética do conselho regional de medicina do Estado de São Paulo**. São Paulo: Centro de bioética, 2005.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- SEGRE, Marcos; GUZ, Gabriela. **Aspectos éticos e legais das pesquisas e tratamentos com células tronco**. Disponível em: <<http://www.portaldabioetica.com.br/artigos/aspectoseticoselegaisdaspesquisasedotratamentocomcelulastronco.pdf>> Acesso em: 15 dez. 2011
- SEGRE, Marcos; GUZ, Gabriela. **Início da vida e células tronco embrionárias**. Disponível em: <<http://www.portaldabioetica.com.br/artigos/iniciodavidaecelulastroncoembrionarias.pdf>> Acesso em: 15 dez. 2011

RESUMO

O presente artigo aborda a fixação da indenização por danos extrapatrimoniais na perspectiva constitucional, concluindo-se pela imprescindibilidade da prevalência do caráter desestimulador-exemplar das indenizações por danos morais, a fim de que efetivamente tutele-se a dignidade da pessoa humana, concretizando a função promocional do ser humano no plano infraconstitucional, notadamente em sede da responsabilidade civil, em detrimento da ideologia das codificações oitocentistas pela qual se analisaria o referido instituto pelos aspectos patrimoniais e no plano restrito dos sujeitos que polarizam o evento danoso.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Dano Extrapatrimonial / Moral. Constitucionalização do Direito Civil. Função Desestimulante-Exemplar das Indenizações.

ABSTRACT

This article discusses the determination of damages in constitutional perspective, concluding the indispensability of the prevalence of copy-deterrent nature of compensation for moral damages, so that effectively defends them to human dignity, fulfilling the function promotion of the human in the infraconstitutional plane, notably based on civil liability, rather than the ideology of the eighteenth century by encodings which such office would review the property aspects and in the restricted plan of the subjects to polarize the damaging event.

Keywords: Civil Liability. Moral Damage. – Constitutionalization of Civil Law. Copy-Deterrent Nature of Compensation.

* Livre-Docente e Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, Coordenador do Curso de Direito e Professor Titular de Direito Civil e de Direito do Consumidor das Faculdades Metropolitanas Unidas – *UniFMU*, Membro do Ministério Público em São Paulo.

** Graduado em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – *UniFMU*, Congressista dos 8º e 9º Congresso Nacional de Iniciação Científica Nacional/CONIC.

*** Graduada em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – *UniFMU*, Congressista do 9º Congresso Nacional de Iniciação Científica Nacional/CONIC.

1. Do Direito Civil Oitocentista à Constitucionalização do Direito Civil no Brasil

As codificações datadas a partir do século XVIII, dentre as quais estão inseridas o Código Napoleão e o Código Beviláqua (Código Civil de 1916), representam ordenamentos jurídicos altamente influenciados pelos ideais liberais da Revolução Francesa, que acabaram por se atentar demasiadamente com os interesses *individuais* da pessoa humana, até como consequência do momento histórico vivenciado.¹

Desencadeou-se com isso, uma visão individualista do direito privado que tratava a pessoa como sujeito singular, livre e igual, sem vínculos sociais e dona de si mesma.²

Por isso, pressupunha-se, erroneamente, que todos eram iguais (*igualdade formal*), assegurando-se excessivamente, por exemplo, o direito de propriedade e de liberdade para contratar, quando, entretanto, no mais das vezes muitos sequer detinham bens para exercer o primeiro direito sob comento e, ainda, que a desigualdade *material* entre as partes contratantes, simplesmente tolhia a autonomia da vontade, mistificando uma falsa liberdade.³

¹ Trata-se do momento histórico de derrocado do sistema absolutista e feudal em que surge uma nova classe dominante, a burguesia que se ampara cegamente no liberalismo econômico e no capitalismo, repudiando a interferência do Estado na vida do cidadão, a ponto de primar absolutamente pelos direitos individuais da pessoa humana, o que transparece nas ordenações jurídicas daquela época.

² AMARAL, Francisco. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 7. ed., p. 156.

³ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 3. ed., p. 2: “O Código Civil de 1916, bem se sabe, é fruto da doutrina individualista e voluntarista que, consagrada pelo Código de Napoleão e incorporada pelas codificações posteriores, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu o nosso primeiro Código Civil. Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo. O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e

Era o auge dos códigos *oitocentistas*, que afastavam do centro da análise jurídica a pessoa humana,⁴ centralizando os aspectos de ordem patrimonial, fruto do liberalismo clássico, maior expressão do pensamento burguês daquela época.

Nesse sentido, importante observar que as codificações oitocentistas foram o ápice daquele momento *iluminado*, pois o que se pretendia com a sistematização do direito privado era assegurar justamente aquela ideologia vencedora.⁵

Imperava com isto o verdadeiro formalismo jurídico, adotando-se uma tipologia fechada, passando-se muito longe das atuais cláusulas gerais abertas, bem como de um ordenamento em que prevalecesse uma ordem principiológica. Ao revés, reinavam as típicas normas-regras em que a escola da exegese triunfava.

Não foi a toa que receberam a denominação de Constituições do Direito Civil, já que representava uma espécie de ordenamento supremo que regulara, até certo momento, *soberanamente* o direito privado.

Mostrava-se, aliás, aquela altura clara a dicotomia existente entre o Direito Público e Privado, vez que o último era autossuficiente para aquela época, expressando, como dito, todos os valores da ideologia individualista predominante, tornando-o impermeável a

personalidade, sem restrições ou entraves legais, Eis aí a filosofia do século XIX que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código de 1916.”

⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4: “De fato, a codificação brasileira de 1916 destaca cerca de dois terços de seus dispositivos para regular questões de ordem patrimonial, dando-lhes maior destaque e preferindo a opção burguesa característica da época em que foi concebida.”

⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 3. ed., p. 3: “Essa espécie de papel constitucional do Código Civil e a crença do individualismo como verdadeira religião marca as codificações do século XIX e, portanto o nosso Código Civil de 1916, fruto de uma época que Stefan Zweig, em síntese feliz, designaria como “o mundo da segurança”. Segurança – é de se sublinhar – não no sentido dos resultados que a atividade privada alcançaria, senão quanto à disciplina banalizadora dos negócios, quanto às regras do jogo. Ao direito civil cumpriria garantir à atividade privada, e em particular ao sujeito de direito, a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas suas relações econômicas.”

qualquer conotação pública que pudesse inserir o sujeito de direitos em um contexto social, sob pena de se contrapor a apontada idéia de singularidade.

Enquanto que o Direito Público, ao regular as relações jurídicas entre indivíduo e Estado, o fazia de tal maneira que adentrava sobre questões de ordem coletiva, como eram, por exemplo, as questões de ordem econômica, revelando mesmo que de forma tímida uma conotação social do Direito.

Por isso, os valores estabelecidos nas Cartas Constitucionais daquela época em nada impregnavam nas relações jurídicas privadas, pois caso contrário afrontar-se-ia a tão almejada estabilidade das relações jurídicas, o que era representado pelo seu grau de certeza imune a qualquer conotação coletiva ou institucional.⁶

Ocorre que, a história⁷ e os reclamos da sociedade acabaram por evidenciar que se fazia necessário modificar esta filosofia individualista, pois, como dito, não concretizavam a igualdade material, a qual, vale dizer, deriva dos próprios ideais da Revolução Francesa, quais sejam, a igualdade e a fraternidade.

Dá-se o começo, assim, da transição do Estado liberal, do Estado capitalista colonial, do Estado burguês, em que se fundavam os ordenamentos *oitocentistas* para o Estado Social do Direito.⁸

Seguindo esta linha, o Direito Civil também iniciou uma fase transitória que, como bem denominado por Ricardo Luis Lorenzetti,⁹ vai do *subjetivismo* ao Direito

Civil *Institucional* que visa “um esforço de otimização adjudicando de modo mais satisfatório possível a maior quantidade de pessoas em forma igualitária”.¹⁰

Este esforço resultou o fenômeno da descodificação¹¹ que consistiu na atuação incessante do legislador ordinário, a fim de que existissem normas aptas para concretizar a nova ideologia de despatrimonialização¹² do Direito Civil, porque, como dito, a tipologia fechada (*estabilidade*) das ordenações *oitocentistas* não permitia tal prática.

Outrossim, a sociedade deparava-se com fatos jurídicos que não encontravam previsão legal, ante as modificações sociais e econômicas (*fattispecie*), fazendo-se necessárias novas leis, para novas situações jurídicas.¹³

Nessa mesma toada, percebe-se que o Estado começa a intervir nas relações jurídicas privadas (*Estado Social de Direito*). Surge o dirigismo contratual; leis especiais que regulam todo um instituto anteriormente abordado pelo Código Civil, mas que lhes emprestam uma conotação diferente, algo, como já mencionado, de cunho institucional, pois se adéqua melhor às profundas modificações socioeconômicas,¹⁴ o campo da

¹⁰ LORENZETTI. Ob. cit. P. 81

¹¹ TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit. p. 4: “O Estado legislador movimenta-se então mediante leis extracodificadas, atendendo às demandas contingentes e conjunturais, no intuito de reequilibrar o quadro social delineando pela consolidação de novas castas econômicas, que se formavam na ordem liberal e que reproduziam em certa medida, as situações de iniquidade que, justamente, o ideário da Revolução Francesa visava debelar.

¹² LISBOA, Roberto Senise. Ob. cit. p. 11: “Há uma despatrimonialização do direito privado, colocando-se a proteção da pessoa no centro da análise jurídica. Não que o direito privado deixe de tratar do elemento objetivo da relação. Não há relação jurídica sem objeto, ainda que incorpóreo. O patrimônio continua tendo importância, porém não pode infirmar a dignidade da pessoa humana”

¹³ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008, p. 202. “Os códigos oitocentistas, como sistemas rígidos e fechados, impermeáveis às modificações econômicas e sociais, não têm mais lugar na sociedade hodierna.”

¹⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 46: “E, por isso, as tentativas de recodificação foram substituídas por reformas gerais,

⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Org. Luís Barrosa. Renovar: Rio de Janeiro, 2006, p. 129.

⁷ A Revolução Industrial um dos pilares do liberalismo clássico é a melhor amostra da desigualdade social que se refletia nas relações jurídicas privadas, como era do empregador com o empregado, quando este se submetia às condições sub-humanas, a fim de adquirir os recursos financeiros necessários para sua sobrevivência; mais uma vez estampa-se, destarte, a falsa igualdade e a autonomia da vontade.

⁸ Paulo Bonavides trata bem desta evolução em sua obra: **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Malheiros: São Paulo, 2004.

⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamento do Direito Privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. Revista dos Tribunais: São Paulo, p. 83/84.

responsabilidade civil agora dá vias de uma justiça distributiva, o mesmo não se funda mais no sistema absoluto da culpa, ganha espaço a *responsabilidade objetiva*.

Tais aspectos são amostras de que o Direito Civil sofre uma evolução, que vai de uma visão patrimonialista a uma ótica voltada para a dignidade da pessoa humana, expressada timidamente pela busca de uma igualdade material entre os sujeitos de direito.

Pois bem. Ocorre que, com o inchaço das referidas legislações emergenciais, na busca desesperada pela despatrimonialização do Direito Civil, instaurou-se a era dos microssistemas, a era dos estatutos, em que o Código Civil perde a sua qualidade de Constituição do Direito Privado.

Agora no universo jurídico¹⁵ privado coexistem com o Código Civil e de Processo Civil leis especiais¹⁶ que subtraem dele

porém localizadas e paulatinas. Entre nós, o mesmo fenômeno sucedeu, pois o Código Civil de 1916 (ou melhor, o que sobrou dele) sofreu inúmeras modificações com a entrada em vigor de leis específicas sobre matérias por ele até então determinadas. A pseudo-igualdade e a liberdade formal existente entre as partes e tão decantada pelo liberalismo clássico, embora inspiradoras do sistema, acabaram por soçobrar diante das alterações socioeconômicas que obstaculizaram o conservadorismo e o estaticismo impregnado nas codificações”.

¹⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. cit. p. 45: “A explosão do Código produziu um fracionamento da ordem jurídica, semelhante ao sistema planetário. Criam-se microssistemas jurídicos que, da mesma forma como os planetas, giram com autonomia própria, sua vida é independente; o Código é como o sol, ilumina-os, colabora em suas vidas, mas já não incide diretamente sobre eles. Pode-se, também referir a famosa imagem empregada por Wittgenstein aplicada ao Direito, segundo o qual, o Código é o centro antigo da cidade, a que se acrescentam novos subúrbios, com seus próprios centros e características de bairro. Poucos são os que se visitam uns aos outros; vai-se ao centro de quando em quando para contemplar relíquias históricas.”

¹⁶ Exemplificativamente pode-se citar: o Dec. 2.681 de 1912 – responsabilidade civil das estradas de ferro; o Dec. lei 1.027 de 1939 – compra e venda com reserva de domínio; o Dec. lei 3.365 de 1941 – desapropriação por utilidade pública; a Lei 4.132 de 1962 – desapropriação por interesse social; a Lei 4.591 de 1964 - o condomínio predial e a incorporação imobiliária; a Lei 6.453 de 1977 – responsabilidade civil por danos nucleares; a Lei 6.515 de 1977 – separação e divórcio; a Lei 6.938 de 1981 – responsabilidade civil por danos ambientais; a Lei 8.009 de 1990 – impenhorabilidade do bem de família; a Lei 8.069 de 1990 – proteção da criança e do adolescente; a Lei 8.078 de 1990 – relações jurídicas de

determinados institutos, regulando-os integralmente, inclusive prevendo, até mesmo, regras de cunho material (*ex vi*: o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90 –, a Lei de Locações – Lei nº 8.245/91).

Desta forma, já não existe aquela unidade, aquela estabilidade das relações jurídicas privadas, pois, por vezes os estatutos ou microssistemas contradizem o Código Civil, restando este, portanto, fragmentado.¹⁷

Neste contexto, torna-se necessário integrar todo o ordenamento jurídico, empregando-lhe coerência, isto é, unidade, que é uma qualidade intrínseca de qualquer sistema.

O caminho encontrado são as Constituições, pois se foram elas que acentuaram o próprio fenômeno da descodificação, ao estabelecer programaticamente certas “metas”, que instigaram a atividade do legislador ordinário, deve-se, assim, por ser de rigor, buscar no cerne desta causa as suas diretrizes fundamentais.

Por coincidência ou não o Direito Constitucional também sofreu relevantes modificações, as quais acabaram por, oportunamente, corroborar com a nova ideologia de despatrimonialização do Direito Civil, bem como por se apresentar como meio apto para a tão almejada unidade do sistema.

O ponto de partida desta transformação é o reconhecimento normativo das Constituições, não as visualizando mais apenas como uma carta política direcionada ao

consumo; a Lei 8.971 de 1994 – direito dos companheiros à alimentos e à sucessão; a Lei 9.263 de 1996 – planejamento familiar; a Lei 9.307 de 1996 – arbitragem; a Lei 9.610 de 1998 – direitos autorais

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil**. Renovar: Rio de Janeiro, 2001, p. 4: “Esse longo percurso histórico, cujo itinerário não poderia palmilhar, caracteriza o que se convencionou chamar de processo de descodificação do direito civil, com o deslocamento do centro de gravidade do direito privado, do Código Civil, antes um corpo monolítico, por isso mesmo chamado de monossistema, para uma realidade fragmentada pela pluralidade de estatutos autônomos (...) Todas essas circunstâncias, ao corroborarem, definitivamente, o ocaso da chamada era da segurança, própria do século passado, indicam tempos marcados por um equilíbrio assaz delicado de fontes normativas; e pela necessidade, daí decorrente, de fornecer aos operadores jurídicos novos parâmetros interpretativos.”

legislador, o qual por sua atuação é que efetivava as normas programáticas constitucionais.

Isto se deu precipuamente a partir do momento que as Constituições começaram a açambarcar sobre matérias e institutos que antes eram estranhos ao Direito Constitucional, o que adveio após a 2ª guerra Mundial, com as constituições rígidas, que asseguravam em seu corpo os denominados direitos fundamentais que escapavam a sua aplicação sobre todo o ordenamento.

Logo, neste momento, de forma contumaz, as Constituições passaram a ter força normativa, pois dispunham sobre normas que não necessitavam mais da intervenção do legislador para ter eficácia ou validade no ordenamento, de tal modo que, tem-se com isso a eficácia direta e imediata das normas constitucionais.¹⁸

Trata-se do princípio, hoje tão difundido, da supremacia das Constituições, pelo qual esta “espargue sua força normativa em todos os segmentos do ordenamento jurídico”,¹⁹ “com vistas a atribuir eficácia ao texto maior”.²⁰

Veja, exemplificativamente, a Constituição Brasileira de 1988, que trata dos institutos da propriedade, da previsão expressa da indenização por danos morais, da estrutura familiar; assuntos esses que eram tão somente abordados pelo Direito Civil e que, uma vez elencados em nossa lei maior, passou a obrigar que todo o ordenamento se adequasse às suas previsões.

Aliás, é com o advento da nossa Constituição atual que no Brasil reconhece-se a força normativa da Constituição, o que muito antes já era objeto de análise no Direito Comparado.²¹

¹⁸ Atualmente tem-se muito discutido quais seriam os limites da aplicação direta e imediata das normas constitucionais, notadamente os direitos fundamentais em sede das relações privadas, o que é abordado com grande tecnicidade na obra coordenada pelo professor Luís Roberto Barroso. **A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

¹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 54

²⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. P. 56

²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo**. Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. p. 22-23. Expressa que sobreveio à 2ª. Guerra

A constituição de 1988 traz para ela o centro da análise jurídica, irradiando suas normas e valores axiológicos sobre todo o sistema jurídico, confirmando sua supremacia material e não apenas formal.

Trata-se do que foi denominado pela doutrina de Neoconstitucionalismo, pelo qual todo o ordenamento jurídico deve obediência à Constituição, sendo esta o vetor de aplicação da ciência jurídica, isto é, a base hermenêutica para aplicação de qualquer norma-regra ou norma-princípio.²²

Neste contexto, tornou-se imprescindível que o Direito Civil seja aplicado à luz da legalidade constitucional, pois só assim será alcançada a unidade do ordenamento, conforme ensinou com pioneirismo Pietro Perlingieri.²³

Mundial, nos países como Alemanha, Itália, Portugal e Espanha o reconhecimento da força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório das Constituições. Enquanto que o debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências, pois padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Foi assim, apenas com o advento da Constituição de 1988 que as normas constitucionais tiveram aplicabilidade direta e imediata, observando o seu mérito elevado de romper com uma posição mais retrógrada.

²² BARROSO, Luis. **A constitucionalização do Direito e o Direito Civil**. In *Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Org. TEPEDINO, Gustavo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 254: “Em suma: A Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia forma e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.”

²³ PERLINGIERI, Pietro. **Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 205: “O caráter fundamental se identifica por meio da constitucionalidade: os princípios constitucionais, explicitamente expressos ou declarados mediante referências explícitas, são os fundamentos de um sistema concebido hierarquicamente. De forma que, se caráter axiológico e racionalidade constituem as características comuns da Constituição e do ordenamento jurídico, a componente racional-normativa. A unidade do ordenamento não permite a sua separação da Constituição, nem mesmo a sua implícita submissão à normatividade. A interpretação lógica, axiológica e sistemática é um dado que diz respeito a todo o ordenamento. A normatividade constitui seu caráter fundamental da juridicidade e não somente o dever-ser, mas também o dever-fazer está

Sobretudo, quando se tem vista o atual Código Civil Brasileiro, que ao utilizar-se das cláusulas gerais,²⁴ elencando conceitos jurídicos indeterminados, proporciona à atividade jurisdicional grande discricionariedade, uma vez que não estará limitada à pura exegese de norma-regra, o que poderia ensejar inúmeras disparidades em sua aplicação, se prevalecesse o subjetivismo do magistrado em detrimento dos valores estampados pela constituição, os quais devem preencher os referidos conceitos “vagos”.²⁵

Nessa senda, oportuno observar que, o novo Código Civil não revogou as leis emergenciais oriundas do mencionado fenômeno da descodificação, pois ainda assim tal legislação especial derroga, na maioria das vezes, as normas gerais da nova codificação civil.

Portanto, a constitucionalização do Direito Civil serve também para dar unidade ao Direito Civil fragmentado oriundo do apontado fenômeno da descodificação.

Por isso, faz-se de rigor que na interpretação e na aplicação do Direito Civil seja concretizada a tábua axiológica da nossa Lei Maior, notadamente os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil estampados no primeiro título da Constituição de 1988.

presente na Constituição, como em todas as outras regras que compõem o ordenamento.”

²⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Contratos no código civil**. Apontamentos Gerais. Ives Gandra da Silva (coord). O Novo Código Civil. Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: LTR. p. 408: “são normas orientadoras sob a forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir. As cláusulas gerais são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz”.

²⁵ TEPEDINO, Gustavo. A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional. P. 25: “Há que se ler atentamente o Código Civil de 2002 na perspectiva civil-constitucional, para se atribuir não só as cláusulas gerais, aqui realçadas por sua extraordinária importância no sistema, mas a todo o corpo codificado um significado coerente com a tábua de valores do ordenamento, que pretende transformar efetivamente a realidade a partir das relações jurídicas privadas, segundo os ditames da solidariedade e justiça social.”

Assim é que a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal) e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal) devem ser premissas do Direito Civil atual, acabando por fulminar a sua visão patrimonialista e individualista.

Destarte, a constitucionalização do Direito Civil confirma a sua despatrimonialização, pois agora é a dignidade da pessoa humana que passa a ser o centro da análise jurídica, de modo que, quando da aplicação dos direitos subjetivos, sempre que possível deve-se promover a justiça social e a construção de uma sociedade solidária, repudiando-se o individualismo.²⁶

Mas, de que modo a Responsabilidade Civil pode garantir a dignidade da pessoa humana? Como o instituto da indenização concretizará a justiça social? É possível na fixação do dano moral promover os apontados princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, construindo uma sociedade justa e solidária? Deve prevalecer algum critério quantificador das indenizações por danos morais para tanto? A fixação do dano moral na perspectiva constitucional é premissa para ratificar a nova ótica de despatrimonialização do Direito Civil?

As respostas à tais indagações são o objeto do presente trabalho, mas antes de respondê-las, vale tecer breves considerações sobre a fixação da indenização por danos morais, abstendo-se, entretanto, de conceituá-lo por escapar ao objeto da metodologia proposta, para, por fim, concluirmos a respeito da fixação do dano moral na perspectiva constitucional.

²⁶ LÔBO, Paulo. **A constitucionalização do Direito Civil**. In *Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Org. TEPEDINO, Gustavo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 20: “Os civilistas, finalmente, conheceram a Constituição. Perceberam que a elevação dos fundamentos do direito civil ao *status* constitucional foi uma deliberada escolha axiológica da sociedade, indispensável para a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito e da conseqüente promoção da justiça social e da solidariedade, incompatíveis com o modelo liberal anterior de distanciamento jurídico de interesses privados e valorização do individualismo”

2. A Fixação das Indenizações por Danos Extrapatrimoniais

O ordenamento civil brasileiro não regulamentou os critérios da fixação do dano moral e, diante dessa falta, a doutrina dividiu-se em inúmeras correntes elencando critérios e funções diversas para o arbitramento da condenação.

Em um primeiro momento, os tribunais utilizaram os critérios estabelecidos pelo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62); este trazia parâmetros para a fixação do dano moral, devendo ser fixado entre cinco e cem salários mínimos, a depender das circunstâncias e até mesmo do grau de culpabilidade do agente.

Após a sua revogação, passou-se a utilizar a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), que trazia o *teto* de indenização de duzentos salários mínimos, superior ao Código Brasileiro de Telecomunicações.

Por muito tempo esses tetos nortearam o arbitramento das indenizações em geral, mas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, esses parâmetros não puderam ser mais utilizados, já que não fora previsto um *tabelamento* para a fixação das indenizações por danos morais.

Muito embora não haja um tabelamento, algumas recomendações presentes na antiga Lei de Imprensa ainda são utilizadas pelos magistrados na generalidade dos casos, fixando-se o dano moral com base na situação econômica do lesado, a intensidade do sofrimento, o grau de culpa, a situação econômica do ofensor; a gravidade e a repercussão da ofensa e, por fim, as circunstâncias que envolveram os fatos.

Além de divergir quanto aos critérios de fixação do dano moral, a doutrina também se posicionou de maneira diversa quanto à função da condenação; a **teoria da função compensatória**, adotada por Humberto Theodoro Junior, preceitua que não deve existir um caráter punitivo na fixação da reparação,²⁷ o caráter punitivo é exclusivo do

Estado que atuaria somente na esfera da responsabilidade penal.

Esta teoria defende o distanciamento entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil; a responsabilidade penal teria por objetivo punir o infrator, enquanto que responsabilidade civil visaria, tão somente, ressarcir a vítima do evento danoso.

Como reforço a essa tese, cita-se a Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso XXXIX, concluindo que as penas só podem ser aplicadas com prévia cominação legal. Além disso, a citada corrente doutrinária baseia-se no argumento de que função punitiva esbarraria no *non bis in idem*; se a condenação civil possuísse caráter punitivo estar-se-ia aplicando duas vezes uma pena, uma na esfera civil e outra na esfera penal.

A responsabilidade civil, então, não teria caráter de vingança ou de punição, mas, apenas de reparação, com o objetivo, tão somente, de reparar as perdas e danos.

Por outro lado, dissonante de desiderato único compensatório das indenizações por danos morais, há a **teoria do caráter dúplice da indenização**.

Caio Mário da Silva Pereira, posicionou-se a favor de um caráter punitivo e de um caráter ressarcitório para a condenação.²⁸

Caráter punitivo, pois o causador do dano deve ser “castigado” pela ofensa que praticou e caráter ressarcitório para a vítima, que receberá através da condenação uma soma que proporcione prazeres como contrapartida ao dano sofrido, daí se dizer que a indenização apenas compensa o dano extrapatrimonial.

Vale ressaltar o posicionamento de Sérgio Severo,²⁹ ao dizer que, essa teoria faz

privada, esta é essencialmente de ordem pública” **Dano Moral**, 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

²⁸ “o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: “caráter punitivo” para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o “caráter ressarcitório” para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido” **Responsabilidade civil**. Edição Eletrônica, Rio: Forense, 2001.

²⁹ “a teoria da dupla natureza (satisfação-prevenção) ganha em todos os aspectos (pois), abre o compasso e permite que os danos extrapatrimoniais encontrem um tratamento jurídico mais adequado.” **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.205.

²⁷ “ nada mais equivocado e distanciado do sistema constitucional pátrio. Entre nós, a responsabilidade civil não pode confundir-se com a responsabilidade penal, porque enquanto aquela é estritamente de ordem

uma junção das teorias punitivas e reparatórias, o que permitiria que os danos extrapatrimoniais recebessem um tratamento jurídico mais adequado.

Há ainda entendimentos a favor da **função exemplar e desestimulante da sentença**, tendo sido estes fundamentados na *exemplary damages*,³⁰ cuja origem remonta ao direito norte-americano.

Esse entendimento norte-americano baseia-se na teoria da *punitive damages*, consistindo na soma em dinheiro conferida ao autor, com valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista não somente a reparação, mas sim a dupla finalidade da punição.

O ofensor recebe, portanto, uma pena exemplar, servindo como parâmetro para a sociedade.

Carlos Alberto Bittar,³¹ defensor da técnica do valor do desestímulo, trata este como um meio inibitório à novas práticas lesivas.³² Trata-se, pois, de um valor exemplar que, atingindo o patrimônio do lesante, faz com que este se conscientize e não persista na conduta reprimida. Além disso, deixa para a coletividade um exemplo expressivo da reação jurídica imposta aos infratores.

Consubstancia-se, assim, no ponto de equilíbrio entre o caráter punitivo e ressarcitório do dano moral, protegendo a

³⁰ “consiste na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição” COSTA, Judith Martins e PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva (*Punitive damages* e o Direito Brasileiro)**, p. 16.

³¹ “a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo” Ob. Cit., p.220.

³² “fixação de valor de desestímulo como fator de inibição a novas práticas lesivas. Trata-se, portanto, de valor que, sentido no patrimônio do lesante, possa fazê-lo conscientizar-se de que não deve persistir na conduta reprimida ou, então, deve afastar-se da vereda indevida por ele assumida. De outra parte, deixa-se, para a coletividade, exemplo expressivo da reação que a ordem jurídica reserva para infratores nesse campo e em elemento que, em nosso tempo, tem-se mostrado muito sensível para as pessoas, ou seja, o respectivo acervo patrimonial.” **Reparação civil por danos morais**, p. 280.

vítima e, por outro lado, aplicando ao ofensor uma pena exemplar para que este reflita sobre sua conduta e, sobremaneira, nela não persista.

Posteriormente, é o momento de fixar o *quantum* indenizatório.

No ordenamento jurídico brasileiro não há a previsão de uma *tarifação* que sirva de critério para que seja pré-fixado o *quantum* das indenizações.

Carlos Roberto Gonçalves traz a seguinte crítica a esse critério:

o inconveniente desse critério é que, conhecendo antecipadamente o valor a ser pago, as pessoas podem avaliar as conseqüências da prática do ato ilícito e confrontá-las com as vantagens que, em contrapartida, poderão obter, como no caso do dano à imagem, e concluir que vale a pena, no caso, infringir a lei.³³

No entanto, predomina no ordenamento jurídico brasileiro o critério do *arbitramento* pelo juiz, cabendo a ao magistrado a fixação do *quantum* indenizatório³⁴.

A doutrina elenca critérios que devem ser tidos como base para o magistrado na fixação do *quantum* indenizatório.

Humberto Theodoro Junior elenca como critério de fixação, o nível econômico do ofensor e do ofendido.

Esses relevantes dados são utilizados para se aproximar de um arbitramento prudente e equitativo. Visa-se não apenas ressarcir a vítima, mas, também, não impor ao ofensor uma quantia que ultrapasse sua condição econômica e cause a este um problema ainda maior.³⁵

³³ Ob. Cit. p.379.

³⁴ Vale ressaltar o sábio posicionamento do professor Jorge S. Fujita ao dizer que “a estipulação da quantia a ser objeto de indenização pecuniária competirá ao magistrado, dentro do seu bom senso e critério” e ainda, “se não houver uma forma legal para a reparação, poderá o juiz nomear exame pericial, a fim de que se apure o *quantum*”. **Responsabilidade Civil**. Apostilas do curso de pós graduação da UniFMU, São Paulo:2002.

³⁵ “não se deve impor uma indenização que ultrapasse, evidentemente, a capacidade econômica do agente, levando-o à ruína. Se a função da reparação do dano moral é o restabelecimento do “equilíbrio na relações privadas”, a meta não seria alcançada, quando a

Ao passo que, Carlos Roberto Gonçalves além de elencar a situação patrimonial das partes como critério de fixação, traz também outros, como as circunstâncias do caso, a gravidade do dano e a ideia de sancionamento ao lesado, aproximando-se da ideia de sanção ao lesado, que está presente na doutrina norte-americana do *punitive damages*.

O doutrinador traz, outrossim, uma segunda ideia:

(...) deve-se considerar como agravante o proveito obtido pelo lesante com a prática do ato ilícito. A ausência de eventual vantagem, porém, não o isenta da obrigação de reparar o dano causado ao ofendido. Aduza-se que notoriedade e fama deste constituem fator relevante na determinação da reparação, em razão da maior repercussão do dano moral, influenciando na exacerbação do quantum da indenização.³⁶

O maior defensor da técnica do desestímulo, Carlos Alberto Bittar, também trata do tema ao lecionar que “parece-nos de bom alvitre analisar, primeiro, a) a repercussão na esfera do lesado, depois, b) o potencial econômico social do lesante e c) as circunstâncias do caso, para finalmente se definir o valor da indenização, alcançando-se, assim, os resultados próprios: a compensação a um e sancionamento a outro.”³⁷

Ainda, observa-se que, Maria Helena Diniz propõe algumas regras a serem seguidas pelo magistrado a fim de atingir a homogeneidade pecuniária na fixação do dano moral, sendo elas:

a) evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa, ilícito ou injusto a vítima. A indenização não poderá ter valor superior ao dano, nem deverá subordinar-se à situação de penúria do lesado; nem poderá conceder a vítima rica uma indenização inferior ao prejuízo sofrido, alegando que sua fortuna

permitiria suportar o excedente do menoscabo;

b) não aceitar tarifação, porque esta requer despersonalização e desumanização, e evitar porcentagem do dano patrimonial;

c) diferenciar o montante indenizatório segundo a gravidade, a extensão e a natureza da lesão;

d) verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas;

e) atentar às peculiaridades do caso e ao caráter anti-social da conduta lesiva;

f) averiguar não só os benefícios obtidos pelo lesante com o ilícito, mas também a sua atitude ulterior e situação econômica;

g) apurar o real valor do prejuízo sofrido pela vítima;

h) levar em conta o contexto econômico do país. No Brasil não haverá lugar para fixação de indenizações de grande porte, como as vistas nos Estados Unidos;

i) verificar a intensidade do dolo ou o grau de culpa do lesante;

j) basear-se em prova firme e convincente do dano;

k) analisar a pessoa do lesado, considerando a intensidade de seu sofrimento, seus princípios religiosos, sua posição social ou política, sua condição profissional e seu grau de educação e cultura;

l) procurar a harmonização das reparações em casos semelhantes;

m) aplicar o critério do *justum* ante as circunstâncias particulares do caso sub judice (LICC, art. 5º), buscando sempre, com cautela e prudência objetiva, a equidade³⁸.

Elencadas, portanto, algumas das teorias doutrinárias para a fixação dos danos extrapatrimoniais, agora, passa-se a discorrer sobre a prevalência do caráter desestimulatório e exemplar da condenação, objeto central do presente trabalho.

reparação desse consolo espiritual à vítima fosse à custa da desgraça imposta ao agente.” Ob. Cit. p. 40.

³⁶ Ob. Cit. p. 380.

³⁷ Ob. Cit. p. 284.

³⁸ **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 1984 e 2002, p. 266 e 267, respectivamente.

3. Da Prevalência do Caráter Desestimulatório e Exemplar: Premissa que se Faz Necessária para a Fixação do Dano Moral na Perspectiva Constitucional

Discorreu-se ao longo do capítulo primeiro sobre o que atualmente ganhou corpo na doutrina civilista, que é a Constitucionalização do Direito Civil, enumerando-se ao final algumas questões de como seria possível o instituto da indenização por danos morais concretizar referido fenômeno.

Ao longo do segundo capítulo teceram-se, de maneira breve, considerações sobre a fixação e a função da indenização por dano moral, para agora fundir-se o raciocínio expressado ao logo dos mencionados capítulos.

Pois bem, de plano deve-se atentar para o fato de que a jurisprudência brasileira majoritariamente tem colocado em pé de igualdade os critérios quantificadores do dano moral, notadamente o princípio do enriquecimento sem causa e o caráter desestimulatório.

Tais critérios confrontam-se à medida que a indenização não pode ser fixada em valores mais elevados, cumprindo a sua função de desestímulo frente ao agente causador, sob a fundamentação de que se enriqueceria sem causa a vítima.

Isto, no mais das vezes, portanto, acaba por ensejar indenizações irrisórias frente ao agente causador do evento danoso, o que pode ser extraído em uma pesquisa supérflua nos tribunais brasileiros, nas ações que envolvem companhias de convênio médico, instituições financeiras, bem como outros inúmeros casos nos quais aquele que praticou o ato ilícito tem uma condição econômica exorbitante.

Ao observarem-se tais casos há a certeza de que a indenização não observou a sua função de exemplaridade e muito menos de desestímulo, continuando a sociedade refém daquele que transgrediu a ordem jurídica.

Verifica-se, com maior clareza o desdém do agente causador, no caso das pessoas jurídicas prestadoras de serviços, pois talvez haja para elas um melhor custo benefício em se submeter às condenações irrisórias do que

se reestruturar completamente, a fim de prestar serviços que não proporcionem risco à sociedade; é o que se denominou de *análise econômica do ilícito*.

Isto fica evidenciado pela existência de milhares de ações indenizatórias promovidas em face destes grandes prestadores de serviços, as quais abarrotam nosso sistema judiciário.

Assim, pela apontada casuística resta completamente tolhido o caráter desestimulatório, e aí surgem algumas indagações, tais como: será que o instituto da indenização não estaria cumprindo uma das funções precípua do Direito que é justamente a pacificação social e, por conseguinte, não estaria concretizando a dignidade humana da sociedade, de modo a acabar, por via oblíqua, a convir com o transgressor da ordem jurídica?

Sem dúvida o perfil atual da responsabilidade civil está aquém de concretizar que na República Federativa do Brasil os jurisdicionados primem pelo respeito absoluto à dignidade da pessoa humana de seus iguais.

Seria a hora de repensar a forma de aplicação dos critérios quantificadores da indenização por dano moral? Seria o momento de primar por um papel de maior prevenção e, por conseqüência, de uma maior conotação social, e não apenas individual?

De fato, quando se pensa na constitucionalização do direito civil, sem sombra de dúvidas a Responsabilidade Civil deve-se afastar de sua ótica tradicional, que se baseava exclusivamente na tutela do direito de propriedade e dos demais direito subjetivos patrimoniais, para ter uma finalidade maior, que abranja toda sociedade, observando os princípios da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana, os quais modificam decisivamente o sistema do dever de indenizar.³⁹

³⁹ DE MORAES, Maria de Celina de Bodin. **Perspectivas a partir do direito civil-constitucional**. In Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional. Org. TEPEDINO, Gustavo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 33: “A constitucionalização do direito civil explica esta transformação: princípios que normalmente era alheio ao surgimento da obrigação de indenizar foram incorporados à definição do regime da reparação civil. Se a responsabilidade civil tradicional se baseava

Sob este prisma ganha corpo a função do desestímulo das indenizações, pois, estar-se-ia assegurando o “patrimônio extrapatrimonial” de toda sociedade, em razão das indenizações cumprirem um papel de maior prevenção, o que alcança, vale dizer, toda coletividade e não apenas o indivíduo lesado.

Neste mesmo sentido é a outra face da moeda,⁴⁰ qual seja, o caráter exemplar das indenizações que também detém sua função, digamos social, à medida que demonstra para toda a sociedade a repressão que cairá sobre o ofensor que transgrediu a ordem jurídica.

Percebe-se que, afasta-se da visão fechada individualista das codificações oitocentistas, podendo até se falar na concretização de uma justiça social, já que a indenização cumprindo a sua função de desestímulo alcança uma justiça para a sociedade como um todo.

Neste diapasão, por via reflexa, constrói-se uma sociedade justa e solidária, pois por mais que a indenização, com dito, esteja ligada a um direito subjetivo clássico, será meio apto e adequado a abranger a dignidade da pessoa humana de forma difusa.

Por isso, rejeita-se apenas o caráter simplista compensatório das indenizações, que é a finalidade tradicional do perfil do ressarcimento do dano, almejando atribuir à responsabilidade civil a incumbência do desenvolvimento pleno dos direitos da personalidade da sociedade, o que passa de forma imprescindível por seu escopo de prevenção.⁴¹

exclusivamente na tutela do direito de propriedade e dos demais direitos subjetivos patrimoniais, hoje a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a justiça distributiva modificaram decisivamente a sistemática do dever de ressarcir.”

⁴⁰ A função exemplar e o caráter desestimulatório caminham juntos, pois um deve refletir na sociedade e o outro no ofensor, uma vez que de nada adiantaria desestimular o transgressor da norma se para a sociedade não surtisse o mesmo efeito educativo. O fator do desestímulo é imediato, já o caráter exemplar visa a posteridade e a preservação de um todo social. São, portanto, as faces de uma mesma moeda, ligados para complementar suas respectivas funções, visando sempre o bem social.

⁴¹ PERLINGIERI, Pietro. **Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 767: “Logo não é correto negar tutela jurídica, ainda que na fase patológica, a tais situações enquanto não representariam direitos ou

O próprio critério do enriquecimento sem causa está ligado a uma visão patrimonialista do direito civil em que primeiro se observam os efeitos relativos à ordem patrimonial, ao invés de observar os efeitos erigidos sobre a pessoa humana, ora sujeito de direitos, quiçá à coletividade ou a sociedade.

Assim, o óbice às indenizações mais elevadas está consubstanciado por uma visão, diga-se, simplista que se preocupa com as complicações patrimoniais, bem como nos efeitos produzidos, tão somente, entre as partes que polarizam o evento danoso.

Por isso, a prevalência do caráter exemplar-desestimulatório das indenizações deve prevalecer relativamente aos outros critérios fixadores da indenização por dano moral, especificamente o do enriquecimento sem causa, pois é com esta iniciativa que será concretizada uma sociedade pautada pela observância da dignidade da pessoa humana em que se busca, acima de tudo, quando da aplicação das indenizações, garantir o desenvolvimento pleno da sociedade, e não apenas preocupar-se com a ordem individual do lesado e com os aspectos patrimoniais da indenização, o que, por fim, ratifica a despatrimonialização e o *status* social do Direito Civil.

Não é por outra razão que Pietro Perilingieri elenca a tutela da pessoa humana como um princípio de ordem pública, razão pela qual

na hipótese de violação das situações que dizem respeito à pessoa, por parte de terceiro ou da coletividade, o titular não pode ser considerado livre, em via arbitrária ou exclusiva, de exercer meios de tutela, ainda que sejam processuais. É importante não apenas o interesse titular, mas também de forma paralela e por vezes conflitual, um interesse à realização da pessoa. De tal forma se explica este interesse no terceiro, por vezes um ofício público ou de direito civil, até

interesses substanciais. A Tutela da pessoa nem mesmo pode se esgotar no tradicional perfil do ressarcimento do dano. Assume consistência a oportunidade de uma tutela preventiva: o ordenamento deve fazer de tudo para que o dano não se verifique e seja possível a realização efetiva das situações existenciais”

mesmo na hipótese de inércia do interessado.⁴²

É sem dúvida uma via de duas mãos, pela qual o interesse público não só prima pela proteção do indivíduo lesado, como também, quando do restabelecimento da ordem jurídica, busca ver erradicada nova hipótese de lesão à qualquer outra pessoa.

Assim, o caráter desestimulatório deve figurar em todas as indenizações por danos morais, sendo que a sua dosagem deve subsumir-se a alguns aspectos.

Deve-se, primeiramente, verificar em que medida merece ser reprovada a conduta transgressora da ordem jurídica, verificando-se se o agente agia com dolo, se houve culpa leve, levíssima, enfim, em qual grau o autor afrontou com mais reprovabilidade os direitos da personalidade da vítima, o que irá expressar sua possível reincidência para com outros jurisdicionados, para exigir-se, assim, uma maior contundência do caráter educativo da indenização.

Por conseguinte, deve-se lembrar que a indenização não pode levar à ruína o agente causador do evento danoso, sendo que sua condição socioeconômica determinará qual o *quantum* adequado a cumprir com o caráter desestimulatório, sem que para tanto torne-se inviável, por exemplo, no caso do empresário, o exercício de sua atividade profissional.

A quantificação da indenização encontra, portanto, limites que não deixam ser consubstanciados no princípio da solidariedade social, já que não se pode permitir que, ao mesmo tempo, a indenização de maneira teratológica cumpra seu papel para com a sociedade, deixando em margens de dificuldade o lesante.

Oportuno consignar que, a condição socioeconômica da vítima em nada pode influenciar na fixação da condenação pecuniária, pois os direitos da personalidade de uma pessoa mais abastada não são diferentes do de uma pessoa mais humilde.

Seria o mesmo que dizer que a dignidade de uma pessoa exigiria maior proteção do que a de outra, o que afrontaria indubitavelmente o

princípio da isonomia encartado em nossa Constituição.

Conclui-se, assim, que, os danos à imagem de uma pessoa famosa proporcionam o mesmo evento danoso à personalidade de uma pessoa “comum”.

Com o devido respeito, àqueles que utilizam de tal critério para a fixação do *quantum* indenizatório o fazem de tal maneira apenas pensando nos efeitos do evento danoso para com a vítima.

Neste aspecto convém ressaltar que, eventuais danos estéticos sofridos por uma famosa modelo são os mesmos sofridos por qualquer outra pessoa. Os direitos da personalidade de ambas foram afrontados de igual maneira, sendo indiscutivelmente o mesmo evento danoso de ordem moral.

Reconhece-se, entretanto, que a famosa modelo, por exemplo, não poderá mais exercer sua profissão, o que não ocorreria com qualquer outra pessoa que não necessitasse de sua aparência estética para o exercício de sua profissão.

Percebe-se que, nesta hipótese a problemática cinge-se ao instituto dos lucros cessantes ou do dano estético, sendo estes os institutos adequados para *reparar* o evento danoso suportado pela famosa modelo, o que, entretanto, não pode recair na órbita do dano moral, eis que, como dito, a dignidade da famosa modelo e de qualquer outra pessoa é a mesma, apesar de gerar para a primeira um prejuízo maior de ordem *patrimonial*, mas não *extrapatrimonial*, como visto.

Nessa mesma linha de raciocínio, seria incongruente considerar a condição socioeconômica da vítima como uma variável para a fixação de indenizações por danos morais, pois a dignidade da pessoa humana das pessoas menos abastadas é a mesma daquelas menos privilegiadas economicamente.⁴³

⁴² PERLINGIERI, Pietro. **Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 769-770.

⁴³ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 251-252: “Não se deve aceitar a orientação bem disseminada entre nós segundo o qual a *situação da vítima* deve ser também apreciada para os fins de indenização. Por esse critério: a vítima pobre teria menor indenização que a melhor situada economicamente; a vítima comum teria indenização menor que a vítima que se tratar de pessoa pública e notória; a deformidade física causada em mulher

Enfim estas são as premissas necessárias para a fixação adequada do caráter de exemplaridade-desestimulador das indenizações por danos morais, o que deve ser observado, sob pena a condenação pecuniária tornar-se ilógica no que toca aos valores expressados em nossa Constituição Federal.

4. Conclusão

Conclui-se que, a prevalência da função desestimuladora das indenizações por danos morais concretiza os valores constitucionais, corroborando para que a República Federativa do Brasil esteja fundada pelo respeito à dignidade da pessoa humana, bem como pela construção de uma sociedade justa e solidária, pois, tendo as indenizações um maior cunho preventivo, seus efeitos espargem por toda a sociedade, e não apenas na esfera do lesado, devendo-se tal aspecto indenizatório sobrepor-se aos demais, notadamente o do enriquecimento sem causa, a fim de que o instituto da responsabilidade civil norteie-se, primeiramente, pelo respeito à pessoa humana, e não sobre os efeitos patrimoniais advindos de indenizações elevadas que repercutem, tão somente, na esfera das partes que polarizam o evento danoso, sob pena de retornar-se à ideologia das codificações oitocentistas que se baseavam pelos aspectos patrimoniais e do individualismo.

extremamente feia levaria a indenização menor que aquela a ser concedida a mulher bonita; o menor teria indenização inferior ao maior de idade. Sobredito entendimento demonstra-se incoerente com o sentido dado pela pós-modernidade de buscar a *valorização da pessoa*, reconhecendo-se a sua dignidade indistintamente de critérios outros como: a fama, o bom nome, a aparência estética e a idade. Não há pessoa com maior ou menos personalidade jurídica. Esta não mensura apenas se constata. Os direitos da personalidade de uma pessoa não são mais importantes que os de outra. Indenizar com uma quantia superior pessoa que possui mais riqueza só porque ela conseguiu maior riqueza só porque ela conseguiu melhor projeção social ou econômica é absolutamente equivocado, desigual e ofensivo aos ideais da justiça social.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 7. ed.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo**. Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. IV. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamento do Direito Privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1998.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Contratos no código civil. Apontamento Gerais**. Ives Gandra da Silva (coord). O Novo Código Civil. Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: LTR.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**, Org. Luís Barrosa. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.
- PERLINGIERI, Pietro. **Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____, Gustavo. **Problemas de Direito Civil**. Renovar: Rio de Janeiro, 2001.
- _____, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

RESUMO

O presente artigo tem por escopo o estudo da legislação desportiva, focalizando desde o seu surgimento até os dias atuais.

Ao traçar a evolução de toda a legislação que traga do assunto, pugnou este trabalho por mostrar as suas origens e os avanços conquistados, garantias e direitos daqueles que, como protagonistas, dela fazem parte de toda a relação existente.

Diversas normas legais, que culminaram com a Lei Pelé e sua recente alteração (Leis 9615/98 e 12.315/11, respectivamente), irão demonstrar a evolução do esporte. Inadiáveis e essenciais mutações, indispensáveis a dinâmica do esporte, referente a uma legislação que direcione seus comandos legais à preservação do atleta, calcando seus dispositivos à luz da transcendência social, e relevância de desporto nacional é necessário, inserindo-o, ainda, na efetiva e atual globalização do mundo esportivo.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Dano Extrapatrimonial / Moral. Constitucionalização do Direito Civil. Função Desestimulante-Exemplar das Indenizações.

ABSTRACT

This article studies the sportive legislation regarding since its birth until these days. Describing the evolution in all aspects, this article has the aim of showing which guarantees and rights have the ones who are the protagonists and the relation with their employers.

Urgent and essential alterations which are indispensable to the dynamics of the sports, related to the legislation that controls its legal commands in order to preserve the athlete, basing its gadget to the light of the social overtop, and importance to the national sport is necessary, putting up in the effective and actual globalization of the athletic world.

Keywords: Civil Liability. Moral Damage. – Constitutionalization of Civil Law. Copy-Deterrent Nature of Compensation.

* Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela PUC/SP, Professor do Curso de Direito - Graduação da FMU e de Pós-Graduação do Cogea da PUC/SP, Professor convidado dos cursos de Pós-Graduação da GV/Law, ESA, Atame (Brasília, Goiânia e Cuiabá), do Instituto Toledo de Ensino (Presidente Prudente) e do CIESA (Manaus). Jornalista. Juiz do Trabalho Titular da 60ª Vara do Trabalho de São Paulo, convocado no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (SP).

1. Introdução

A história da legislação desportiva tem suas origens nas regras dos povos antigos. Tais ordenações eram tidas por sagradas e deviam ser seriamente cumpridas, notadamente diante da sua ligação aos cultos religiosos.

Os sobreviventes dos jogos eram cultuados como heróis e semi-deuses, já que usufruíam de grande prestígio e adoração por parte de toda a população.

Foi na Grécia, entretanto, que o desporto teve papel de destaque, a ponto de suas regras e determinações serem submetidas à apreciação dos sábios e filósofos, sinalizando a importância pública e transcendência social que se lhes atribuíam.

Os jogos, na realidade, tinham a finalidade de preparação dos jovens para as aventuras militares, e eram realizados nos períodos de paz, não só para “treiná-los” para futuras guerras, bem como para “ocupá-los” nos momentos de ociosidade.¹

Também em Roma, tal qual na Grécia, o esporte tinha caráter de guerra e religioso, a ponto de que os atletas gozavam de proteção jurídica e imputabilidade no âmbito de Direito Romano. Neste sentido, noticia Ugo Gualazzini:

L'atleta era, di regola, affancato da responsabilità, nel caso avesse ucciso il suo avversario durante la competizione agonistica pubblica (D.IX, 2, 7,4). Poichè la giustificazione a tale scriminante era la nobiltà del combattimento condotto glorie causa el virtutis, nom poteva sembrare illogico dedume anche una generale irresponsabilità dell'atleta per i danni prodotti a terzi durante l'èsercitazione e le gare.²

¹ Alvaro de Melo Filho, em seu artigo “História da Legislação Desportiva”, in Revista da Faculdade de Direito, Fortaleza, 33 (1), 1992, 1993, menciona que “as exigências normativas feitas à época, para que pudessem participar dos jogos eram : a-) ser homem livre e de origem grega; b-) estar em posse de seus direitos civis; c-) não ser culpado por irreverência religiosa; d-) não ser reconhecido por submisso; e-) não estar em mora com os cofres públicos.

² Premesse Storicle al Diritto Sportivo, p. 37

Daí o surgimento da figura do “pão e circo”, dado o caráter social e político existente, sendo esta a maneira de conquistar a população, sem que a mesma tivesse consciência dos problemas e questões do Império, com a farta distribuição de comida, além de propiciar um espetáculo de grande emoção e satisfação aos público, promovido pelos atletas-gladiadores da época.

Contudo, os valores de glória, sacrifício e morte passaram a ser contestados no período da Idade Média, uma vez que, por intervenção do Cristianismo, inspirados pela doutrina do respeito ao próximo, não permitiam tais referências para o esporte.³

Mas foi por intermédio dos estudantes ingleses, na Idade Moderna, que o desporto deu um grande passo, para o seu reaparecimento. Novos esportes, novas regras, materiais, e legislação foram surgindo. As regras foram fixadas, dando uniformidade ao desporto, que passou a ser praticado de maneira criteriosa, de acordo com as normas e parâmetros a partir daí estabelecidos.

Isto facilitou o seu campo de atuação, de maneira generalizada e universal, de forma que, cada vez mais, tivesse sua difusão ocorrida em larga expansão.

Neste sentido, é o magistério de Gabriel Ferrer:

a-) a noção de Record esportivo ensejando a comparação de resultados obtidos em momentos temporariamente distanciados, constituindo-se no principal estímulo, não utilitarista, para a consecução de “proezas esportivas”.

b-) a concepção igualitarista da sociedade burguesa, que implica na progressiva generalização da

³ No Renascimento, sintetiza Gabriel Ferrer, *Derecho Público del Deporte*, Madrid: Civitas, 1991, p. 224, conforme relatado que “la revitalización de la antigüedad clásica atribuyo un valor nuevo a la actividad desportiva en su dimension lúdica y, además, aumentó el deseo por una mayor claridad en la definición y reglamentación de las competiciones deportivas que, em equel momento, eran en su mayoría los famosos torneos. De hecho, las reglas que dirigían los torneos se propagaron extensamente por toda Europa, lo que quizá permite considerarias como la primeira normación internacional en materia pseudo-deportiva”

atividade desportiva que deixa de ser restrita e reservada às elites, para expraiar-se e tornar-se parte dos hábitos da população;

c-) o “amadorismo” como valor implícito na prática do desporto puro, pois enquanto pugilistas, oriundos das classes sociais mais baixas, repartiam parte da renda, os desportistas das classes sociais mais elevadas procuravam desvincular os exercícios do desporto da percepção de qualquer retribuição. Aliás, a primeira definição jurídica de Amador surgiu em 1866 na formação do “AMATEUR ATHETIC CLUB” ao estipular que o amador é “todo gentlemen que nunca haya tomado parte en un competición pública; queno haya combatido com profesionales por um precio o dinero que proviniese de las inscripciones o de cualquier otro sitio; que en ningún período de su vida haya sido profesor o monitor de ejercicios de este tipo como médio de subsistência, que no sea obrero, artesano ni jornalero;

d-) a vinculação do associacionismo à atividade desportiva, ou seja a capacidade associativa e de autogoverno do movimento desportivo exteriorizado desde a constituição dos primeiros clubes do século XVIII, concretamente, o Jochkey Club fundado em 1750 e o Clube de Golf de St. André, na Escócia, em 1754. Por sinal a proliferação deste clube, inclusive com a nomenclatura inglesa, fez nascer, por exemplo, na França a Havre Athletic Club -1872, e na Espanha, o Athletic de Bilbao, em 1898.

e-) a formulação escrita das regras e normas desportivas foi o ponto basilar que permitiu a expansão territorial, superando individualismo, ensejando a proliferação das competições desportivas. Sem essa “legislação desportiva” o desporto na era moderna não se teria convertido em um fenômeno mundial.”⁴

2. O Desporto no Brasil

No Brasil, a primeira notícia que se tem sobre a legislação desportiva se deu com a criação do Conselho Nacional da Cultura, através do Decreto-Lei nº 526, de 01 de julho de 1938, cujo mérito maior foi o de coordenar, dentro de um mesmo órgão, todas as atividades relacionadas com o desenvolvimento cultural do país, dentre os quais o próprio esporte.

Na lição de João Lyra Filho:

a legislação desportiva brasileira nasceu, efetivamente, com o Decreto nº 1056 de 19 de janeiro de 1939, criando a Comissão Nacional do Desporto, com a incumbência de realizar minucioso estudo do problema desportivo nacional e apresentar o plano geral de sua regulamentação.⁵

Constituída de cinco membros, escolhidos pelo Governo, a comissão aludida elaborou o projeto do Código Nacional de Desporto, com este preâmbulo:

Esta lei tem por fim organizar a instituição desportiva do Brasil, regulando-a pelas necessidades e condições peculiares do país, sem desprezar o bom entendimento com as congêneres estrangeiras e unificado em toda a República a orientação do movimento desportivo que interessa profundamente a mocidade brasileira, na sua formação física e espiritual.

Entretanto, durante o Governo de Getúlio Vargas, foi promulgado, em 14 de abril de 1941, o Decreto-Lei nº 3.199, que estabeleceu o arcabouço de toda a organização do desporto do Brasil.

Trata-se na realidade do primeiro diploma legal que cuidou especificamente sobre o futebol no país, criando as Confederações e as Associações. Dentre outros méritos, determinou que referidas entidades passassem a disciplinar, por normas

⁴ *Derecho Público del Deporte*, Madrid, Civitas, 1991, p. 261-62.

⁵ *Introdução ao Direito Desportivo*, Rio: Pongetti, 1952, p. 119, in Alvaro Melho Filho, em seu artigo *História da Legislação Desportiva*, Revista da Faculdade de Direito, Fortaleza, 33 (1), 1992/1993.

administrativas, as relações entre clubes e os atletas.

Também ficou estabelecido que as regras adotadas pelas Confederações seriam aquelas emanadas das Federações Internacionais, sendo ainda responsáveis pela observância de tais normas por seus filiados.⁶

Passou ainda o desporto a ser regulado por lei federal, tirando assim dos Estados a competência para legislar sobre a matéria.

Em 1943, com a Consolidação das Leis do Trabalho, as relações entre clubes e atletas passaram a ser disciplinadas por este ordenamento legal, equiparando à situação dos artistas.

A partir daí tivemos várias normas legais publicadas que abordavam o assunto, dentre os quais o Decreto nº 58.820, de 24 de março de 1964, que tratou, pela primeira vez, da situação específica do jogador de futebol, ao estabelecer regras sobre a participação dos atletas nas partidas, férias, situação do “passe”, contrato de trabalho e a criação de um seguro para os atletas, e a Lei nº 5.939/1975, que tratava da concessão de benefícios do INSS aos jogadores de futebol.

A Lei 6.269, de 24 de novembro de 1975, que instituiu o sistema de assistência complementar ao atleta profissional, deve ser lembrada, tendo em vista a conquista da categoria a este benefício.

Finalmente, a Lei 6.354, de 02 de setembro de 1976, pode ser considerada um marco para a história do futebol, na medida em que disciplinou todas as situações e problemáticas existentes, que envolviam aqueles que exerciam tal atividade, fixando direitos e obrigações a estes e seus empregadores (clubes de futebol).

Várias normas legais surgiram a partir daí, entre elas a Lei Pelé, ou seja, a Lei

9.615/98, visando a adaptar o direito ao atleta profissional aos novos tempos do esporte.

Neste período, cabe ressaltar, a edição da Lei 8.672, de 06 de julho de 1993, a chamada Lei “Zico”, trouxe várias modificações ao conceito de esporte, tendo sido revogada posteriormente pela Lei 9.615/1998 (Lei Pelé).

A Lei Pelé (9.615/1998) teve o mérito de criar e introduzir grandes mudanças na forma de condução do esporte, tanto no que diz respeito à figura do atleta como no que se refere ao seu empregador (clubes ou entidade desportiva).

Assim, pode-se concluir que o direito desportivo ligado ao atleta profissional, detém matérias de Direito Público e Privado, sendo que ao longo da sua história no Brasil, tentou-se, não obstante a desordem legislativa que envolvia o tema, a consolidação de todas as normas que envolvem a matéria.

Verifica-se que o Estado sempre teve participação de destaque nas atividades desportivas, como forma de ter o domínio desta situação, interferindo em todas as suas relações, de maneira a limitar o campo de atuação de seus partícipes.

Assim é a conclusão de Alvaro Melo Filho:

(...)desde a Grécia antiga foi intensificando a participação do Estado nas atividades desportivas. Contudo, a “estatização de desporto”, só admissível em países totalitários, transfundiu-se no Brasil, com o passar de tempo, em estatização velada, sub-reptícia, de certa forma imperceptível, mas tremendamente atuante, agindo como se fosse um polvo, a estender seus tentáculos restritivos da liberdade de associações, interferindo até na economia interna das entidades desportivas, tirando-lhes, a autonomia.

3. Do Ordenamento Jurídico da Atualidade

Recentemente tivemos a promulgação da nova Lei Pelé (Lei 12.395/2011), que visou modernizar o esporte no Brasil.

Fruto do trabalho de todos os segmentos interessados (atletas, clubes/agremiações, dirigentes, estudiosos do esporte, grupo de estudo do Direito Desportivo), referida norma

⁶ Com isso, o Brasil passou a adotar na prática de desportos as regras desportivas das federações internacionais, já utilizadas por todos os países. Então, deixou de ocorrer o que aconteceu, por exemplo, em 1922, nos Jogos Olímpicos de Los Angeles, quando a Seleção Brasileira de water-polo chegou lá e não conhecia a regra internacional desse esporte. Tinha-se uma regra no Brasil, e a regra em vigor no mundo era outra. Isso acontecia constantemente em vários esportes, inclusive no próprio futebol, que era tão divulgado no país.

legal teve por objetivo acompanhar a evolução do esporte brasileiro em todas as suas modalidades.

Tal norma proporciona mais recursos para a formação de atletas, moderniza a gestão do esporte e amplia a responsabilidade dos dirigentes esportivos, nas hipóteses de má administração, que inclusive poderão responder com o próprio patrimônio em caso de desvio de recursos das entidades por eles administradas.

Também tratou de temas relacionados aos clubes formadores de atletas, contratos de formação esportiva, direito de imagem e de arena, análise das cláusulas compensatórias e indenizatórias tanto para os atletas como para os clubes.

Assegurou recursos financeiros para os clubes formadores de atletas de alto rendimento nas modalidades Olímpica e Paraolímpica, além dos recursos para o esporte educacional e universitário, além de criar programa Cidade Esportiva e o Mecanismo de Solidariedade, que garante ao clube formador participação financeira nas transferências de atletas em nível nacional, e ampliação do Bolsa Atleta.

Assim, a nova Lei Pelé, ou sua atualização, visou a contribuir para o fortalecimento do esporte, estabelecendo-se, de forma clara, direitos, deveres para todos os envolvidos, para incluir de forma definitiva a legislação desportiva, no cenário nacional, bem como em conformidade a comunidade jurídica internacional.

REFERÊNCIAS

- CAMPOS, Paulo Mendes. **O gol é necessário**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.
- FERRER, Gabriel. **Derecho Público del Deporte**. Madrid: Civitas, 1991.
- LYRA FILHO, João. **Introdução ao Direito Desportivo**. Rio de Janeiro: Pongetti, 1952.
- MELO FILHO, Álvaro de. **História da Legislação Desportiva**. Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza, 1992/1993.
- PEREIRA, Leonardo Afonso de Miranda. **Footballmania, uam história social do futebol no Rio de Janeiro, 1902-1938**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.
- TOLEDO, Luiz Henrique de. **Lógicas do Futebol**. 1ª ed. São Paulo: Hucitec, 2002.