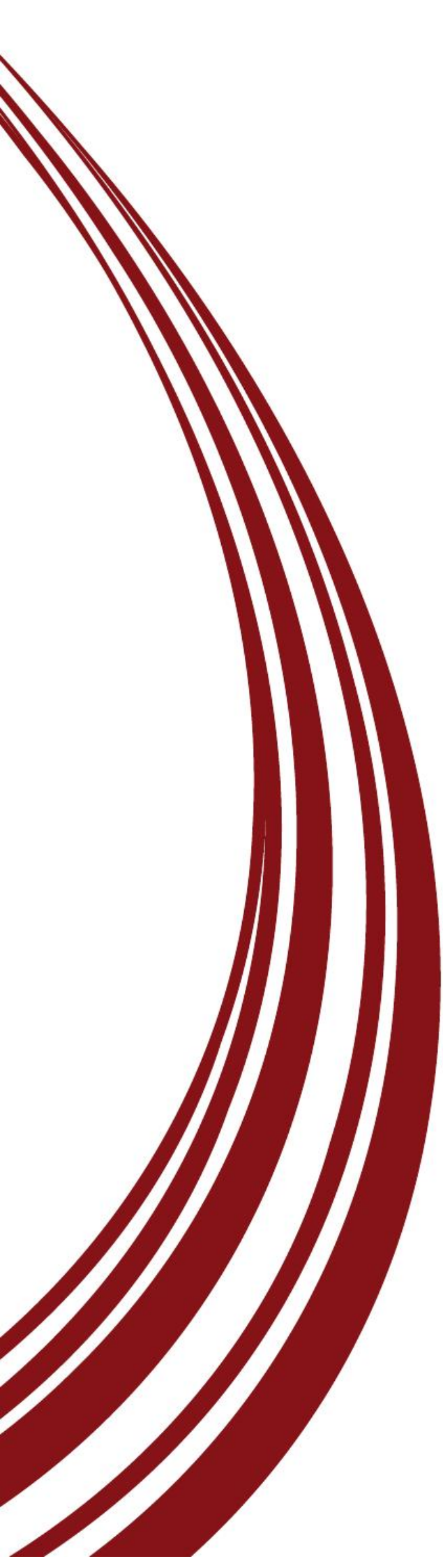


REVISTA ELETRÔNICA DE
DIREITO
DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

N.26 | Maio / Agosto de 2015

PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO



REVISTA ELETRÔNICA DE
DIREITO
DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

N.26 | Maio / Agosto de 2015

PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO

ESTRUTURA FORMAL DA INSTITUIÇÃO

PRESIDENTE DO GRUPO SPLICE: Antônio Roberto Beldi

REITOR: João Paulo Beldi

VICE-REITORA: Juliana Salvador Ferreira

DIRETOR ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO: Cláudio Geraldo Amorim de Sousa

SECRETÁRIA GERAL: Jacqueline Guimarães Ribeiro

COORDENADOR DA ESCOLA DE DIREITO: Emerson Luiz de Castro

COORDENAÇÃO ADJUNTA: Sabrina Torrês Lage Peixoto de Melo e Valéria Edith Carvalho de Oliveira

ISSN 1678-8729

R449

Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva
[Periódico] / Michael Cesar Silva (Organizador). – Belo Horizonte:
Centro Universitário Newton Paiva, 2015.

n. 26, maio/ago. 2015.

ISSN 1678-8729

1. Direito. 2. Pesquisa. I. Silva, Michael Cesar. II. Centro Universitário
Newton Paiva. III. Título.

CDU: 34

CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

ESCOLA DE DIREITO

Unidade Juscelino Kubitschek: Av. Presidente Carlos Luz, 220 - Caiçara

Unidade Buritis: Rua Jose Claudio Rezende, 26 - Buritis

Belo Horizonte - Minas Gerais - Brasil



Quem se prepara, não para.

EXPEDIENTE

ORGANIZADOR

Michael Cesar Silva

CONSELHO EDITORIAL

Alejandro Marcelo Medici | Universidad Nacional de La Pampa Santa Rosa, La Pampa, Argentina

Carlos Augusto Teixeira Magalhães | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Carlos Frederico Marés de Souza Filho | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

César Fiuzza | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

David Sanchez Rubio | Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha

Fernando José Borges Correia de Araújo | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Giovani Clark | Universidade Federal de Minas Gerais | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Costa Nassif | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro Araújo | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Jorge Claudio de Bacelar Gouveia | Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Luiz Quadros de Magalhães | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Júlio César Faria Zini | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Michael César Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Nelson Rosenvald | Complexo Educacional Damásio de Jesus, São Paulo, São Paulo, Brasil

Paulo Roberto Ribeiro Nalin | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Ricardo Rabinovich-Berckman | Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Rogério Medeiros Garcia de Lima | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Rubén Martínez Dalmau | Universidad de València, València, Espanha

Sabrina Tôres Lage Peixoto de Melo | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Tatiana Ribeiro de Souza | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil

APOIO TÉCNICO

NÚCLEO DE PUBLICAÇÕES ACADÊMICAS DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

<http://npa.newtonpaiva.br/npa>

EDITORA DE ARTE | PROJETO GRÁFICO | DIAGRAMAÇÃO: Helô Costa - Registro Profissional: 127/MG

COLABORAÇÃO: Ariane Lopes e Marina Pacheco (estagiárias do curso de Jornalismo)

EDITORIAL



APRESENTAÇÃO

A Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva apresenta-se como um relevante mecanismo de difusão da pesquisa científica, da análise crítica do Direito e de fomento à produção intelectual na área jurídica, sob uma perspectiva interdisciplinar de estudo, tendo por arcabouço o contexto do Estado Democrático de Direito.

Vivemos um momento de mudanças inexoráveis na sociedade contemporânea, que refletem a complexidade da realidade que nos permeia, e que dialoga com o necessário processo de reconstrução dos paradigmas do Direito.

O presente número inaugurou a nova fase da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, norteadas por inúmeras transformações em seus processos na busca de uma qualidade de excelência ao periódico. A partir desse número, adotou-se a periodicidade quadrimestral, o fluxo contínuo na submissão dos trabalhos, e, a fixação de uma temática central para a Revista: **Estado Democrático de Direito e Solução de Conflitos**.

Houve a ampliação do Conselho Editorial, composto por professores Doutores de renomadas instituições de ensino nacionais e internacionais, responsável pela linha científica da Revista, qualidade da produção intelectual e seleção dos trabalhos, bem como, do Conselho de Pareceristas, formado por professores Doutores e Mestres, de instituições de ensino nacionais e internacionais, responsável pela avaliação dos trabalhos por meio do sistema de dupla avaliação às cegas (*Double Blind Peer Review*).

Este número compõe-se por textos cujas abordagens oferecem ao leitor relevantes análises críticas sobre o contexto hodierno do Direito, permeando-se, pelo necessário viés do Estado Democrático do Direito.

No primeiro artigo, apresentamos como contribuição estrangeira, o texto intitulado "O sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade" de autoria da professora angolana Rosa Maria Fernandes Guerra, Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Portugal. O trabalho tem por objeto de estudo, a análise do sistema português de fiscalização concreta de constitucionalidade. A pesquisa aborda a problematização da operacionalidade desse sistema de controle e a possibilidade de alteração do modelo existente, por um modelo concentrado de reenvio prejudicial, com introdução do nominado recurso de amparo, enquanto processo autônomo de defesa dos direitos fundamentais por via da Justiça Constitucional.

Outra relevante contribuição estrangeira nos é trazida pela lavra das pesquisadoras Yilly Vanessa Pacheco Restrepo, Sofía Quintero Aquite e Laura A. Giraldo Ángel, do Grupo de Investigación "Ataraxia" da Universidad Santiago de Cali, na Colômbia, que escreveram o artigo intitulado "El derecho a la verdad en la historia de los procesos de justicia transicional colombiana." O trabalho das autoras discorre sobre "los estudios sobre justicia transicional al interior del Estado colombiano" tendo por arcabouço o debate envolvendo a questão relacionada ao "derechos a la verdad de las víctimas de graves violaciones a Derechos Humanos en el contexto del conflicto armado interno", contribuindo para o desenvolvimento da temática naquele país.

Pablo Franciano Steffen e Daniel Mayerle, doutorandos em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI/SC), escreveram sobre a "questão da legitimidade nas normas jurídicas" à luz da doutrina de Luigi Ferrajoli e Konrad Hesse. O texto abordou a questão dos limites que podem ser impostos aos direitos fundamentais no contexto do Estado Democrático de Direito, bem como, os riscos advindos do processo de flexibilização do "conteúdo essencial" dos direitos fundamentais encartados constitucionalmente.

Gabriela Maciel Lamounier, Josimary Rodrigues Gonçalves e Taisse June Barcelos Maciel Romano apresentaram artigo sobre "os refugiados ambientais haitianos no Brasil." O estudo aborda a questão da proteção humanitária aos refugiados e a crescente preocupação com os impactos das alterações climáticas no meio ambiente global, correlacionado de forma interdisciplinar o Direito Ambiental e o Direito Internacional Público.

O quinto artigo, escrito por Sabrina Alves Zamboni e Alessandra Gonçalves Daniel, discorre sobre o Processo Licitatório, a partir da perspectiva de estudo da aplicabilidade e eficiência da modalidade licitatória do "Pregão Eletrônico" na área de contratação da Administração Pública.

Já o texto dos autores Bárbara Van Der Broocke de Castro, Ronaldo Passos Braga e Tatiana Maria Oliveira Prates Motta analisou a questão da relativização da coisa julgada por meio dos institutos processuais da ação rescisória e da *querela nullitatis*.

Tendo como ponto de partida, o exame crítico do "Regime de Bens", Guilherme Abreu Lima de Oliveira e Tamer Fakhoury Filho discorrem sobre a inadequação da aplicação do regime de comunhão parcial de bens no contexto contemporâneo do Direito de Família, notadamente, diante do surgimento de novos agrupamentos familiares, lançando luzes sobre a referida controvérsia.

Fechando o presente número da Revista, o último artigo, da lavra do autor Emerson Luiz de Castro, Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos/MG, analisa os requisitos legais e normativos descritos no instrumento de avaliação de cursos de graduação presencial e a distância do INEP/MEC, apresentando relevantes informações para regulamentação e funcionamento dos cursos das Instituições de Ensino Superior no Brasil.

A Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva e a Escola de Direito têm a honra de apresentar mais um número do periódico, permeado de articulados de qualidade e temáticas instigantes, na certeza de sua contribuição para o desenvolvimento das ciências jurídicas em nosso país e difusão do conhecimento aplicado do Direito a toda a comunidade acadêmica.

PROFESSOR DOUTOR MICHAEL CÉSAR SILVA

Editor da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva

SUMÁRIO



O SISTEMA PORTUGUÊS DE FISCALIZAÇÃO CONCRETA DA CONSTITUCIONALIDADE: um estudo para a sua avaliação Rosa Maria Fernandes Guerra	8-19
EL DERECHO A LA VERDAD EN LA HISTORIA DE LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL COLOMBIANA: Leyes 975 de 2005 y 1448 de 2011 Laura A. Giraldo Ángel Sofía Quintero Aquite Yilly Vanessa Pacheco Restrepo	20-29
A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE NAS NORMAS JURÍDICAS: um estudo a luz das doutrinas de Luigi Ferrajoli e Konrad Hesse Pablo Franciano Steffen Daniel Mayerle	30-36
UM ESTUDO SOBRE OS REFUGIADOS AMBIENTAIS HAITIANOS NO BRASIL: sob a ótica do direito internacional e do direito interno Gabriela Maciel Lamounier Josimary Rodrigues Gonçalves Taise June Barcelos Maciel Romano	37-49
PREGÃO ELETRÔNICO E SUA EFICIÊNCIA NA APLICABILIDADE Sabrina Alves Zamboni Alessandra Gonçalves Daniel	50-62
A RELATIVAÇÃO DA COISA JULGADA POR MEIO DA AÇÃO RESCISÓRIA E DA QUERELA NULLITATIS Bárbara Van Der Broocke de Castro Ronaldo Passos Braga Tatiana Maria Oliveira Prates Motta	63-71
OS ANSEIOS CONTEMPORÂNEOS ACERCA DO REGIME DE BENS Guilherme Abreu Lima de Oliveira Tamer Fakhoury Filho	72-79
BREVE ANÁLISE DOS REQUISITOS LEGAIS E NORMATIVOS DESCRITOS NO INSTRUMENTO DE AVALIAÇÃO DE CURSOS DE GRADUAÇÃO PRESENCIAL E A DISTÂNCIA DO INEP/MEC Emerson Luiz de Castro	80-92

O SISTEMA PORTUGUÊS DE FISCALIZAÇÃO CONCRETA DA CONSTITUCIONALIDADE: um estudo para a sua avaliação

PORTUGUESE SYSTEM OF THE CONSTITUCIONALITY EFFECTIVE OVERSIGHT: a study for the evaluation

ROSA MARIA FERNANDES GUERRA ¹

RESUMO: O presente estudo visa analisar o sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade, no âmbito de uma discussão doutrinária, há muito suscitada, quanto ao problema da operacionalidade desse sistema de controlo e da possibilidade de alteração do modelo existente, por um modelo concentrado de reenvio prejudicial com introdução do recurso de amparo, enquanto processo autónomo de defesa dos direitos fundamentais por via da Justiça Constitucional. O objetivo deste estudo consiste em aferir das vantagens ou desvantagens que o atual sistema de fiscalização concreta oferece, as implicações ou inconveniências da sua reformulação e as vantagens da existência de um instituto autónomo de defesa dos direitos fundamentais, num sistema de fiscalização difusa como o vigente em Portugal. Por isso é que, para se alcançar este objectivo, utilizámos como metodologia o estudo comparado, analisando para o efeito o ordenamento jurídico-constitucional espanhol, por ter instituído um modelo de controlo concreto de pendor concentrado de reenvio prejudicial, ao mesmo tempo que vigora nesse ordenamento jurídico o amparo constitucional, como meio de reação contra as violações aos direitos fundamentais previstos na Constituição espanhola.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Fiscalização concreta. Justiça Constitucional. Tribunal Constitucional.

ABSTRACT: This study aims to analyze the Portuguese system of constitutionality oversight, within a doctrinal discussion, has long raised as the problem of the effective control of this type of system and the possibility of changing the existing model for a centralized model for reference with introduction of the writ to protection, as a separate process of protection of fundamental rights through the Constitutional Court. The main objective of this study is to assess the advantages or disadvantages of the current monitoring system provides, the implications or inconveniences of its reformulation and the advantages of the existence of an autonomous institute of fundamental rights, a unclear supervision system as the current in Portugal. In order to achieve this objective, it was used as methodology the comparative study, analyzing for this purpose the Spanish legal and constitutional framework, because they have established a specific control model of deliberate desire for reference, while force this constitutional law the protection as a means of reaction against violations of fundamental rights under the Spanish Constitution.

Keywords: Constitutionality. Effective oversight. Constitutional Justice. Constitutional Court.

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Portugal. Professora de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto (Luanda/Angola). Assessora do Tribunal Constitucional da República de Angola. E-mail: rosag.tc.com@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A Justiça constitucional não é o único, mas pode ser considerada um dos meios mais eficazes de garantia ou preservação de uma Constituição (URBANO, 2012, p.11). Ela pode ainda ser assegurada através outros mecanismos, como seja, por via do princípio da separação de poderes e até mesmo pela existência de limites à revisão constitucional.

São tipicamente conhecidos, como modelos de controlo da constitucionalidade, os de controlo político (exercido por um órgão político *v. g.* um Parlamento ou um outro), o judicial (exercido pelos tribunais) e um terceiro modelo, o denominado misto entre o judicial e o político. Com efeito, o controlo da constitucionalidade que inicialmente era dividido entre o difuso e o concentrado, hoje é possível reconhecerem-se outras classificações.

Portugal adotou um modelo judicial de controlo das normas jurídicas. Um sistema misto *sui generis*, que congrega duas culturas jurídicas diferentes. Uma que resulta da influência do modelo judicialista norte-americano, ou *judicial review*, e outra que resulta do modelo de fiscalização concentrada, de que é paradigma o sistema nascido na Áustria. Isto significa que, apesar de existir de um Tribunal Constitucional, em Portugal outros tribunais têm o poder e o dever não só de apreciar a constitucionalidade das normas jurídicas que lhes cumpre aplicar na resolução de um conflito, como também de recusar a aplicação das que considerem inconstitucionais (artigos 204.º e 277.º CRP).

Com efeito, a Constituição prevê quatro tipos de controlo da constitucionalidade das normas jurídicas, designadamente: o controlo preventivo; o abstrato; o concreto e o controlo por omissão. Não pretendemos fazer o estudo de todo o sistema de fiscalização vigente em Portugal. O nosso estudo incide apenas sobre a fiscalização concreta da constitucionalidade. Há muito se vem discutindo a operacionalidade desse sistema de controlo e a possibilidade da sua reformulação ou alteração por um modelo concentrado de reenvio prejudicial e/ou com recurso de amparo, enquanto mecanismo autónomo de defesa dos direitos fundamentais pela Justiça Constitucional.

Não pretendemos discutir qual dos sistemas é o melhor ou se o direito português deve consagrar um recurso de amparo constitucional. O objetivo deste estudo é aferir das vantagens ou desvantagens que o atual sistema de fiscalização concreta oferece, as implicações ou inconveniências da sua reformulação ou alteração e as vantagens da existência de um mecanismo autónomo de defesa dos direitos fundamentais, num sistema de fiscalização difusa como o vigente em Portugal.

No entanto, para se atingir este desiderato, utilizámos como metodologia o estudo comparado, elegendo para o efeito o ordenamento jurídico-constitucional, por ter consagrado um modelo de controlo concreto de pendor concentrado de reenvio prejudicial, ao mesmo tempo que vigora o amparo constitucional, como mecanismo de reação contra as violações aos direitos fundamentais. O nosso foco principal é o sistema português de controlo difuso, razão pela qual iniciamos a nossa preleção com a abordagem desse sistema. Na segunda parte do nosso trabalho, considerámos importante apresentar um breve estudo sobre o funcionamento do modelo espanhol, incluindo a análise do modo como o controlo da constitucionalidade aí vigente se articula com o recurso de amparo. Posteriormente (na terceira parte do trabalho), procedemos ao confronto entre os dois sistemas em estudo especificamente, as principais diferenças, vantagens e desvantagens entre ambos os sistemas, em articulação com o recurso de amparo constitucional.

A parte final deste trabalho é reservada ao balanço do estudo, centrando-se a nossa análise nas implicações práticas resultantes da natureza normativa do sistema de fiscalização da constitucionalidade instituído no direito português; no sistema de proteção dos direitos fundamentais oferecido pela Justiça Constitucional; nas implicações de um conceito funcional de norma jurídica e, finalmente, numa nota em torno dos efeitos motivados pela forma como o Tribunal Constitucional foi inserido no sistema concreto de base difusa.

2. O SISTEMA PORTUGUÊS DE CONTROLO CONCRETO DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE

2.1. Introdução

A CRP consagrou um controlo concentrado e abstrato de normas dirigido à fiscalização e decisão, com força obrigatória geral (força de lei), isto é, com força de desvalor formal ou material de uma norma jurídica. Este controlo pode ocorrer antes de os diplomas entrarem em vigor [controlo preventivo (cfr. artigos 278.º e 279.º)] ou depois de as normas serem plenamente válidas e eficazes [controlo abstrato sucessivo, (cfr. artigos 280.º e 281.º)]. Consagrou também o controlo por ação e por omissão ao mesmo tempo que consagrou o controlo difuso e concreto de normas jurídicas, que de seguida passamos a caracterizar.

2.2. Caracterização geral

O instituto da fiscalização concreta da constitucionalidade funciona segundo um esquema de “repartição de competências” (MOREIRA, 2003, p.97;102 ss.; CANAS, 1994, p.54 ss.) entre o Tribunal Constitucional (TC) e os tribunais comuns, e, como tal, é designado por *controlo difuso*. (MORAIS, 2011, p.596; CANOTILHO, 2003, p.982; CANOTILHO, 2010, p.940). É *incidental*, na medida em que aos particulares está vedada a possibilidade de recorrerem aos tribunais para impugnarem diretamente uma norma sem que na base haja uma ação judicial. (CANOTILHO, 2010, p.940). Ou seja, os particulares só podem invocar a inconstitucionalidade de qualquer norma jurídica no decurso de um processo judicial ou “*processo-pretexo*”².

² Expressão usada no âmbito do processo de fiscalização concreta da constitucionalidade, para designar os processos judiciais cujo objeto principal é dar a conhecer e declarar o direito (cfr. por todos, CANAS, 1986, p.79 ss.).

Na fiscalização concreta (no tribunal *a quo*), o juiz pode e deve conhecer da inconstitucionalidade das normas, independentemente de impugnação das partes (artigo 204.º CRP), e, por isso, é designada por fiscalização *oficiosa*. Com efeito, a fiscalização tem carácter *concreto*, na medida em que os tribunais limitam-se a não aplicar ou, em sentido contrário, desaplicar a norma inconstitucional ao caso concreto a ser julgado. (CANOTILHO, 2003, p.983). Assim se compreende porque a questão da constitucionalidade não tem autonomia sobre a principal, isto é, é uma questão incidental “enxertada” na questão principal e, por isso, permanece delimitada pelo caso concreto em que surgiu, pelo que os seus efeitos são limitados ao caso concreto.

Daqui resulta essa configuração mista que a fiscalização concreta assume, fazendo dela um sistema “difuso na base” (podendo todos os tribunais conhecer e decidir sobre questões concretas de constitucionalidade), porém, “concentrada no topo” (ARAÚJO; COSTA, 2000, p. 22) — cabendo a uma jurisdição especializada, o TC (MORAIS, 2011, p.597), atuar como última instância relativamente ao julgamento de questões de constitucionalidade. Ou seja, cabe ao TC o julgamento definitivo dessas questões.

O legislador constitucional português, ao introduzir a componente difusa no sistema de fiscalização concreta, conferiu aos tribunais ordinários a plena dignidade de órgãos de soberania, por um lado, e entendeu ser eficaz confiar a garantia da Constituição àqueles cuja função é aplicar o Direito. Todavia, a componente concentrada do sistema também se afigura vantajosa, na medida em que garante a certeza do direito, obtida pelo poder de uniformização de jurisprudência conferida ao Tribunal Constitucional.

De todo o modo, a decisão que julgue inconstitucional uma norma não a afasta do sistema jurídico, mantém-na válida, e, como tal, suscetível de ser aplicada em outros processos, caso seja outro o entendimento do tribunal da causa. (MOREIRA, 2003, p.101). Constitui, esta, uma das grandes desvantagens deste sistema, porque provoca a existência de uma realidade jurídica incerta e insegura no sistema de fontes ou, como o convencionou designar a Professora Maria Lúcia Amaral, um “direito que não sabe ao certo o que é.” (AMARAL, 2002, p.19-21 ss.; AMARAL, 2005, p.67 ss).

2.3. As normas jurídicas enquanto objeto de fiscalização da constitucionalidade

2.3.1. Identificação do problema

Os tribunais, nos factos submetidos a julgamento, não podem aplicar *normas* que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados (artigo 204.º). Com efeito, cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões desses tribunais que recusem a aplicação de qualquer norma (...) [n.º 1 al. *a*] do artigo 280.º] ou que apliquem *norma* cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo [n.º 1 al. *b*] do artigo 280.º], sendo inconstitucionais todas as *normas* que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.

Dos preceitos acima referenciados resulta que, na estrutura do sistema português, o controlo da constitucionalidade tem natureza estritamente normativa (MIRANDA, 2008, p.175; MORAIS, 2006, p.443-444 ss.; CANOTILHO, 2003, p.932 ss), não configurando nunca o processo constitucional como um contencioso de decisões (REGO, 2004, p.4 ss), seja qual for a sua natureza (política, administrativa ou judicial); daí a inexistência de um mecanismo destinado a sindicar os atos jurídico-públicos sem valor de lei, violadores diretamente da Constituição, *maxime*, de direitos fundamentais, de que é exemplo o amparo constitucional espanhol.

A norma jurídica, na aceção comum do Direito, implica as características da generalidade e da abstração (MIRANDA, 2008, p.175). No entanto, questão não menos complexa é a que vai no sentido de saber em que consiste, para efeitos de controlo da constitucionalidade, um ato normativo. Com efeito, para ser qualificado como norma, o ato não depende de qualquer forma específica, mas da sua qualidade jurídica, isto é, da sua natureza material (CANOTILHO, 2003, p.932 ss). Neste sentido, um ato normativo traduz fundamentalmente a ideia de *padrão de comportamentos* ou ato criador de *regras jurídicas* para a decisão de conflitos. (CANOTILHO, 2003, p.932 ss). Em virtude desta caracterização, excluem-se do conceito de norma os atos concretos de aplicação dos mesmos (CANOTILHO, 2003, p.932 ss), nomeadamente, atos administrativos e sentenças judiciais.

2.3.2. O conceito de norma para efeitos de fiscalização concreta da constitucionalidade

Ao delinear, no domínio da fiscalização (abstrata ou concreta), o conceito de norma, nos moldes acabados de referir, no intuito de proceder à delimitação do objeto “idóneo” (dos processos de controlo a seu cargo), tem o TC, desde a jurisprudência da Comissão Constitucional (Parecer n.º 3/78), e hoje no Acórdão Ac. n.º 26/85, de 16 de maio³, feito apelo a um conceito simultaneamente formal e funcional de norma, de acordo com o qual todo o preceito inserido em ato legislativo (independentemente do seu carácter geral e abstrato, ou individual e concreto) (MORAIS, 2006, p.444 e ss) é passível de controlo de constitucionalidade.

Nessa medida, de acordo com a jurisprudência em análise, são considerados todos os atos do poder público que contiverem uma regra de conduta para os particulares ou para a Administração Pública, um critério de decisão para esta última ou para o juiz ou, em geral, um *padrão de valorização de comportamentos* (REGO, 2004, p.5), prescindindo deste modo da natureza necessariamente geral e abstrata dos preceitos a sindicar.

Em consequência, tornou-se heterogéneo o catálogo de atos suscetíveis de controlo de constitucionalidade⁴. Em contrapartida, ficam excluídos desse catálogo os atos administrativos propriamente ditos (*v.g.* um ato de natureza política)⁵ e as decisões jurisdic-

3 Acórdão do TC n.º 26/85, de 15 de fevereiro, in *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 96, de 26 de abril.

4 Vide o desenvolvimento do catálogo dos atos normativos sujeitos ao controlo de constitucionalidade em (CANOTILHO, 2003, p.935).

5 *V.g.* os atos como a promulgação, o veto, a referenda, o decreto presidencial de emissão do governo, o decreto de dissolução da Assembleia da República, o decreto de emissão dos órgãos de governo regional com fundamento em atos contra a constituição, pelo que esses atos não podem ser anulados por inconstitucionalidade, sem prejuízo da responsabilidade política e criminal em que façam incorrer.

cionais (CANOTILHO, 2003, p.939). Todavia, importar referir que a não inclusão destes atos no leque dos passíveis de controlo não significa a impossibilidade de os mesmos violarem diretamente a Constituição. Simplesmente, significa que este é o sistema preferido pelo legislador constitucional português.

2.3.3. O objeto do controlo em fiscalização concreta

Sucedem que, em consequência, têm sido enquadradas no aludido conceito de "norma", entre outros preceitos, as normas criadas pelo intérprete (dentro do sistema), com vista a preencher uma lacuna (REGO, 2004, p.6). Deste modo, abre-se a possibilidade de o controlo concreto — designadamente o exercido pelo TC — poder incidir tanto sobre normas, como ser reportado, igualmente, a determinadas interpretações normativas (REGO, 2004, p.7), não já com o sentido genérico e objetivo, mas em função do modo como foi perspectivada e aplicada pelo julgador ordinário na resolução de certo conflito (REGO, 2004, p.7).

Ora, tendo em conta que as disposições ou comandos jurídicos são suscetíveis de várias interpretações, este fenómeno assume particular importância no domínio da fiscalização concreta, na medida em que o controlo do TC poderá ser exercido sobre o resultado de uma dada interpretação judicial da norma. Tendo em atenção a natureza estritamente normativa de todo o sistema de controlo da constitucionalidade, tal "fenómeno estranho ao sistema" coloca-nos perante um complexo problema: o da *determinação da fronteira entre as figuras do controlo normativo e da fiscalização de concretas e específicas decisões judiciais*⁶.

Como é sabido, fiscalizar a constitucionalidade de normas jurídicas aplicadas pelos tribunais e fiscalizar a constitucionalidade das próprias decisões judiciais são duas coisas que não se confundem (CANOTILHO, 2003, p.943). De todo o modo, a questão do controlo da constitucionalidade de decisões judiciais enfrenta, à partida, no direito português, o problema da inexistência de um mecanismo constitucional vocacionado para o efeito (CANOTILHO, 2003, p.943), uma vez que, como vimos, na estrutura do sistema de fiscalização da constitucionalidade vigente não cabe o mecanismo do controlo de decisões judiciais aplicadoras de normas jurídicas⁷.

Contudo, aos particulares — a par do direito de suscitar a questão da inconstitucionalidade (de qualquer norma) nos feitos submetidos à decisão do juiz (fazendo, deste modo, funcionar o sistema numa perspectiva de controlo subjetivo) e do direito de recorrer (por via do recurso de constitucionalidade) para o Tribunal Constitucional (MEDEIROS, 1999, p. 338) —, a Jurisprudência do TC passou a admitir aquilo que se designa por "recurso-de -amparo"⁸ dos direitos dos particulares.

Daqui se extraem duas conclusões. *Primeira*: a competência do TC (originariamente atribuída pela Constituição) para exercer o controlo concreto resulta algo alargada para lá do controlo normativo, o que, *segunda*, torna o objecto do controlo concreto (constitucionalmente delimitado) em algo incerto.

2.4. A defesa dos direitos fundamentais por via da fiscalização concreta da constitucionalidade

Sejam quais forem os contornos práticos que a ampliação desta competência venha a assumir, a verdade é que tal realidade em nada altera o sistema de protecção dos direitos fundamentais, já que o requerente ou o queixoso (para ver os seus interesses defendidos pela justiça constitucional) continuam a depender de um processo judicial principal, ou seja, o particular, para aceder ao TC, tem antes de provocar um processo judicial, porque, como vimos, as questões de constitucionalidade surgem sempre por via de incidente.

A CRP não previu uma figura equiparada à do recurso de amparo constitucional espanhol (ANDRADE, 2012, p.349 ss), que garante o acesso direto e autónomo à Justiça Constitucional, daí que a fiscalização concreta funcione (por via de regra) como o meio por excelência de defesa dos direitos e interesses dos cidadãos, contemplando, através desse expediente, o acesso ao Tribunal Constitucional por via do *recurso de constitucionalidade*⁹ das decisões dos tribunais ordinários que recusem aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade — decisões de desaplicação [cfr. n.º 1, als. *a*) e *b*), do artigo 280.º da CRP, e as als. *a*) e *b*) do artigo 70.º da Lei do Tribunal Constitucional (LTC)].

Com efeito, a interposição do referido recurso este que é obrigatório para o Ministério Público (1.ª parte, n.º 3, do artigo 72.º LTC), quando que a norma desaplicada constar de tratado internacional, ato legislativo ou regulamento promulgado pelo Presidente da República. É ainda obrigatório o recurso das decisões que apliquem normas cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo (decisões de aplicação). Contudo, pode ser interposto pela parte (n.º 2 do artigo 72.º LTC) que haja suscitado a questão de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, no caso de ser desatendida pelo tribunal *a quo*, e apenas terá lugar depois de previamente esgotados os recursos ordinários (cfr. n.º 2 do artigo 70.º da Lei do Tribunal Constitucional).

O facto de a CRP permitir a impugnação das decisões dos tribunais *a quo*, quer pelas partes no processo, quer pelo Ministério Público, evidencia a preocupação ou a vontade do legislador de confiar a garantia da Lei Fundamental não apenas aos aplicadores da lei, por

6 Para maior desenvolvimento sobre a problemática da distinção entre o controlo de normas jurídicas e o de decisões judiciais, vide Medeiros (1999, p. 336 ss).

7 Cfr. Decisão do Tribunal Constitucional vertida nos Acórdãos n.ºs 178/95, DR, II, de 21 de junho de 1995, e AC 674/98, DR, II, de 25 de fevereiro de 2002.

8 Acórdão do TC n.º 233/94, in ATC, p. 233 ss.

9 Nesse sentido, Botelho (2010, p.50 ss).

um lado, mas também de legitimar o particular na defesa dos seus interesses sem interferência externa, para além de pôr em destaque a importância do TC como órgão ao qual incumbe a responsabilidade de garantir a harmonia de julgados ou a existência de jurisprudência uniforme em toda a ordem jurídica, em particular na constitucional.

3. O SISTEMA ESPANHOL DE CONTROLO CONCRETO CONCENTRADO DE REENVIO PREJUDICIAL

3.1. Introdução

Vigora no direito constitucional espanhol um sistema misto de controlo da constitucionalidade de normas jurídicas que resulta da inclusão, no sistema, de um controlo abstrato, direto, por via principal ou por via de ação (da competência exclusiva do TC), e de um controlo concreto ou incidental de normas jurídicas, a cargo de todos os tribunais. (CUOCOLO, 1996, p.916-918; SEGADO, 1992, p.1048; MORAL, 1992, p.383-383). É fundamentalmente sobre este último que vai incidir a nossa abordagem.

3.2. Caracterização sumária

Tendo em conta a sua iniciativa, a fiscalização é um controlo concreto, uma vez que a questão da constitucionalidade surge no âmbito do julgamento de um caso concreto, nisso evidenciando uma similitude com a componente concreta do sistema português difuso¹⁰. Daí — embora que se diferenciem, como veremos, quanto aos mecanismos de controlo exercido pelo Tribunal Constitucional — a nossa discordância com a doutrina que defende ser o sistema português de fiscalização da constitucionalidade um sistema singular em relação aos adotados pela generalidade dos países europeus.

3.2.1. Objeto do controlo

O controlo tem natureza legislativa, ou seja, incide sobre leis ou atos com força de lei (n.º 2 do artigo 27.º da LOTC) do Estado ou das Comunidades Autónomas (n.º 1 do artigo 28 da LOTC)(SEGADO, 1992, p.1087;1089 ss). Com efeito, o objeto do controlo não são apenas normas jurídicas com “valor de lei”. Nele se incluem também atos, seja através do recurso de amparo, por violação de direitos fundamentais, seja por meio dos “conflitos de atribuições” e dos conflitos de competências¹¹.

3.2.2. Competência para exercer o controlo

Tendo a questão da constitucionalidade de qualquer norma natureza legislativa, devem distinguir-se duas situações: *primeira*, se a norma tiver valor infralegal, o sistema difere, na medida em que cabe ao juiz ordinário pronunciar-se em definitivo sobre a sua conformidade com a Constituição, ficando o TCE sem competência para se pronunciar sobre esta questão (é o caso das normas regulamentares produzidas pelas Comunidades Autónomas ou pelos Municípios). Os regulamentos não são, portanto, impugnáveis diretamente perante o TCE, porém, nos termos dos artigos 41.º, n.º 2, e 43.º, n.º 1, da LOTC, admite-se recurso de amparo contra disposições que violem um direito ou liberdade fundamental, o que pode ser interpretado como forma de atribuição, ao TCE, da competência para fiscalizar regulamentos nos casos em que os cidadãos aleguem direitos e liberdades reconhecidos nos artigos 14 a 29, e 30 da Constituição espanhola (CE), cuja violação tenha a sua origem direta num regulamento¹².

Segunda, fora desta situação, suscitada uma questão por uma das partes ou oficiosamente pelo juiz, este limita-se à sua apreciação e é obrigado a remeter a questão ao TCE, o único competente para o seu julgamento. Assim, o juiz ordinário suspende o ponto do julgamento da causa a propósito da qual foi levantada, até que o juiz constitucional decida a questão prejudicial, e só depois aquele juiz pode emitir decisão, no sentido de compor o litígio levado perante si. Daqui resulta que: *primeiro*, a intervenção do TCE opera através da questão prejudicial de inconstitucionalidade ou por meio do reenvio da questão da constitucionalidade pelo tribunal da causa ao Tribunal Constitucional espanhol. *Segundo*, e em consequência, apesar de a questão poder ser suscitada pelas partes no processo, elas não têm, por esta via, acesso à Justiça Constitucional do TCE. Porque, no modelo espanhol, apenas os tribunais comuns têm legitimidade para requerer àquele órgão, a título de reenvio prejudicial, a apreciação da constitucionalidade de uma norma.

Contudo, no desenvolvimento do artigo 165 da CE, o n.º 1 do artigo 35.º da LOTC permite às partes “instar” o tribunal ordinário a colocar a questão da constitucionalidade ao órgão de Justiça Constitucional. Essa solicitação das partes, como o considerou o TC¹³, carece de qualquer relevância jurídico-positiva, admitindo que o tribunal *a quo* não está obrigado a dar resposta à petição do requerente. Um

10 Por razões de economia, impostas pela observância na limitação de páginas deste relatório, remetemos o desenvolvimento desta componente concreta do sistema espanhol para a abordagem (com as necessárias adaptações) do sistema português. Tais adaptações devem-se ao facto de no sistema português de fiscalização concreta os juizes ordinários terem o poder de julgar a questão de constitucionalidade suscitada no processo e o juiz ordinário espanhol não ter esse poder.

11 Vide o desenvolvimento dos atos suscetíveis de controlo da constitucionalidade em CORREIA (1999, p.256-257 ss).

12 Nesse sentido, «Sentença do Tribunal Constitucional espanhol n.º 141/1985», in *Jurisprudência Constitucional*, Vol. XIII, pp. 207;215-216.

13 Sentença n.º 151, de 1991.

entendimento contestado, obviamente, pela doutrina, que extrai do n.º 1 do artigo 35.º da LOTC o entendimento segundo o qual, a decisão de colocar ou não a questão ao TCE, deve constar de um auto, sendo por isso, por maioria de razão, desnecessário que seja promovido, se a resposta à solicitação da parte for negativa. (SOSA, 1998, p.267).

3.3. A articulação do recurso de amparo com o modelo concentrado de reenvio prejudicial

De todo o modo, a decisão do tribunal *a quo* pode ser sindicada pelas partes vencidas em sede recurso de amparo perante o TCE, uma vez que o silêncio ou a falta de resposta pode violar um direito fundamental dos interessados. Nesse sentido, o amparo constitucional acaba por desempenhar a função de mecanismo que permite o acesso dos particulares à Justiça Constitucional do TCE, uma vez que esse acesso lhe foi negado pelo instituto do controlo da constitucionalidade.

O recurso de amparo vem previsto no n.º 2 do artigo 53 da CE, nos termos do qual, qualquer cidadão pode requerer a tutela das liberdades e direitos reconhecidos no artigo da Secção Primeira do Capítulo 2.º perante os tribunais ordinários, por procedimento caracterizado pelos princípios da preferência e sumariedade e, se for o caso, através de um recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional¹⁴.

O recurso de amparo pode ser entendido como uma garantia constitucional à tutela jurisdicional de direitos e liberdades fundamentais¹⁵. Tem por objeto disposições¹⁶-¹⁷, atos jurídicos, omissões ou simples comportamentos materiais dos poderes públicos (TREMPS, 2005 p.153; TREMPS, 1987, p.54) do Estado, das Comunidades Autónomas e demais organismos públicos de carácter territorial, corporativo ou institucional, assim como dos seus funcionários ou agentes (n.º 2 do artigo 41.º)¹⁸ da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional.

Podem ainda dar lugar ao recurso de amparo as decisões ou atos sem valor de lei — emanados de assembleias parlamentares ou de qualquer um dos seus órgãos, ou de assembleias legislativas das comunidades autónomas ou dos seus órgãos (atos do poder legislativo) —, as disposições, atos jurídicos, omissões ou simples comportamentos materiais da Administração Pública e do Governo (atos do poder executivo) [cfr. o n.º 1 do artigo 43 da LOTC], e, em certas condições, os atos ou omissões dos órgãos jurisdicionais que, direta e imediatamente, violem direitos fundamentais (atos do poder judicial)¹⁹ [cfr. n.º 1 do artigo 44.º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional].

São características do recurso de amparo: o seu *carácter autónomo*. O recurso de amparo pressupõe uma ação autónoma, independentemente de o seu objeto coincidir, no todo ou em parte, com o que previamente fora objeto de discussão a nível da jurisdição ordinária (TREMPS, 2005 p.150). Em segundo lugar, o seu *carácter* essencialmente *subsidiário*. Para que um cidadão aceda ao Tribunal Constitucional espanhol (TCE), é necessário que a questão tenha sido antes debatida e discutida pelas instâncias comuns (TREMPS, 2005 p.150). Ou seja, devem ser previamente esgotados todos os recursos utilizáveis dentro da via judicial ordinária²⁰ [cfr. al. *a*], n.º 1, do artigo 44.º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional].

Em terceiro lugar, o amparo tem um *carácter extraordinário*. Significa isto que não se pode acionar o mecanismo de amparo para a tutela de qualquer questão, mas apenas dos direitos ou liberdades fundamentais (n.º 3 do artigo 41.º da LOTC). Por último, o amparo tem um *carácter excepcional*, o que significa que, para ser aceite pelo TCE, a violação do direito ou liberdade não encontrou reparação por via do sistema ordinário de garantias, exigindo-se por isso, em princípio, o recurso prévio aos tribunais ordinários e o esgotamento dos recursos jurisdicionais adequados²¹.

14 Com isso, o n.º 2 do artigo 53 da CE evidencia expressamente a possibilidade de existirem duas vias possíveis de tutela dos direitos fundamentais: uma a efetivar-se perante os tribunais ordinários (mediante o denominado amparo ordinário ou judicial), outra perante o Tribunal Constitucional (mediante o amparo constitucional ou extraordinário). Assim, a tutela dos direitos fundamentais, a nível ordinário, efetiva-se mediante procedimentos especiais preferente e sumário, perante várias jurisdições. Este amparo ordinário tem a sua regulamentação na lei de proteção jurisdicional dos direitos da pessoa, Ley 62/1978, de 26 de dezembro. Derrogada pelas leis n.º 38/2002, de 24 de outubro (Ley de enjuizamiento criminal), n.º 1/2000 (Ley de enjuizamiento civil) e Ley n.º 29/1998, de 13 de julho (lei que regulamenta a jurisdição contenciosa administrativa).

15 Para mais desenvolvimento sobre o conceito e natureza de amparo constitucional, vide Brito (1999, p.97 ss.); Cardinal (1999, p.356).

16 Refere-se às disposições administrativas ou regulamentares: os regulamentos, os regimentos parlamentares ou atos administrativos, deixando de fora as disposições legislativas.

17 O artigo 42.º da LOTC parece excluir, implicitamente, do âmbito do amparo constitucional, todas as disposições com valor de lei.

18 Com a modificação que lhe foi dada pela Lei Orgânica n.º 6/2007, de 24 de maio. Esta alteração foi no sentido de estender o objeto do recurso de amparo às omissões (da Administração e do Executivo) lesivas de direitos fundamentais que anteriormente cabia apenas as omissões do poder judicial.

19 Excluem-se do recurso de amparo constitucional as decisões jurisdicionais do TCE por se entender que o Tribunal Constitucional não integra o poder judicial.

20 O princípio da exaustão prévia das vias judiciais ordinárias visa delimitar o acesso ao Tribunal Constitucional depois de a questão ter sido analisada dentro da jurisdição ordinária (CANOTILHO, 2003, p.996). Nesse sentido, constitui um elemento essencial no sistema de articulação entre as jurisdições constitucionais a ordinária. Acresce que apenas em relação a determinados atos é que não se exige o prévio esgotamento das vias ordinárias (v.g. os atos do poder legislativo sem força de lei).

21 A conclusão que daqui se retira é a de que compete em primeira linha à jurisdição comum a tarefa de defesa dos direitos fundamentais.

4. AS PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE OS SISTEMAS PORTUGUÊS CONCRETO DIFUSO E ESPANHOL CONCRETO CONCENTRADO DE REENVIO PREJUDICIAL

O modelo de controlo da constitucionalidade ora em estudo vigora no direito português há mais de trinta anos (MIRANDA, 2012, p.242) e funciona com as características acabadas de apresentar. No entanto, hoje, quando se avalia o seu funcionamento, a conclusão vai no sentido de um sistema estruturalmente deficitário (Jorge Reis Novais)²² na proteção dos direitos fundamentais, potenciador de instabilidade nas relações entre as jurisdições de justiça constitucional (Maria Lúcia Amaral), cuja solução ou resposta adequada para a problemática é a sua substituição por um modelo de reenvio prejudicial (Jorge Miranda e Reis Novais) associado de um recurso de amparo constitucional (Reis Novais e Melo Alexandrino)²³.

Assim, para melhor aferir das divergências entre os referidos modelos, e na tentativa de busca de elementos para melhor avaliação do sistema português de controlo difuso, achamos oportuno que se proceda, neste capítulo, a um confronto dos referidos modelos.

Um primeiro aspeto a separar os dois sistemas de fiscalização reporta-se à competência para julgar a questão da constitucionalidade e à forma como os órgãos supremos de justiça constitucional são introduzidos na questão. Tendo em conta a sua iniciativa, são ambos sistemas de controlo concreto, uma vez que a questão surge no decurso de um caso concreto levado a julgamento. Porém, enquanto no sistema espanhol²⁴, suscitada a questão da constitucionalidade de qualquer norma (que não seja de valor infralegal), o juiz ordinário limita-se a apreciar a questão suscitada (por iniciativa das partes ou oficiosamente). E, caso conclua pela desconformidade e sua pertinência para o julgamento do litígio, é obrigado a suspender o processo e a remeter a questão à decisão do Tribunal Constitucional espanhol. Não se reconhece legitimidade às partes no processo para levar a questão ao TCE, porém, estas, nos termos do n.º 1 do artigo 35.º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (LOTIC), no desenvolvimento do artigo 165 da Constituição espanhola, podem "instar" o tribunal a quo a colocar essa mesma questão ao Tribunal.

Por isso se diz que a intervenção do TCE ocorre através da "questão prejudicial de inconstitucionalidade", ou seja, por meio do reenvio da questão ao TCE (CORREIA, 1999, p.261). No ordenamento português, pelo contrário, o juiz comum tem competência para apreciar, decidir e julgar a questão da constitucionalidade suscitada no âmbito de um julgamento. E porque o TC é inserido na questão do controlo concreto como órgão de recurso (CANAS, 1994, p.54-55 ss), a sua intervenção ocorre através do recurso das decisões dos tribunais que recusem a aplicação de qualquer norma ou recurso das que apliquem normas cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada.

É com esse meio-termo de diálogo permanente entre as duas jurisdições que funciona o sistema português de controlo concreto, o que para uns é causa de potenciais conflitos e, por isso, a solução passaria pela sua substituição pelo modelo de reenvio prejudicial (MIRANDA, 2008, p.246)²⁵, por se afigurar mais vantajoso em relação ao modelo difuso, uma vez que os juízes os tribunais não correriam o risco de verem as suas decisões invalidadas pelo Tribunal Constitucional (NOVAIS, 2006, p.184-185 ss).

No modelo de suspensão de instância não se verifica conflito de tensões entre as jurisdições (AMARAL, 2002, p.19), uma vez que a sentença do órgão supremo de justiça constitucional é sempre anterior à decisão (do juiz a quo) sobre o mérito da causa (AMARAL, 2002, p.19 ss.). Por outro lado, o sistema de reenvio prejudicial oferece vantagem sobre o difuso, porque impede, com maior nitidez, a existência de processos ditados por uma lógica de interesse de partes (AMARAL, 2002, p.20), pois que a decisão do juiz que suspende a instância e coloca a questão de direito (relativa à interpretação da Constituição) ao TCE permite que sejam filtradas questões em que a arguição da inconstitucionalidade mais não é do que uma "gestão processual" dos interesses em litígio (AMARAL, 2002, p.20).

Sucedem, porém, que a substituição do atual sistema por um modelo concentrado de reenvio prejudicial seria uma "amputação" do poder de decidir o direito dado a cada juiz, postulando uma distinção inaceitável entre juridicidade e constitucionalidade (PALMA, 2000, p.30). Note-se que o princípio constitucional plasmado no artigo 204.º da CRP, segundo o qual nenhuma lei inconstitucional deve ser aplicada pelo juiz, reduz-se a uma suspensão do juízo, limitando deste modo o poder do julgador ao poder de questionar (PALMA, 2000, p.30), tornando-se a questão de constitucionalidade um mero incidente na aplicação do direito. Pelo que se reduz uma dimensão da juridicidade na interpretação do direito (PALMA, 2000, p.30).

Ora, se em tese um sistema de controlo concreto concentrado, desassociado de um recurso de amparo, resulta ser mais "pacificador" nas relações entre as jurisdições, o facto é que a eventual introdução desse recurso desfaz essa asserção e a almejada "pacificação" acaba por ser tudo menos líquida (MORAIS, 2006, p.1055-1056 ss.). Como se pode calcular, a supressão da componente difusa do atual sistema de controlo, reduziria instrumentalmente o alcance da garantia da Lei Fundamental. Acabaria por afetar a solidariedade institucional entre órgãos de soberania. E, em consequência, ver-se-ia diminuída a confiança pública na garantia da Constituição (MORAIS, 2006, p.1013). Alongaria a distância entre a Constituição, os tribunais ordinários e os cidadãos; eliminaria, sem alternativa, uma dimensão da tutela subjetiva

22 Nesse sentido vide: Novais (2006, p.155-187).

23 A introdução do recurso de amparo constitucional é expressamente defendida pelos professores Novais (2006, p.155-156); Novais (2005, p.91-117); Alexandrino (2010, p.41-49).

24 No controlo de constitucionalidade, em Espanha, operam, sob a forma abstrata, por via de ação, o denominado recurso de constitucionalidade, sob a forma concreta (a denominada questão de inconstitucionalidade), e um controlo prévio, restrito ao exame dos tratados internacionais (cfr. STRECK, 2002, p.293 ss.).

25 O autor sustenta não haver urgência na reforma; entretanto, avança com a sugestão de introduzir, na fiscalização concreta, um incidente de inconstitucionalidade por omissão. Ainda no sentido de "migração" do sistema concentrado de reenvio prejudicial, vide Reis Novais (2006, p.185); Reis Novais (2005, p.91-117), e, mais recentemente, Ramos;Morais (2012, p.243).

dos direitos e interesses dos cidadãos feita, atualmente, através do recurso ao Direito Constitucional (MORAIS, 2006, p.1017).

Efetivamente, a posição que o particular ocupa no processo de controlo difuso constitui uma das suas maiores virtudes, na medida em que o "habilita" não só a defender os seus interesses sem "interferência externa", mas fundamentalmente porque o aproxima da Constituição. Permite ao cidadão participar diretamente do processo de garantia ou defesa da Lei Fundamental contra restrições normativas do legislador democrático, isto é, contra eventuais atuações inconstitucionais do Estado legislador.

Uma diferença de relevo reporta-se aos específicos instrumentos de proteção dos direitos fundamentais pelo Tribunal Constitucional. No modelo de suspensão de instância espanhol, o particular não tem legitimidade para aceder ao TCE por via da "questão de inconstitucionalidade". Não obstante, o acesso ao TCE é garantido através do recurso de amparo constitucional, enquanto mecanismo específico de reação contra certas violações aos direitos e liberdades fundamentais (cfr. o n.º 2 do artigo 53 CE), provocadas por atuação dos poderes públicos (TREMPS, 2005, p.153; TREMPS, 1987, p.54), incluindo as decisões jurisdicionais.

Constitui esta nota uma das maiores vantagens deste ordenamento constitucional espanhol sobre o português. Pois, através do amparo constitucional, o cidadão pode impugnar diretamente um ato violador de um seu direito fundamental, já que o amparo pressupõe uma acção autónoma e independente da fiscalização da constitucionalidade. Não obstante o seu destaque em relação ao recurso de constitucionalidade português, não é, por isso, um instituto isento de reparos.

Um dos campos em que o instituto do amparo oferece maiores dificuldades é o do seu objecto de protecção, e a questão vai no sentido de saber se devem ser protegidos por esta via apenas os direitos expressamente previstos nos artigos 14 a 29 da CE ou se também os localizados fora dessa carta. Uma outra crítica tem a ver com o seu carácter extraordinário. Ou seja, esta característica faz dele um remédio convertido numa espécie de instrumento de última instância.

Não consagrou o legislador constitucional português, e, por isso, não existe, uma figura semelhante²⁶, sendo o campo do acesso ao TC um dos mais problemáticos da justiça constitucional portuguesa, por ser este o domínio em que se reconhecem as "maiores deficiências, distorções e perversões." (NOVAIS, 2006, p.159). Ora, tendo o sistema português uma estrutura de natureza exclusivamente normativa²⁷, obviamente, ficam "subtraídas" (ao menos em teoria, como vimos) "à intervenção garantística do Tribunal Constitucional" todas as inconstitucionalidades atuadas não já por normas, mas através de "decisões e atos individuais e concretos" (NOVAIS, 2006, p.159), quer sejam praticados pela Administração ou pelo poder judicial. Por isso, o sistema de proteção é "lacunoso e contraditório" (NOVAIS, 2006, p.161).

Ora, se a justiça constitucional se justifica (historicamente) pela necessidade de defesa da Constituição, mormente dos direitos fundamentais nela consagrados, paradoxalmente, a justiça constitucional portuguesa apenas está habilitada a tutelar os direitos resultantes de intervenções normativas (NOVAIS, 2006, p.161). Assim, excluem-se do controlo do TC todas as inconstitucionalidades atuadas pelos poderes constituídos, conduzidas por via não normativa, daí que não pode o TC ser considerado o "*tribunal dos direitos fundamentais*" (NOVAIS, 2006, p.161).

Perante este quadro deficitário de proteção (NOVAIS, 2006, p.159) a que estão submetidos os direitos fundamentais, a única resposta adequada à problemática seria a introdução do amparo ou queixa constitucional alemã²⁸, em que os particulares apenas teriam a via do TC aberta após prévio esgotamento das vias judiciais comuns existentes para cada caso em concreto (NOVAIS, 2006, p.183).

É certo que os particulares não gozam desse remédio autónomo e específico (quer na jurisdição ordinária, quer na constitucional) de reação contra lesões dos direitos fundamentais provocadas por atos normativos ou por autoridades públicas não administrativas (ANDRADE, 2012, p.347), como sucede em Espanha. Contudo, o TC, ao admitir a possibilidade de conhecimento de segmentos normativos (como se observou), desenvolveu uma jurisprudência que permite proteger os direitos, liberdades e garantias (ANDRADE, 2012, p.349). Porém, essa regra de inexistência de ação constitucional de defesa conhece, de certo modo, alguma compressão, nomeadamente quando se

26 Vide, a propósito, os projetos apresentados pelos Partidos Políticos, que evidenciam a tentativa na introdução de um recurso de amparo: PCP (DAR-II, n.º 4 –RC, de 28 de março de 1988, p. 55); Deputados do PS Almeida Santos, Vera Jardim e António Vitorino (DAR-II, n.º 65-RC, de 10 de janeiro de 1989, p. 2004) e (DAR-II, n.º 27, de 7 de março de 1996).

27 Não obstante se reconheça o ordenamento português como a fonte direta de produção legislativa do direito angolano, facto é que este ordenamento acaba por superar aquele, ao consagrar um remédio próprio, destinado à reparação de violações de direitos, liberdades e garantias (e direitos análogos) cometidas por decisões judiciais ou por atos administrativos definitivos e executórios. Referimo-nos especificamente ao recurso extraordinário de inconstitucionalidade (doravante REI), que, embora (quanto à *ratio*) se aproxime do amparo constitucional espanhol, dele difere quanto ao modo de acesso e tutela. O REI foi introduzido na ordem constitucional angolana [enxertado à fiscalização concreta (cfr. as al.a) e b) do artigo 49.º)] com a aprovação da Lei n.º 3/08, de 17 de junho, Lei do Processo Constitucional, com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei n.º 25/10, de 3 de dezembro, especificamente pelo seu artigo 13.º. Trata-se, assim, de um mecanismo de defesa e acesso indireto ao TCA, porque esse acesso e defesa são garantidos quando e na medida em que o cidadão suscitar um incidente de inconstitucionalidade no âmbito de um "processo-pretexo". Assim vistas as coisas, difere do amparo constitucional, porque este, apesar de constituir uma garantia jurisdicional interna última dos direitos fundamentais, constitui um mecanismo de reparação autónomo, sumário ou rápido (cfr. TREMPS, 2005, p.150; HÁBERLE, 2001, p.35; REYES, 2005, p.142).

28 A introdução do recurso de amparo constitucional na ordem constitucional portuguesa é expressamente defendida, entre outros, pelos professores Reis Novais (2006, p.155-156;183 ss.); Reis Novais (2005, p.91-117), e, mais recentemente, Ramos;Morais (2012, p.243); Alexandrino (2010, p.41-49). Este último defende a introdução do amparo, apresentando uma perspetiva centrada na impugnação junto do Tribunal Constitucional de decisões judiciais inconstitucionais violadoras de direitos, liberdades e garantias proferidas por tribunais supremos ou superiores; posição defendida mais recentemente em «Mesa Redonda», realizada pela FDUL, in *Perspetivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil* (RAMOS;MORAIS, 2012, p.250 ss).

reporta aos direitos, liberdades e garantias.

Trata-se da possibilidade de *impugnação de uma decisão judicial* — através da providência do *habeas corpus* (artigo 31.º da CRP) —, que permite ao cidadão requerer ao Supremo Tribunal de Justiça (STJ) a anulação de uma medida de prisão ou detenção ilegal e ofensiva do direito à liberdade (ANDRADE, 2012, p.349 ss.). A outra respeito à impugnação (junto dos tribunais administrativos) de uma *norma administrativa*, de natureza regulamentar, diretamente inconstitucional, por lesar DLG's (cfr. o n.º 5 do artigo 268.º CRP). Verifica-se ainda, no Contencioso Administrativo, uma via de proteção jurisdicional, garantida pelo processo de *intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias*²⁹. Trata-se de um remédio urgente (artigo 109.º do CPTA) de reparação das violações aos direitos, liberdades e garantias (e direitos análogos — artigo 17.º CRP), resultante da atuação ilegal da Administração Pública (ALMEIDA, 2004, p.276).

A real existência de lesões relevantes no conteúdo dos direitos fundamentais, originadas por intervenções restritivas da Administração Pública ou pelos tribunais, só é plausível mediante uma prévia demonstração cuja base passaria por um período temporalmente delimitado (MORAIS, 2011, p.1045 ss.). Tornando-se, assim, possível a análise dos processos do contencioso administrativo, de modo a que se pudesse contabilizar os atos administrativos onde o demandante, explícita ou implicitamente, tivesse invocado lesões diretas a direitos fundamentais, ou ainda a análise dos recursos interpostos de decisões proferidas em todos os processos jurisdicionais, de modo a verificar, a título principal ou acessório, o questionamento da constitucionalidade de sentenças fundadas na violação direta de direitos declarados (MORAIS, 2011, p.1045 ss.).

Não parece que a operação contabilística seja critério suficiente e bastante para se aferir da real existência ou inexistência de lesões aos direitos fundamentais. *Primeiro*, porque elas não necessitam de contabilização, pois constituem, em sociedades humanas, uma evidência do quotidiano. *Segundo*, porque nem sempre os particulares acorrem aos tribunais para dar notícia de ameaças ou lesões aos seus direitos, seja qual for a proveniência da lesão. Daí que nos seja difícil acompanhar o Professor Blanco de Moraes nesse seu raciocínio. Pois que a existência ou inexistência da perigosidade na atuação da Administração Pública seria insuscetível de ser refletida apenas pelos Contenciosos Administrativo ou Constitucional.

Ainda que se argumente no sentido de (em fiscalização concreta) — com o conceito funcional de norma desenvolvido pela jurisprudência constitucional — se ter tornado possível a proteção de direitos, liberdades e garantias, a verdade é que, o controlo concreto pelo TC continua a ser exclusivamente normativo (afastando-nos por essa razão da tese do professor Vieira de Andrade) e, como tal, não cobre a reparação dos direitos motivada por atuações concretas dos atos da Administração ou decisões judiciais, manifestando, pois, a nossa concordância com a tese do Professor Reis Novais. Da mesma forma que o particular não está habilitado a impugnar uma atuação (seja uma norma ou segmento dela) diretamente perante o TC, sem antes provocar um incidente de inconstitucionalidade.

Mesmo que se reconheça existirem, no ordenamento jurídico interno, instrumentos de defesa (como os acabados de apresentar) que atenuem a falta de uma ação constitucional, ou no direito internacional [como o de dirigir queixas ao Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas contra o Estado, por lesões aos direitos constantes no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) ou recorrer para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem], os direitos fundamentais continuam sem mecanismo autónomo e expedito de defesa, por via desse fundamental instituto: o da Justiça Constitucional. Porque o único instrumento com o qual se garantem os direitos do cidadão português é o incidente de inconstitucionalidade, que, como vimos, é um mecanismo indireto e não autónomo, e, como tal, não garante uma tutela temporalmente justa. Mesmo que adicionássemos a Intimação a esse leque de garantias, não resolveríamos o problema. Porque este processo, apesar de ter carácter célere e autónomo, é excessivamente restritivo, na medida em que não garante a tutela de todos os direitos, liberdades e garantias, mas apenas os direitos em situações de urgência. E, mais ainda, não cobre as violações resultantes de decisões judiciais.

Diferença não menos importante prende-se com os efeitos das decisões de provimento³⁰ proferidas pelo Tribunal Constitucional. Nos termos do artigo 164 da CE e do n.º 1 do 39 da LOTC, as decisões de inconstitucionalidade têm força geral obrigatória, isto é, produzem efeitos erga omnes. Significa que a decisão de inconstitucionalidade anula a norma do sistema jurídico. Pelo contrário, as decisões proferidas no âmbito do modelo concreto difuso³¹ apenas determinam a desaplicação da norma ao caso concreto, pelo que permanece válida no sistema jurídico (AMARAL, 2002, p.20-21 ss.).

Esta componente do sistema difuso português constitui uma diferença absoluta em relação ao sistema de reenvio, porque a decisão, quando o juiz constitucional se pronuncia no sentido de inconstitucionalidade de uma norma legal, altera direta e imediatamente o sistema de fontes (AMARAL, 2002, p.20-21 ss.). Porque fere de morte a norma declarada inconstitucional mas não a elimina imediatamente, tal fenómeno anómalo abala e fragiliza o sistema de fontes e perturba a unidade do direito objetivo, que acaba por instalar uma situação de insegurança jurídica no sistema (AMARAL, 2002, p.19-21 ss.; AMARAL, 2005, p.67 ss.).

O princípio da segurança jurídica talvez seja o argumento mais impressionante utilizado pela doutrina que propende para a substituição do atual sistema por um de fiscalização concreta de tipo concentrado (MORAIS, 2006, p.1026 ss.), uma vez que esta "fragilização das fontes" não é inteiramente explicada pela doutrina que a problematiza (MORAIS, 2006, p.1027). De todo o modo, o controlo de constitucionalidade não tem por objeto as fontes, mas sim as normas jurídicas, organizadas em diferentes tipos e categorias, que se diferenciam em razão dos critérios da hierarquia, competência, forma e do procedimento. Ora, se o sistema de fontes pressupõe um conjunto ordenado de princípios

29 Esta providência visa assegurar, em tempo útil, o cumprimento, pela Administração, não só das suas obrigações de respeito e de prestação, como também dos seus deveres de proteção dos direitos, liberdades e garantias contra condutas lesivas de outros particulares.

30 Sobre o conceito e a distinção entre as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional, Canas (1994, p.17 ss.).

31 Sobre os pressupostos das decisões de fiscalização da constitucionalidade e, especificamente, sobre o controlo concreto, Jorge Miranda, «Manual de Direito Constitucional...», Tomo VI, p. 69.

e regras que disciplinam o regime operativo dos atos normativos, não se percebe como uma simples desaplicação de uma norma em fiscalização concreta, com fundamento na sua inconstitucionalidade, venha abalar o referido sistema (MORAIS, 2006, p.1028).

Com efeito, o sistema normativo é regido pelo princípio da hierarquia entre as normas constitucional e legislativa. Assim, havendo violação de uma norma constitucional por uma infralegal, esta é inválida³² e os tribunais, por força do princípio da constitucionalidade, devem desaplicá-la, com fundamento na sua inconstitucionalidade (MORAIS, 2006, p.1028). Por isso, a decisão de desaplicação de uma norma no sistema difuso de controlo concreto incidental, nada mais será do que o cumprimento dos critérios "reitores" do sistema normativo ou do "sistema de fontes". Pelo que os seus efeitos sancionatórios, ao invés de o "fragilizarem", asseguram a sua proteção (MORAIS, 2006, p.1028).

De facto, constitui essa componente do sistema motivo propiciador de insegurança e incerteza jurídica. Na medida em que a proteção do sistema oferecida pela decisão de desaplicação é circunscrita ao caso que deu origem ao incidente, pois tem eficácia inter partes (MIRANDA, 2002, p.732) e só neste processo faz caso julgado formal. Ora, se assim é, nada impede que a mesma norma venha a ser aplicada para a resolução de casos subsequentes. Ou por eventual ignorância do fenómeno por parte do juiz, ou por entender fazer uma interpretação diferente do referido preceito.

É verdade que o julgador é, em princípio, uma pessoa avisada ou informada; todavia, ainda que assim seja, ele não está obrigado ou vinculado pela jurisprudência do TC, uma vez que não vigoram em Portugal o princípio do *stare decises* e a regra do precedente, próprios do modelo difuso puro de que são exemplo os EUA. Aí, as decisões do Supreme Court são vinculativas para os restantes tribunais inseridos nas respectivas jurisdições. Contudo, em atenção a esta segurança e certeza do Direito, talvez seja a parte do sistema que deva merecer uma atenção dos doutrinadores e do legislador portugueses.

5. CONCLUSÕES

Tendo concluído a abordagem do sistema de controlo concreto da constitucionalidade, cumpre-nos proceder a um balanço final deste estudo.

1.º A CRP (n.º 3 do artigo 3.º) consagra o princípio da constitucionalidade, segundo o qual "a validade das leis e dos demais actos do Estado (...) depende da sua conformidade com a Constituição". Nestes termos, a Constituição proclama o princípio da constitucionalidade da ação de todo o aparelho estatal. Sucede que, na definição de inconstitucionalidade que ela apresenta (n.º 1 do artigo 277.º), se reporta apenas a normas jurídicas. Um paradoxo. Porque o texto constitucional precisava de dizer, a partir desse quadro instituído, qual é o regime jurídico possível para o controlo de outras categorias de atos não normativos desconformes com a Constituição, designadamente, aqueles que violem diretamente a Constituição, como sejam os atos administrativos e as decisões judiciais.

2.º É certo que os tribunais são órgãos do Estado a quem a Constituição incumba o dever de dirimir conflitos, e, nessa medida, o de proteger os direitos individuais. Porém, não estão isentos de erros. O princípio da constitucionalidade, tal como é definido pela CRP, não pode deixar de vincular esse poder. Nesse sentido, e apenas nesse (e não com o argumento de "défice de proteção" dos direitos fundamentais), justifica-se uma alteração no sistema de garantia dos direitos fundamentais oferecido pelo instituto do controlo concreto da constitucionalidade. Alteração que vá no sentido de permitir a defesa desses direitos e da Constituição contra atos sem valor de lei, por um lado, mas que permita a utilização do mecanismo sem contornos difíceis para o cidadão — um mecanismo célere e prioritário.

3.º O TC é, de facto, um órgão a quem a CRP atribuiu a função de administrar a justiça em matéria de natureza jurídico-constitucional (artigo 221.º CRP). A sua competência, em fiscalização concreta, é a que resulta dos artigos 280.º da CRP e 69.º, 70.º ss. da LTC. Com efeito, o TC atua como o centro propagador da "cultura constitucional", uma vez que é da sua jurisprudência que depende, em última análise, a fixação uniforme da doutrina constitucional, *maxime*, dos direitos fundamentais. Todavia, o cumprimento dessas funções pode tomar um rumo difícil e de natureza impraticável: desde logo, pela construção de um conceito funcional de norma por si edificado ao longo da sua jurisprudência. Ao admitir com essa construção que pode fiscalizar segmentos normativos com a concreta interpretação que lhe dá o juiz ordinário na aplicação de um caso concreto, estendeu excessivamente, e ao arrepio da lei, a sua competência.

Depois, porque, e em consequência disso, essa jurisprudência criou a ilusória ideia da existência no ordenamento jurídico de um "quase-amparo". É, a nosso ver, uma caracterização forçada, porquanto o amparo, pelo menos com o sentido com que vigora em Espanha, pressupõe uma defesa autónoma dos direitos, isto é, não dependente do controlo de constitucionalidade de um processo pretexto.

5.º O que não corresponde a uma caracterização rigorosa, se atendermos ao facto de o sistema de fiscalização da constitucionalidade instituído em Portugal ter natureza estritamente normativa. Ora, esta é uma das facetas do sistema ao qual se impõe uma reavaliação. Porque constitui uma prática incerta e pouco clara, suscetível de propiciar menos qualidade no funcionamento do atual sistema e, o que é pior, uma atuação através de procedimentos formalmente inexistentes.

4.º Relativamente ao "hipotético conflito entre jurisdições" motivado pela revogação das decisões do TC. Se a nossa análise fosse reduzida à mecânica de controlo concreto, por comparação com o âmbito processual entre o sistema de recurso de constitucionalidade de base difusa e o modelo concentrado de reenvio prejudicial, então, este último seria de facto menos conflitual. Não é nesse sentido que dirigimos a nossa análise do problema, na medida em que o modelo de base difusa garante maior solidariedade entre os julgadores. Garante uma aproximação do cidadão à Lei Fundamental e permite ao juiz ordinário realizar a sua função de garante da ordem jurídico-constitucional.

³²Note-se que, como já o explicou o Professor Gomes Canotilho, uma norma em desconformidade (material formal ou procedimental) com a Constituição é nula, daí que o juiz, antes de decidir qualquer caso, tem a obrigação de examinar (nisso se traduzindo o seu direito de exame ou de fiscalização) da sua conformidade com as normas e princípios da Lei Fundamental (CANOTILHO, 2003, p.983).

Portanto, a substituição do atual sistema por estes argumentos não pode vingar, uma vez que o mecanismo da anulação ou revogação de decisões dos tribunais inferiores não é algo singular da Justiça Constitucional (operado através do controlo da constitucionalidade), mas, em última análise, do sistema judicial em geral.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, José de Melo. Sim ou não ao Recurso de Amparo? *Julgar*, N.º 11, Coimbra, 2010.
- ALMEIDA, Mário Aroso de. *Manual de Processo Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2010.
- ALMEIDA, Mário Aroso de. *O novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*. 3. ed., revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 2004.
- AMARAL, Maria Lúcia. Queixas Constitucionais e Recurso de Constitucionalidade: Uma lição de direito público comparado. In: *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2008.
- AMARAL, Maria Lúcia. Problemas da Judicial Review em Portugal, *Themis*, Ano VI, N.º 10, Coimbra, 2005.
- AMARAL, Maria Lúcia. Justiça Constitucional: Proteção dos Direitos Fundamentais e segurança jurídica: ou que modelo de Justiça Constitucional melhor protege os Direitos Fundamentais? *Anuário Português de Direito Constitucional*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2012.
- ARAÚJO, António de; COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da. III Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha. Guatemala, nov. 1999, relatório português.
- BOTELHO, Catarina Santos. Haja uma nova jurisdição constitucional: pela introdução de um mecanismo de acesso direto dos particulares ao Tribunal Constitucional. Lisboa, *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, I-IV, p.591-623, 2010.
- BOTELHO, Catarina Santos. *Tutela Direta dos Direitos Fundamentais: avanços e Recuos na dinâmica garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional*. Coimbra: Almedina, 2010.
- BRITO, Wladimir. O Amparo Constitucional. *Revista Jurídica de Macau*, N.º especial, 1999.
- CANAS, Vitalino. *Os Processos de Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade pelo Tribunal Constitucional: natureza e princípios estruturantes*. Coimbra: Coimbra Editora, 1986.
- CANAS, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*. 2. ed., revista. Lisboa: AAFDL, 1994.
- CARDINAL, Paulo. O amparo de direitos fundamentais no direito comparado e no ordenamento jurídico de Macau, *RJM*, N.º especial, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. No Sexénio do Tribunal Constitucional Português: para uma Teoria Pluralista da Jurisdição Constitucional, *RMP*, Lisboa, setembro, 1988.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. II, 4. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- CORREIA, Fernando Alves. A justiça constitucional em Portugal e em Espanha: encontros e divergências, *Revista Jurídica de Macau*, N.º especial, 1999.
- COSTA, Cardoso J. M. O Tribunal Constitucional Português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, *Ab Uno ad Omnes: 75 Anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- CUOCOLO, Fausto. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 9. ed., Giuffré, Milano, 1996.
- GOMES, Carla Amado (Org.). *V Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público*. Lisboa, 2012.
- HÄBERLE, Peter. O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional, *Sub Judice*, Tomo 20/21, 2001, p.33-64.
- HANS, Kelsen. La garantie juridictionnelle de la Constitution, *Revue du Droit Public*, Tome quarante-cinquième, XXXV Année, Paris, 1928.
- MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade e da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. Tomo IV, 5. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: inconstitucionalidade e garantia*. 3. ed., Tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MORAL, A. Torres del. Principios de Derecho Constitucional Español, 3. ed. Vol. II, *Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho*, Madrid, 1992.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional: o direito do Contencioso Constitucional*. 2. ed, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional: garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*. 2. ed., Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- MORAIS, Carlos Blanco de. Fiscalização da constitucionalidade e garantia dos direitos fundamentais: apontamento sobre os passos de uma evolução subjettivista. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. V, Direito Público e Vária, Coimbra: Almedina, 2003.
- MOREIRA, Vital. O Tribunal Constitucional português: a fiscalização concreta no quadro de um sistema de justiça constitucional, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. Comemorativo, Coimbra, 2003.
- NOVAIS, Jorge Reis. Em defesa do recurso de amparo constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade). In: *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. Em defesa do Recurso de amparo constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade), *Themis*, ano VI, n.º10, 2005, p.91-117.
- PALMA, Maria Fernanda. Constitucionalidade e justiça: um desafio para a justiça constitucional, *Themis*, Ano I, n.º 1, 2000.
- RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de. *Perspetivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*. Almedina: Coimbra/São Paulo, 2012.
- REGO, Carlos Lopes do. O objeto idóneo dos recursos de fiscalização concreta da constitucionalidade: as interpretações normativas sindicáveis pelo Tribunal Constitucional. In: *Jurisprudência Constitucional*, n.º 3, Associação dos Assessores do Tribunal Constitucional (AATRIC), julho/setembro, 2004.
- REYES, Manuel Aragón. Relaciones Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo. El proceso constitucional de amparo. Lima, Palestra, n.º especial de Justicia Constitucional, *Revista de Jurisprudência e Doctrina*, Año I, n.º 2, agosto-diciembre, 2005.
- SEGADO, F. Fernández. *El Sistema Constitucional Español*. Madrid: Dykinson, 1992.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.
- SOSA, Edgar Corso. *La Cuestión de Inconstitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- TREMPS, Páblo Pérez. El recurso de amparo en el ordenamiento español. El proceso constitucional de amparo, n.º especial de justicia constitucional, *Revista jurídica y doctrina*, año I, n.º 2, Agosto-Diciembre, 2005.
- TREMPS, Páblo Pérez. Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus. Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas, VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, *Separata do Boletim do Ministério da Justiça, Documentação e Direito Comparado*, 2.ª parte, Lisboa, 1987.
- URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2012.

Recebido em: 19/08/2015

Aprovado em: 09/02/2016

EL DERECHO A LA VERDAD EN LA HISTORIA DE LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL COLOMBIANA: Leyes 975 de 2005 y 1448 de 2011

THE RIGHT TO THE TRUTH IN THE HISTORY OF THE COLOMBIAN TRANSITIONAL JUSTICE PROCESS: Laws 975 of 2005 and 1448 of 2011

LAURA A. GIRALDO ÁNGEL ¹

SOFÍA QUINTERO AQUITE ²

YILLY VANESSA PACHECO RESTREPO ³

RESUMEN: La verdadera discusión acerca de la justicia transicional al interior del Estado colombiano solo tuvo sus inicios hasta que fue sancionada la ley 975 de 2005 "Ley de Justicia y Paz", en la que por primera vez, se hizo referencia a los derechos a la verdad, justicia y la reparación junto a las garantías de no repetición como derechos que se deben garantizar a las víctimas de graves violaciones a Derechos Humanos en el contexto del conflicto armado interno, sin embargo, el enfoque que se dio a la garantía de la verdad fue tendiente a una verdad judicial mediante versiones libres que dejaron vacíos enormes en la satisfacción del derecho a la verdad de las víctimas y la sociedad en general. Posteriormente, se sancionó la ley 1448 de 2011, "Ley de Víctimas", con un enfoque para la construcción de la verdad histórica. Actualmente, con el acto legislativo 01 de 2012 el gobierno colombiano instauró un modelo holístico de Justicia Transicional en el que la búsqueda de la verdad se complementa tanto de procesos judiciales como extra-judiciales toda vez que la verdad constituye un punto esencial para la transición del conflicto armado a la paz a fin de reconstruir el tejido social y la memoria colectiva, atendiendo las necesidades de las víctimas del conflicto armado, así como las garantías de no repetición para contribuir al establecimiento de una paz que perdure en el tiempo.

Palabras clave: Justicia Transicional. Víctimas. Derecho a la Verdad. Justicia. Garantías de no repetición y Memoria colectiva.

ABSTRACT: The real discussion about transitional justice in the Colombian State started until the Law 975/2005 "Law of Justice and Peace", in which for the first time, was referenced the "humanitarian trilogy: truth, justice and reparation", as rights that must be guaranteed to the victims of serious violations of human rights. That law was focused on judicial truth through free versions but it did not satisfied the victims and society needs, after that, the Congress decided to sanction the law 1448 of 2011, "Victims' Law", focused on the construction of the historical truth. Currently, with the legislative act 01 of 2012 the Colombian government implemented a holistic model of transitional justice in which the search for truth is complemented with both judicial and extra-judicial proceedings whenever the truth is an essential point for the transition from armed conflict to peace in order to rebuild the social fabric and the collective memory, meeting the needs of victims of armed conflict and guarantees of non-repetition to help establish a lasting peace.

Keywords: Transitional Justice. Victims. Right to the truth. Justice. Guarantees of non-repetition and Collective memory.

1. Ante ello es pertinente mencionar los enfoques teóricos de la justicia transicional que se hacen de, así:

- El primero Es un enfoque maximalista que reivindica la justicia retributiva y, por tanto, los juicios penales como el instrumento por excelencia para una transición exitosa. De acuerdo con esta aproximación, la realización de juicios penales no solo es un imperativo legal, sino que es necesaria para disuadir la comisión de futuras violaciones, afianzar la vigencia del derecho y evitar la justicia privada.
- El segundo El enfoque minimalista, privilegia la concesión de amnistías como un mecanismo para garantizar la estabilidad necesaria a fin de avanzar en la consecución de los fines de las transiciones.
- El tercero El enfoque moderado, cuya piedra angular es la justicia restaurativa, exalta el papel de mecanismos extrajudiciales de rendición de cuentas como las comisiones de la verdad, pues reconoce que la justicia retributiva puede obstaculizar la transición, pero al mismo tiempo advierte la necesidad de que exista algún tipo de atribución de responsabilidad por las violaciones de los derechos humanos que pretenden ser superadas.

El cuarto Es un enfoque holístico que promueve la articulación de los distintos mecanismos judiciales —juicios penales y amnistías— y no judiciales —comisiones de la verdad y programas administrativos de reparación—, bajo la consideración de que ningún instrumento es suficiente por sí mismo para satisfacer las complejas demandas que se plantean en un proceso de transición

2. CIDH, Informe "Derecho a la verdad en América", 2014, CICR, Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louis, El derecho internacional humanitario consuetudinario, 2007, norma 117.

3. La Carta de las Naciones Unidas se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año.

1. INTRODUCCIÓN

A partir de la promulgación de la ley 975 de 2005, conocida como Ley de Justicia y Paz, se originaron las discusiones sobre la justicia transicional al interior del Estado colombiano, pues dicha normativa marcó el inicio de la vinculación de los estándares internacionales en ésta materia, a través de la integración de los Convenios Internacionales ratificados en Colombia con el Derecho interno, mediante el bloque de constitucionalidad, de donde se ha derivado el mandato de no impunidad, es decir, "investigar y revelar la verdad sobre las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos fundamentales." (MÉNDEZ, 2005, p.532). Por ello se hace necesario un análisis sobre el avance, desarrollo y reconocimiento que se ha venido otorgando al derecho a la verdad con ocasión de los procesos de justicia transicional vigentes hasta el momento, con las leyes de Justicia y Paz y el Marco Jurídico para la Paz, esto es el Acto Legislativo 01 de 2012.

De conformidad con lo anterior, ante la necesidad de transformaciones radicales de un orden social y político de gran complejidad, como el caso colombiano, en el que se pretende la finalización del conflicto armado interno para la consecución de la paz (UPRIMNY; SAFFON, 2006, p.13), la comunidad internacional ha advertido la importancia de implementar condiciones propicias que fortalezcan los procesos de justicia transicional. Por ello, como fundamento inicial de este artículo, se recurrirá al año de 1993 en el que se decidió designar como Relator Especial al francés Louis Joinet, para adelantar una investigación sobre los mecanismos y principios que debían de tenerse en cuenta al interior de los Estados para la lucha contra la impunidad, ahí se recopiló información que permitiera identificar parámetros para la protección de los derechos humanos dentro de los Estados en conflicto o dictadura. Al concluir su trabajo, se logró presentar "El conjunto de principios y directrices para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad," en 1997, los cuales fueron retomados y actualizados por la profesora Diane Orentlicher, en el 2005, quedando consolidados como el "Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad". En efecto, se establecieron así principios y mecanismos para garantizar los derechos de las víctimas en los procesos de transición, esto es: la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, prohibiendo la consecución de amnistías generales, indultos o perdones absolutos, pues van en contra del deber de garantía de los Estados a investigar, juzgar y sancionar, generándose impunidad. De hecho se estructuraron mecanismos extrajudiciales para la reconstrucción de la verdad, y el esclarecimiento de los hechos, en los diferentes procesos históricos de sociedades en transición, tales como, las comisiones de verdad y las comisiones de investigación, que contribuyen a la verdad y a la memoria histórica, siendo utilizadas en algunos casos por ciertos Estados en transición.

Por una parte, se procede a realizar un acercamiento exploratorio, en el plano nacional, tras la existencia de un conflicto armado no internacional que ha prevalecido al interior del Estado colombiano durante más de 50 años, caracterizado por la presencia de diferentes grupos armados al margen de la ley, (CRUZ-ROJA, 2008, p.2;3) y la transgresión sistemática y continua de la legislación internacional del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario, en el que se han cometido un gran número de crímenes de guerra y lesa humanidad. Sin embargo muchos han sido los intentos jurídicos y políticos que se ha dado para culminar el conflicto armado colombiano, como por ejemplo: Ley 418 de 1997, que buscó la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley; Ley 387 de 1997, para prevenir el desplazamiento forzado y los diálogos de paz con las FARC entre el año 2000-2002. Empero, durante el gobierno del ex presidente Álvaro Uribe a través de la Ley 975 del 2005 se inició un proceso de justicia transicional en aras de finalizar el conflicto armado interno y garantizar los derechos de las víctimas sobre la base de los tres principios de justicia, verdad y reparación, Ley de Justicia y Paz en la que se pretendió construir un camino hacia la paz, desmovilizando a los grupos paramilitares. (PASTRANA, 2007, p.2) Seguido de ello, se sancionó la Ley 1448 de 2011, Ley de Víctimas y restitución de tierras. En la que se determinó la adopción de medidas para enjuiciar las infracciones al Derecho internacional humanitario, y violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de derechos humanos, "ocurridas con ocasión del conflicto armado interno a partir del 1o de enero de 1985".

Por otra parte, se explorarán las críticas y debates que se han suscitado en torno a los esfuerzos por alcanzar un máximo de garantías plausibles en el proceso de justicia de transición iniciado en el 2005, y criticado por muchos autores que han estado en contra de la forma en cómo se han abordado estos procesos de transición y en cómo se han encaminado estas leyes antes mencionadas entorno a la verdad, al interior del Estado, ocasionando lo que a bien ha tenido llamar el profesor Rodrigo Uprimny (2006) en definitiva una "Justicia transicional sin transición".

Finalmente se dejarán sobre el papel, algunas aproximaciones en la esperanza que se aguarda con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2012 "Marco Jurídico Para La Paz" que empezó a establecer el derrotero que marca las pautas para constituir la paz en Colombia siguiendo un modelo de justicia transicional con un enfoque holístico, que mezcla tanto mecanismos judiciales como extrajudiciales dada la existencia de varios enfoques teóricos en torno a la justicia de transición (OLSEN;PAYNE;REITER en UPRIMNY; SÁNCHEZ; SÁNCHEZ, 2014, p.94).¹ Acogiéndose, al cuarto enfoque, para encontrar un punto de equilibrio entre las partes del conflicto con miras a garantizar la paz, lo que implica "en todos los casos, el sacrificio al menos parcial de una de ellas para de la realización de la otra". (UPRIMNY; SÁNCHEZ; SÁNCHEZ, 2014, p.152). En donde se ha considerado la implementación de una comisión de la verdad; todo un reto y desafío para el esclarecimiento histórico y el resarcimiento de las víctimas, en razón a la complejidad del conflicto colombiano.

2. ANTECEDENTES SOBRE EL DERECHO A LA VERDAD

El derecho a la verdad ha tenido sus orígenes legales y normativos en el Derecho Internacional Humanitario estableciéndose la obligación de los Estados de buscar a las personas desaparecidas en el marco de conflictos armados internacionales². Asimismo, se resalta que las primeras referencias con respecto a este derecho, se dan en el marco de las desapariciones forzadas como lo determinan los artículos 32 y 33 del protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, respectivamente así:

Principio general: [...] las actividades de las Altas Partes Contratantes, de las Partes en conflicto y de las organizaciones humanitarias internacionales mencionadas en los Convenios y en el presente Protocolo deberán estar motivadas ante todo por el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros.

Posteriormente, como consecuencia de las dos posguerras mundiales en el continente europeo, siglo XX, se produjeron graves vulneraciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos que trajeron consigo un trabajo mancomunado y asociado entre los Estados con el objetivo de dar fin a aquellas devastadoras circunstancias bélicas y evitar así, reincidir en una tercera guerra mundial, es por ello que mediante la declaración de la Carta de las Naciones Unidas³, los Estados a bien convinieron en la creación de dicha organización, dentro de la cual se estipuló, como propósito y fin primero, la concreción de "La paz"⁴, mediante el diálogo, y la cooperación internacional. En medio de estos avances, "el Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/79/Add.63 y CCPR/C/19/D/107/1981) y el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias (E/CN.4/1999/62) iniciaron el reconocimiento del derecho que le asiste a las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos y a sus familiares de conocer la verdad sobre los sucesos ocurridos, y en particular, la identidad de los autores de los hechos que dieron lugar a las violaciones.

En 1993 se cristalizaron aquellos avances que se habían venido dando en el Derecho Internacional, dado que se decidió designar como Relator Especial al francés Louis Joinet, para investigar sobre mecanismos y principios a tenerse en cuenta al interior de los Estados en la lucha contra la impunidad. Al concluir su trabajo, se logró presentar "El conjunto de principios y directrices para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad," en el año de 1997⁵, los cuales posteriormente fueron actualizados por la profesora Diane Orentlicher, en el "Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad" (ORENTLICHER, 2005).⁶ Lo anterior haciendo referencia a procesos de justicia de transición. En ese mismo sentido, Van Zyl (2008, p.15) expresa que el objetivo de la justicia transicional implica llevar a juicio a los perpetradores, revelar la verdad acerca de crímenes pasados, brindar reparaciones a las víctimas, reformar las instituciones abusivas y promover la reconciliación.

Para efectos del presente artículo, los estudios adelantados en la lucha contra la impunidad, son punto de partida para el análisis del derecho a la verdad contenido en el derecho a saber desarrollado en el capítulo segundo de la resolución E/CN.4/2005/102/Add., que ha establecido, con respecto al derecho a la verdad, en su principio 2 que:

Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad [...] en relación [a] la perpetración de crímenes aberrantes y [...] los motivos que llevaron [a las] violaciones masivas o sistemáticas, [...] de esos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad [...] [evita] la repetición de tales violaciones.

De igual forma reitera en el Principio 4 que las víctimas tienen un derecho a saber en el que:

Independientemente de las acciones que puedan entablar [se] ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima.

Así pues, para que este derecho de igual forma se garantice, en el Principio 5 se consagró que:

Incumbe a los Estados adoptar las medidas adecuadas, incluidas las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento independiente y eficaz del poder judicial, para hacer efectivo el derecho a saber. Las medidas apropiadas para asegurar ese derecho pueden incluir procesos no judiciales que complementen la función del poder judicial [...].

Por ello, una interpretación armónica de estos principios internacionales de gran contenido e importancia jurídica en los procesos de transición, — aun fuera de ellos— permite entender que el derecho a la verdad es tan solo un elemento, — especie— que se subsume en el contenido del derecho a saber — género — como lo menciona el mismo preámbulo:

[...] en interés de las víctimas de violaciones de los derechos humanos, se asegure conjuntamente el respeto efectivo del derecho a saber que entraña el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a obtener reparación, sin los cuales no puede haber recurso eficaz contra las consecuencias nefastas de la impunidad (p.5).

3. La Carta de las Naciones Unidas se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año.

4. El Artículo 1, establece:

Los Propósitos de las Naciones Unidas son:

Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz (...)

5. E/CN.4/Sub. 2/1997/20/Rev.1 del 2 de octubre de 1997.

6. E/CN.4/2005/102/Add.1 del 8 de febrero de 2005.

Y no puede dejarse de lado que en el principio 5 también los Estados pueden recurrir a mecanismos extrajudiciales para el esclarecimiento de la verdad tales como las Comisiones de Investigación o de Verdad, según sea el caso, las cuales se han conceptualizado como "Órganos oficiales, temporales y de constatación de hechos que no tienen carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años". (p.6, Inc. D).

En la misma línea, el principio 14 denota las medidas de preservación de los archivos, en el que se indica que:

El derecho a saber implica la necesidad de preservar los archivos. Se deberán adoptar medidas técnicas y sanciones penales para impedir la sustracción, la destrucción, la disimulación o la falsificación de los archivos, entre otras cosas con el fin de que queden impunes los autores de violaciones de derechos humanos y/o del derecho humanitario.

De hecho, en el mismo año fueron establecidos por el Relator Especial Alejandro Salinas, (2005) "Los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", que han consagrado, en el principio 22, inciso b, el derecho a la verdad como una forma de reparación mediante la satisfacción, esto es:

La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones.

Así pues, se vislumbra hasta el momento que estos principios se asemejan a una brújula en medio del camino, de cara a los procesos de justicia transicional, pretendiendo evitar la impunidad, además reconocen la importancia del derecho a la verdad, el cual no se encuentra de manera aislada o abstracta, ya que se compone y estructura a su vez de principios que se entrelazan para brindar una satisfacción y garantía a las víctimas de derechos humanos y a la sociedad misma, correlacionando derechos fundamentales como la justicia y la reparación, los cuales puede ser vistos como normas rectoras, en los casos de justicia de transición que se han presentado en el interior de muchos Estados a nivel internacional.

2.1. El derecho a la verdad y su reconocimiento

Ahora bien, de manera complementaria diversos órganos en el plano internacional, tanto de carácter judicial como extrajudicial han continuado realizando estudios entorno al derecho a la verdad y el derecho a saber, tal y como se evidencia a través de la resolución E/CN.4/2006/91 del 9 de enero del año 2006, en la que se emitió el estudio sobre el derecho a la verdad, así:

El derecho a la verdad sobre las violaciones manifiestas de los derechos humanos y las infracciones graves del derecho humanitario es un derecho autónomo e inalienable, reconocido en diversos tratados e instrumentos internacionales y también en la jurisprudencia nacional, regional e internacional y en numerosas resoluciones de órganos intergubernamentales a nivel regional y universal.

El derecho a la verdad está estrechamente vinculado a otros derechos, como el derecho a un recurso efectivo, el derecho a la protección jurídica y judicial, [...] el derecho a obtener reparación, [...] La verdad es fundamental para la dignidad inherente del ser humano.

En los casos de violaciones manifiestas de los derechos humanos, como la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas [...] las víctimas y sus familiares tienen derecho a saber la verdad. [Dado el] aspecto social: la sociedad tiene derecho a conocer la verdad sobre los acontecimientos del pasado que se refieren a la comisión de crímenes aberrantes, así como sobre las circunstancias y los motivos por los que se perpetraron, a fin de evitar que se repitan en el futuro.

El derecho a la verdad como derecho independiente es un derecho fundamental de la persona y, por consiguiente, no debe estar sujeto a restricciones. Habida cuenta de su carácter inalienable [...] no se puede suspender. Las amnistías y otras medidas análogas [...] nunca deben [...] perjudicar el derecho a la verdad, que está estrechamente vinculado a la obligación de los Estados de combatir y erradicar la impunidad. (ANDREU, 2008, p.88).

Con ello, posteriormente en la resolución A/HRC/27/56/Add.2 del 2014 el Relator Especial Pablo de Greiff, reafirmó la importancia que reviste la creación de mecanismos alternativos para el esclarecimiento de la verdad, en hechos violatorios de derechos humanos, mencionando que:

[...] en particular las comisiones de verdad, pueden ser instrumentos importantes para el resarcimiento de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos cuando se implementan de una manera integral. Dan voz a las víctimas y afirman su condición de titulares de derechos, contribuyen a la integración social, ayudan a establecer las prioridades de reforma, y proporcionan información esencial para la realización de otras medidas de justicia de transición. (Párr.33)

De igual forma con respecto al acceso de los archivos y la documentación sobre la información de los hechos en contra de los derechos humanos el Relator Especial enfatiza que: “[...] La recuperación, organización y reglamentación del acceso a archivos es una pieza clave en cualquier esfuerzo en favor de la verdad” (párr. 37).

No obstante, no debe dejarse de lado el valor que se le ha otorgado a los archivos y expedientes de las graves violaciones de derechos humanos que consagra la resolución A/HRC/12/19 del 21 de agosto de 2009, así “La protección a las prácticas relacionadas con los archivos y los expedientes de violaciones manifiestas de los derechos humanos, así como los programas de protección de testigos y otras personas que tomen parte en juicios por tales violaciones”, en donde se enfatizó que estos “son elementos que se refuerzan mutuamente y resultan esenciales para asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la verdad” (párr. 2).

Y en cuanto al derecho a la verdad, queda claro que éste:

No es un privilegio inherente que se pueda exigir en todo tiempo y circunstancia por todo ser humano. Es un derecho que si bien está en potencia en todo ser humano, solo se activa en el momento en que se configura una situación de violencia que implique violaciones graves a los derechos humanos (condición del derecho). En esas circunstancias se activan dos tipos de titulares: por una parte, las víctimas o sus familiares (primer titular) tienen derecho a conocer la suerte de sus parientes y el contexto de los hechos –entendiendo por contexto las causas, objetivos, consecuencias de la violencia, modus operandi y responsables de la misma– y a su vez, la sociedad tiene el derecho y deber de conocer lo sucedido (FAJARDO, 2012, p.19).

3. PRINCIPIOS “PARA LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD”: VINCULANTES EN COLOMBIA

Si bien es cierto que el derecho a la verdad no se encuentra reconocido de manera expresa en ningún tratado internacional, en referencia a la justicia de transición, éstos principios a pesar de ser considerados por la doctrina del Derecho internacional como derecho blando –soft law– sostienen un carácter estrictamente vinculante para los Estados, debido a que han sido reconocidos, para el caso colombiano con relación al Sistema Interamericano de Derechos Humanos del cual hace parte, la obligatoriedad del derecho a la verdad, se podría predicar tanto por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en diversos informes y en diversa jurisprudencia y estudios adelantados al interior del Sistema Interamericano pues “ha venido siendo desarrollado por el Derecho internacional de los derechos humanos.” (RINCÓN, 2006, p.334).⁷ Así, ha cobrado cada día mayor importancia y reconocimiento ya no solo en procesos de transición sino también, a través del derecho a la libertad de expresión, a las garantías judiciales, en incluso a la reparación.

En consonancia con lo anterior, con respecto al derecho a la verdad configurado en los principios de Joinet (1997), constituye un “imperativo jurídico internacional que forma parte del bloque de constitucionalidad en el entendido de que la Corte y la Comisión interamericana lo han considerado incorporado en la Convención Americana [...] [siendo así] que [su] interpretación considera a los principios de Joinet como documento de autoridad en lo que se refiere al alcance del derecho” (UPRIMNY; SAFFON, 2006, p.351). Por lo cual su carácter coercitivo por medio del bloque de constitucionalidad viene a significar en un imperativo jurídico no solo a nivel internacional sino también a nivel interno, especialmente en el contexto de transición del conflicto hacia la paz. Que como lo refiere de igual forma Viviane Newman-Pont (2009, p.58) al preguntarse si ¿pertenece el derecho a la verdad per se al derecho exigible del Estado colombiano en el ámbito internacional por haberse pactado directa o indirectamente? ¿O pertenece al denominado *Soft-Law*, es decir, el derecho creado por fuera de lo convenido por los Estados partes?, respondiendo que aunque ningún tratado internacional vigente haga mención explícita al derecho a la verdad. Se explora como costumbre internacional, tal cual lo han hecho ya algunos expertos al afirmar que el derecho a la verdad ha alcanzado la categoría de norma del Derecho internacional consuetudinario (NAQVI en NEWMAN-PONT, 2009, p.59).

Al respecto que el derecho a la verdad ha sido reconocido ya sea por diversa jurisprudencia al interior del ordenamiento jurídico colombiano por parte de la Corte Constitucional entendiéndolo como parte del bloque de constitucionalidad o como un imperativo consuetudinario el cual no solamente se determina su satisfacción por el hecho de llevarse a cabo un proceso penal que conlleve a un castigo pues “desborda su pretensión eminentemente indemnizatoria o patrimonial de reparación, al corresponder un concepto más amplio de reparación.”⁸

Por otro lado, si se entiende la verdad como principio, al respecto, cabe mencionar que Sobrevilla (2007) resalta que el teórico Robert Alexy dispone, junto a las reglas, principios como mandatos de optimización, y que desde una visión no unidimensional del Derecho, Ronald Dworkin, considera que, al lado de las normas, hay principios que traducen valores y, además, directrices políticas (*policies*) (SOBREVILLA, 2007, p.566). Del mismo modo, entendiendo que los principios también son elementos del sistema jurídico, es oportuno traer a colación la consideración que frente a los principios hace Uprimny (2014) retomando el planteamiento de Alexy, en el cual determina el carácter vinculante jurídicamente de los principios por ser “mandatos de optimización que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas” (ALEXY, 1993 en UPRIMNY; SÁNCHEZ; SÁNCHEZ, 2014, p.82).

7. Algunos fallos que ilustran el tema: Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No.119, párr. 82; Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No.101, párr.274; Caso Trujillo Oroza Vs Bolivia. Reparaciones. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No.92, párr. 114; Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Reparaciones. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 76.

8. Corte Constitucional, sentencias C-282 de 2002, C-578 de 2002 y C-04 de 2003.

Cabe mencionar que con la expedición del acto legislativo 01 de 2012, denominado Marco Jurídico para la paz, el cual introdujo a la Constitución política los artículos 66 y 67 transitorios, lo cual contempló la posibilidad de establecer mecanismos extrajudiciales de justicia tales como la implementación de criterios de priorización y de selección de casos, la suspensión de la ejecución de la sanción, la creación de una comisión de la verdad entre otros.

Dichas disposiciones fueron objeto de análisis por la Corte Constitucional en sentencia C-579 de 2013 y analizadas en la obra: "Justicia de Transición y Constitución: análisis a la sentencia C-579 de 2013" por Kai Ambos (2014) y una serie de autores que contribuyen en la elaboración de este trabajo, en donde se han considerado, diversos debates, posiciones y posturas alrededor de aquellos novedosos mecanismos incorporados en el ordenamiento jurídico, como un avance que permite que en la actualidad dentro del Estado colombiano se pueda hablar de una justicia transicional constitucionalizada.

4. ALCANCES DEL DERECHO A LA VERDAD EN PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA: LEYES 975 DE 2005 Y EN LA LEY 1448 DE 2011

4.1. Ley 975 de 2005

A partir de la promulgación de la ley 975 de 2005, aprobada durante el gobierno de Álvaro Uribe, más conocida como la Ley de Justicia y Paz, con la cual se buscó construir un camino hacia la paz, junto con sus decretos reglamentarios, la jurisprudencia y directrices de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y Paz, que se encargó de complementar el campo de acción de esta normativa que vinculando principios de justicia, verdad y reparación, dicha ley fue orientada a facilitar la reincorporación a la vida civil de miembros de grupos armados ilegales, además, de regular la investigación, el procesamiento y la sanción de las personas que decidían desmovilizarse, otorgándoles beneficios judiciales bajo la condición de cumplir con medidas como la verdad, la reparación de las víctimas y una adecuada resocialización. Frente al derecho a la verdad, se halla que éste se consagra de manera formal en diversos artículos de la norma, como en el artículo 7, que se refiere a este principio como aquel derecho que tienen las víctimas y la sociedad a conocer sobre los hechos en que se dieron las violaciones sistemáticas de derechos humanos, y de nuevo menciona en el artículo 15 todo lo concerniente al procedimiento para esclarecer dicha verdad, mediante versiones libres o confesiones de los desmovilizados que pretendieron acceder a los beneficios para minimizar las penas.

Por su parte, el artículo 48 determina que la verdad que se pretende alcanzar es una verdad judicial, es decir aquella que es impartida por los jueces y limitada por los principios procesales, como medida de satisfacción y garantías de no repetición, que promueven la reconciliación nacional. Éste también se encuentra en el Capítulo X sobre la conservación de los archivos, en los artículos 56 al 58 se establece el deber de memoria del Estado, el deber de recordar y las medidas de preservación y acceso a los archivos sobre violaciones de Derechos Humanos con ocasión del conflicto armado, con el objetivo de que no se dé la repetición de los hechos que generaron violaciones a derechos humanos.

Por otra parte, cuando la Corte Constitucional colombiana revisó la constitucionalidad de la ley 975, a través de la sentencia C-370 de 2006, en la cual no solo condicionó la exequibilidad de la pena alternativa a la efectiva contribución a la paz y la garantía de no repetición de las conductas por parte de los beneficiarios de la ley, sino que también destacó el papel fundamental que debe dársele al derecho a la verdad en los procesos que en desarrollo de ella se adelantan (COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, 2007, p.56)

Con la implementación de la ley 975 se debieron cumplir con las exigencias de todos los procesos judiciales que se desarrollaron por violaciones a los derechos humanos perpetradas, estableciendo la identidad de todos los responsables, así como la responsabilidad del Estado en la conformación de estos grupos. El deber de investigar y sancionar a los agentes del Estado responsables de las violaciones a los derechos humanos sigue en cabeza del Estado, así como el deber de esclarecer la verdad acerca de los reales vínculos que han existido entre estos y los grupos paramilitares (COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, 2007, p. 59).

Sin embargo la Ley de Justicia y Paz buscó cumplir su objetivo de construir un camino hacia la paz, desmovilizando los grupos al margen de la ley, pero, en dicha legislación dado consideraciones políticas del gobierno se priorizó y se privilegió la reinserción a la vida civil de excombatientes paramilitares involucrados en el conflicto. En efecto, con referencia a la tripartita de verdad, justicia y reparación de las víctimas, se dieron iniciativas precarias y estrechas y el derecho a la verdad que tienen las víctimas del conflicto y la sociedad, fue someramente satisfecho (UPRIMNY;SAFFON, 2007, p.370) puesto que, la verdad que se construyó en dicho proceso fue limitada, al instaurarse tan solo una verdad judicial, y no una verdad reconstruida por amplios sectores de la sociedad como las víctimas y los perjudicados de dichas violaciones a derechos humanos, además los testimonios se basaron en confesiones voluntarias que no eran contrastadas por quienes habían padecido aquellas circunstancias caliginosas (UPRIMNY;SAFFON, 2007, p. 366).

De igual forma, el fracaso de la Ley 975 de 2005 se generó por la poca capacidad de reacción que tuvo la sociedad y la academia colombiana frente al proceso de su ejecución, pues para algunos expertos en la materia, la desinformación sobre el tema, fue lo que benefició a los perpetradores, en razón a que tuvieron la oportunidad de eludir la responsabilidad jurídica, histórica y social sobre las consecuencias dolorosas que el conflicto armado interno ha arrojado en el país; dando así por resultado una justicia transicional sin transición. (UPRIMNY; SAFFON, 2006, p.14)

Del mismo modo cabe destacar apreciar que si bien se obtuvo avances en materia de justicia transicional durante la ejecución de la ley 975, no puede ignorarse que hubo una gran limitante, que en palabras de Gustavo Emilio Cote Barco & Diego Fernando Tarapués Sandino (2014, p.202) en el texto: El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizada en la sentencia C-579 de 2013, que se traduce en el número de desmovilizados que debían ser investigados judicialmente, de ahí que surgiera una dificultad para el esclarecimiento de los hechos, además de las imposibilidades económicas y logísticas del sistema judicial colombiano, que impedían cumplir con las expectativas y los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho internacional humanitario.

Por lo anterior, en definitiva, surge la necesidad de profundizar en problemáticas tan relevantes para el presente y futuro del Estado

colombiano, como lo es la búsqueda de la verdad, haciendo hincapié en que la incorporación del derecho a la verdad en la normatividad de Justicia y Paz, atendió propiamente a una verdad meramente judicial, basada en versiones libres que el desmovilizado debía rendir ante las autoridades, y que por ende, no garantizaba que realmente se tratara de un relato completo para atender a los acontecimientos propiamente dichos, ignorando el proceso de construcción de la verdad, como lo ha esgrimido el profesor Barbosa en el que menciona que la memoria, desempeña un papel relevante en el sentido judicial cuando se recopilan los dichos de quienes utilizan el testimonio como elemento para articular el relato de los hechos, que cabe resaltar, debe ser soportado probatoriamente.

Asimismo Barbosa relaciona el planteamiento del teórico francés Ricoeur sobre la memoria al decir que "la materia prima de la historia, el vivero en el que se nutren los historiadores", para mencionar que esto aplica tanto para los historiadores como para los jueces u operadores jurídicos, ya que la memoria a la cual se busca llegar con la reconstrucción de la verdad abarca no solo la reconstrucción judicial que se realiza de la verdad apelando a los diferentes elementos que sirvan de prueba, sino que también debe recurrirse a otras fuentes como la historia para su reconstrucción, sin decir que con esto se halle una verdad definitiva. (RICOEUR, 2008 en BARBOSA, 2014, p.100).

4.2. Ley 1448 de 2011

A partir de la promulgación de la Ley de Víctimas, se implementaron programas para la construcción de la verdad histórica y el esclarecimiento de los hechos, que permitió la creación del Centro de Memoria histórica, que en la actualidad se encarga de centralizar y recolectar toda la información necesaria y pertinente para la preservación de la memoria, liderando los procesos de Acuerdos de la Verdad, —contribuciones de los paramilitares desmovilizados— construcción de museos, estatuas, y promoviendo ceremonias que permitan el no olvido de los acontecimientos violentos en Colombia, así como la elaboración de un gran volumen de informes sobre cada uno de los sucesos que se han dado en el marco del conflicto armado.

Seguido de lo anterior, la Ley de Víctimas, desarrolla la importancia del derecho a la verdad, de la siguiente manera:

[...] el derecho a la verdad es el que tienen las víctimas, sus familiares y la sociedad en general, tienen el derecho imprescriptible e inalienable a conocer la verdad acerca de los motivos y las circunstancias en que se cometieron las violaciones [...] El Estado debe garantizar el derecho y acceso a la información por parte de la víctima, sus representantes y abogados con el objeto de posibilitar la materialización de sus derechos, en el marco de las normas que establecen reserva legal y regulan el manejo de información confidencial. (Ley 1448 de 2011 artículo 23).

Así pues, el derecho a la verdad contempla tres sujetos a los cuales el Estado debe garantizarles dicho derecho, a saber:

- Las víctimas.
- Los familiares de las víctimas.
- La sociedad en general.

Con relación a las medidas de satisfacción, el artículo 139 las consagra como aquellas acciones que proporcionan bienestar y contribuyen a mitigar el dolor de la víctima, entre ellos las versiones que permiten la reconstrucción del tejido social de las comunidades, dándose difusión pública y completa del relato de las víctimas sobre los hechos que la victimizaron; en el artículo 143 se menciona sobre el deber de memoria que tiene el Estado y la realización del derecho a la verdad mediante esta satisfacción al deber de memoria, en el artículo 144 se refiere a la preservación y acceso a los archivos sobre la violación de derechos humanos y la infracción del Derecho internacional humanitario en el conflicto armado, que de acuerdo a las funciones establecidas en éste Artículo estará a cargo del Centro de Memoria Histórica, quien recolectara la información del Acuerdo de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación.

También, el artículo 149 se establecen las garantías de no repetición que tiene como objetivo que se verifiquen aquellos hechos narrados y así, se dé una difusión pública y completa de la verdad.

En suma es preciso sostener como lo ha hecho el profesor Uprimny en compañía de María Paula Saffon (2006) en su texto ¿justicia transicional sin transición?, que el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la realización de los que sustentan la justicia transicional, no es una tarea imposible ni un obstáculo insalvable para alcanzar la paz, toda vez que, en el caso de la verdad, debe recordarse que es de vital importancia su garantía, en la medida en que, sin verdad no es posible reconstruir el tejido social, ni mucho menos satisfacer los derechos de las víctimas directas del conflicto armado, pues sí bien en un escenario de posconflicto se busca la paz, ésta no se puede establecer sin el cumplimiento de las obligaciones ya mencionadas en materia de derechos humanos, para lograr un verdadero orden social. (UPRIMNY; SAFFON, 2006, p.13)

5. DERECHO A LA VERDAD EN EL MARCO JURÍDICO PARA LA PAZ

Hasta ahora se ha recorrido por un vertiginoso camino por el que los derechos de las víctimas han transitado y por ello finalmente se pretende realizar un acercamiento descriptivo y crítico al reciente proceso de transición que se ha venido adelantando al interior del Estado colombiano con las FARC desde hace 4 años, en lo que a bien ha tenido denominarse: "*Marco jurídico para la paz*" mediante el cual se ha modificado la Constitución Política, reconociendo por primera vez en el mundo como parte del ordenamiento jurídico un modelo de justicia transicional con enfoque holístico que incorpora el establecimiento de mecanismos tanto judiciales como extrajudiciales, para la investigación de graves violaciones de derechos humanos a través de criterios de priorización y selección así como la elección de máximos responsables, de igual forma el establecimiento de penas alternativas y la creación de una Comisión de la Verdad, ésta última en definitiva consolida un mecanismo de gran importancia que otorga participación a la sociedad colombiana con el objetivo de brindar un proceso reparador mediante las mayores dosis de verdad. Esto permite puntualizar que en esta ocasión se apunta hacia una complementariedad que funcione

de manera interdependiente y no de forma excluyente entre la verdad judicial y la verdad histórica dados sus límites y alcances específicos (UPRIMNY; SAFFON, 2006, p.363;364). Aspecto de gran importancia que en procesos anteriores ya se había instado a implementar, para una reconstrucción de los hechos mucho más amplia, completa y a la vez sanadora en procesos de recuperación y dignificación de las memorias del sufrimiento (GÓMEZ-ISA, 2014, p.56).

De conformidad a lo anterior, se hace necesaria que con lo que hasta ahora se ha establecido entorno a la justicia; los criterios de selección y priorización, se adecuen en "una combinación de altas dosis de verdad y reparación con un balance equilibrado en torno a los máximos y mínimos de estos criterios [que] permita nivelar los intereses de la justicia con la búsqueda de la paz" (VALENCIA-VILLA, 2010, p.8).

Respecto a la creación estructural de mecanismos extrajudiciales, como la Comisión de la verdad, es pertinente, como lo afirmó el profesor Uprimny en reciente entrevista realizada por el ICTJ en el 2014:

Muy a pesar de que la situación colombiana es difícil de comparar con otras, las experiencias de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala, que tuvo que lidiar con iniciativas de verdad previas como el informe REMHI, y de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica, por la vinculación de la sociedad a través de las audiencias públicas, pueden ser útiles para Colombia.

Es por ello que desde la posición que se pretende establecer aquí, se postula que los trabajos para el esclarecimiento de los hechos deben realizarse de manera mancomunada con la sociedad civil, pues es quien ha vivido, quien ha sentido y ha sufrido el conflicto en todas sus dimensiones. Aunque sea un total desafío establecerla en épocas de conflicto, como se percibe hasta el momento en Colombia. De ahí que, una paz fundada en un terreno sin memoria histórica, sin adopción de medidas de no repetición y sin atención a los derechos de las víctimas, no solo es reprochable en un plano ético, sino que resulta siendo insostenible a largo plazo, porque en el caso de que se permitiera que se configure la paz sobre esos presupuestos, ¿Quién podría exigir a las víctimas que convivan pacíficamente con sus victimarios?, ¿Se sentirían verdaderamente disuadidos quienes son proclives a usar la violencia para el logro de sus fines, si saben que al final se les perdonará y no habrá memoria de lo que hicieron? ¿Podrá la sociedad colombiana después de haber vivido un conflicto armado durante mucho tiempo, reconstruir su tejido social y mantener un orden social justo y democrático en el que sea posible la paz, olvidando y desconociendo homicidios, secuestros, desapariciones forzadas, violaciones sexuales, torturas, desplazamiento forzado, reclutamiento de menores, despojo de bienes, crímenes cometidos de manera sistemática y masiva? (UPRIMNY; SAFFON, 2006, p.101).

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

En primer lugar, a nivel internacional no solo existe un desarrollo teórico sobre la justicia transicional y cómo abordarla, sino también se denota un desarrollo legal y principialista que reflejan un deber ser a la hora de afrontar este tipo de procesos, tales como, los principios en la lucha contra la impunidad de 1997, actualizados en el 2005 emitidos por Naciones Unidas a través del Consejo Económico y Social, resoluciones que consagran a lo largo de su articulado, los derechos de las víctimas y de la sociedad a conocer la verdad de los sucesos acontecidos como principio del derecho a saber, derechos que buscan garantizar que no haya impunidad en la medida en que es deber del Estado investigar y revelar la verdad sobre las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos fundamentales, pues se hace necesario establecer quiénes, cómo, cuándo, dónde, por qué y para qué se cometieron las violaciones sistemáticas de derechos humanos, de lo contrario no podrá haber una transición del conflicto armado hacia una paz estable y duradera.

En segundo lugar al analizar los avances paulatinos que se han venido desarrollando entorno al derecho a saber la verdad, los estudios en el plano del Derecho internacional y la doctrina han establecido que este tiene dos esferas, una individual y otra colectiva, toda vez que tanto las víctimas directas y sus familiares como la sociedad en conjunto, tienen el derecho inalienable e imprescriptible a conocer la verdad acerca de las violaciones cometidas en el pasado. El cual se satisface ya sea en el campo judicial o historiográfico meramente, pues para puntualizar, María Teresa Uribe (2006, p.326) afirma en un espectro más amplio sobre la verdad así:

La búsqueda de la verdad sobre los hechos y los acontecimientos de violencia y muerte, la ruptura del silencio sobre lo sucedido, la liberación de las memorias impedidas, manipuladas o atrapadas en la guerra, la puesta en público del dolor y el sufrimiento de las víctimas, el develamiento del terror impuesto a comunidades enteras en nombre de algún propósito vago de justicia social o de seguridad para los bienes y las personas el reconocimiento público de los horrores del pasado, no se agota ni se cierra con el castigo o la amnistía para los perpetradores pues la palabra dicha en público por las víctimas y escuchadas con respeto y compasión por los auditorios, tiene en sí misma perfiles sanadores y reparadores.

Por supuesto no debe dejarse de lado que este derecho a su vez mediante las comisiones de verdad puede ser satisfecho, y por ende implica que el Estado tiene el deber de adoptar las medidas adecuadas para preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones tanto a los familiares de las víctimas como a la sociedad misma.

En tercer lugar, luego de realizar un acercamiento descriptivo y crítico en el plano nacional, del conflicto armado colombiano que ha subsistido en Colombia hasta ahora, se encontró que si bien es cierto que de conformidad con los principios para la lucha contra la impunidad, resolución E/CN.4/2005/102/ADD.1 8 DE FEBRERO DE 2005, se han incorporado de manera formal a través de las leyes 975 de 2005 y 1448 de 2011, la trilogía humanitaria verdad, justicia y reparación, en cuanto a su satisfacción y evaluación hasta ahora, la verdad se ha visto limitada y reducida, al retomarse un enfoque meramente judicial, en principio con la Ley de Justicia y Paz, mediante las figura de las confesiones y versiones libres que a causa de la multitud de casos, y la débil estructura judicial para soportar la magnitud de estos procesos de caso por caso, dejó vacíos, y "preguntas sin respuesta" respecto a la situación de muchos hechos reprochables vulneratorios de derechos

humanos a los familiares de las víctimas, a la sociedad y a la memoria colombiana como se denota en el reporte de Human Rights Watch (2008, p.52) ¿Rompiendo el Control? Obstáculos a la Justicia en las Investigaciones de la Mafia Paramilitar en Colombia.

Finalmente, bajo una mirada esperanzadora se expidió el acto legislativo 01 de 2012 "Marco Jurídico Para La Paz" en el que se modificó la Constitución Política colombiana para acoger un enfoque holístico de justicia transicional, que combina medidas tanto judiciales como extrajudiciales para alcanzar la verdad y el esclarecimiento histórico que otorga un reconocimiento a la memoria como forma de reparación, en el que se pretende encontrar un punto de equilibrio entre las partes del conflicto con miras a garantizar la paz, así como las máximas dosis de verdad, justicia y reparación, aunque "en todos los casos, el sacrificio al menos parcial de una de ellas [sea necesario] para la realización de la otra", (UPRIMNY; SÁNCHEZ; SÁNCHEZ, 2014, p.152) todo esto en razón a que ante la complejidad del conflicto colombiano es importante que tal y como se menciona por Matarollo (2007, p.47):

Los trabajos de la memoria, la búsqueda de la verdad y la justicia por un lado mir[e]n hacia el pasado, pero su otra dimensión esté abierta hacia el futuro que se quiere construir, s[iendo] condiciones necesarias para la edificación de un mundo más justo y más humano, basado en el respeto de la dignidad humana. La memoria, la verdad y la justicia son un terreno de debates en los que parece preciso superar los intentos de amalgamas en las que todas las responsabilidades se diluyen.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, Kai; ZULUAGA T, John E. Justicia de Transición y Constitución: a manera de introducción. En: AMBOS, Kai (Coord.). *Justicia de transición y constitución: análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*. Bogotá: Editorial Temis S.A., p.1-19.2014.
- ANDREU, Federico. *Impunidad y graves violaciones de derechos humanos*: Guía para profesionales. No. 3, ICJ, Ginebra, p.1-187. 2008.
- BARBOSA DELGADO, Francisco. La memoria, la historia y el derecho a la verdad en la Justicia Transicional en Colombia: una paradoja irresoluble en el conflicto armado colombiano. En: *Revista Derecho del Estado*, nº 31, p. 97-117. 2014.
- BUELVAS PASTRANA, Eduardo; APONTE, David. Unión europea frente a la ley de justicia y paz y la desmovilización de las AUC: entre las dudas y el pragmatismo; en *Polycyber*; Vol. 25, p.1-12. 2007.
- CORTE IDH, caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie c No. 91.
- CORTE IDH, caso Trujillo Oroza Vs Bolivia. Reparaciones. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie c No.92.
- CORTE IDH, caso Myrna Mack chang Vs Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie c No.101.
- CORTE IDH, caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie c No.119.
- CLCR (COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA). Documento de opinión. ¿cuál es la definición de «conflicto armado» según el derecho internacional humanitario?, p.1-6. 2008.
- COTE BARCO, Gustavo Emilio; TARAPUÉS SANDINO, Diego Fernando. El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la constitución realizado en la sentencia C-579 de 2013. En: AMBOS, Kai (Coord.). *Justicia de transición y constitución: análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*. Bogotá: Editorial Temis S.A., p.197-273. 2014.
- DE GREIFF, P. Informe Del Relator Especial Sobre La Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de no Repetición, adición 2, Misión al Uruguay, A/HRC/27/56/add.2. 2014.
- FAJARDO, Luis Andrés. *Elementos estructurales del derecho a la verdad*. Universidad Sergio Arboleda, vol. 12, No 22, Bogotá, Colombia, p.15-34. 2012.
- GÓMEZ-ISA, Felipe. Justicia, verdad y reparación en el proceso de paz en Colombia. En: *Revista Derecho del Estado*, No 33, Universidad externado de Colombia, p.35-63. 2014.
- HUMAN RIGHTS WATCH. ¿Rompiendo el control? *obstáculos a la justicia en las investigaciones de la mafia paramilitar en Colombia*, p.1-152. 2008.
- MARTINEZ, Mario Alberto. *Diferencia sustancial entre verdad histórica y verdad procesal*, p.1-9. 2013.
- MATAROLLO, Rodolfo, "El legado de la verdad: Impacto de la justicia transicional en la construcción de la democracia en América latina". Memoria, verdad, justicia y democracia. Bogotá, Colombia, p.13-19. 2007.
- MÉNDEZ, Juan. El derecho humano a la verdad: lecciones de las experiencias latinoamericanas de relato de la verdad. En: PEROTIN-DUMON, Anne (Dir.), *Historizar el pasado vivo en América Latina*, p.3-50. 2007.
- MÉNDEZ, Juan. El Derecho a la Verdad frente a las Graves Violaciones de los Derechos Humanos. En: ABREGÚ, M.; COURTIS, C. (Comp.). *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*. Buenos aires: CELS y Ed. Del Puerto, p.517-540.1997.
- NEWMAN-PONT, Viviane. Falso o verdadero ¿el derecho a la verdad es norma imperativa internacional? En: International Law, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, Colombia, p.43-69. 2009.

RICOEUR, Paul. *La memoria, la historia, el olvido*. Editorial Fondo de Cultura Económico. Buenos Aires. 2004.

RINCÓN COVELLI, Tatiana. La verdad histórica: una verdad que se establece y legitima desde el punto de vista de las víctimas. En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, p.331-354. 2005.

SOBREVILLA, David. La concepción habermasiana del derecho: comentarios críticos. En: *Revista Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 30, Universidad de Alicante, p.563-579. 2007.

UPRIMNY, Rodrigo; SAFFON, María Paula. Derecho a la verdad: Alcances y límites de la verdad judicial. En: *Justicia Transicional: teoría y praxis*, p. 345-374. 2006.

UPRIMNY, Rodrigo; SAFFON, María Paula; BOTERO, c.; RESTREPO, E. ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia; Bogotá: Antrophos, p.139-172. 2006.

UPRIMNY, Rodrigo; SAFFON, María Paula. *Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia*, en Seminario internacional paz y responsabilidad en transiciones de conflictos armados, p. 165-195. 2007.

UPRIMNY, Rodrigo; SÁNCHEZ, Luz María; SÁNCHEZ, Nelson Camilo. *Justicia para la paz: crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad, Colección Dejusticia, p.21-154. 2014.

URIBE DE HINCAPIÉ, María Teresa. Esclarecimiento histórico y verdad jurídica: Notas introductorias sobre los usos de la verdad. En: *Justicia Transicional: teoría y praxis*. Bogotá: Universidad del Rosario, p.324-344. 2006.

VALENCIA VILLA, Alejandro. *Algunos escenarios jurídicos ante una eventual negociación de paz con las FARC-EP*. Bogotá: Fundación Ideas para la Paz, p.5-16. 2010.

VAN ZYL, Paul. Promoviendo la justicia transicional en sociedades post-conflicto, verdad memoria y reconstrucción. En: *Verdad, Memoria y Reconstrucción serie de justicia transicional*. Centro Internacional para la Justicia Transicional, p. 47-72. 2008.

RESOLUCIONES DE LA ONU

ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS, *Estudio sobre el derecho a la verdad*, E/CN.4/2006/91, 2006.

DE GREIFF, P. Informe Anual del Alto Comisionado De Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *El Derecho a la Verdad*, A/HRC/12/19. 2009.

DE GREIFF, P. Informe Del Relator Especial Sobre La Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de no Repetición, adición 2, Misión al Uruguay, A/HRC/27/56/add.2. 2014.

ORENLICHER, Diane. Estudio independiente, con inclusión de recomendaciones, sobre las mejores prácticas para ayudar a los estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad, DOC. E/CN.4/2004/88. 2005.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), *Consejo Económico y Social*. Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos). Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1. 1997.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), *Comisión de Derechos Humanos*. 60vo periodo de sesiones. Estudio independiente, con inclusión de recomendaciones, sobre las mejores prácticas para ayudar a los Estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad. Doc. E/CN.4/2004/88. 2004.

SALINAS, Alejandro. Informe del Relator Especial sobre: "principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", E/CN.4/2005/59. 2005.

SENTENCIAS DE LA CORTE IDH

CORTE IDH, Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91.

CORTE IDH, Caso Trujillo Oroza Vs Bolivia. Reparaciones. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No.92.

CORTE IDH, Caso Myrna Mack Chang Vs Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No.101.

CORTE IDH, Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No.119.

Recebido em: 09/12/2015

Aprovado em: 24/01/2016

A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE NAS NORMAS JURÍDICAS: um estudo a luz das doutrinas de Luigi Ferrajoli e Konrad Hesse

THE QUESTION OF LEGITIMACY OF LEGAL NORMS: a study the light of the doctrines of Luigi Ferrajoli and Konrad Hesse

PABLO FRANCIANO STEFFEN ¹

DANIEL MAYERLE ²

RESUMO: Este artigo apresenta uma breve abordagem acerca do conceito de legitimidade na doutrina garantista de Luigi Ferrajoli, a fim de cotejá-lo com a idéia de 'escavação interna' trazida por Konrad Hesse, com o propósito de oferecer uma reflexão sintética, mas clara, sobre a questão dos limites que podem ser impostos aos direitos fundamentais. Para tanto, a pesquisa inicialmente traz uma noção da categoria legitimidade na doutrina garantista e após trabalha os conceitos de 'conteúdo essencial' e 'escavação interna', para a partir destas compreensões, com a ajuda do garantismo, refletir sobre os limites das possibilidades de limitação em matéria de direitos fundamentais.

Palavras-chave: conteúdo essencial. direitos fundamentais. escavação interna. Garantismo. legitimidade.

ABSTRACT: This article presents a brief overview about the concept of legitimacy in garantism doctrine Luigi Ferrajoli in order to collates it with the idea of 'internal excavation' brought by Konrad Hesse, in order to provide a synthetic reflection, but clear on the issue of limits that can be imposed on fundamental rights. To this end, the research initially brings a sense of legitimacy category in garantista doctrine and after working the concepts of 'essence' and 'internal excavation', for from these understandings, with the help of garantismo, reflect on the limits of the possibilities of limitation on fundamental rights.

Keywords: essential content. fundamental rights. internal excavation. garantism. legitimacy.

1 Doutorando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI/SC), Linha de Pesquisa - Princiologia Constitucional e Política do Direito. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Especialista em Gestão e Direito Tributário pelo Complexo de Ensino Superior Santa Catarina (CESUSC). Professor dos cursos de graduação do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí (UNIDAVI/SC). Advogado. E-mail: pablo@bca.adv.br

2 Doutorando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI/SC), Linha de Pesquisa - Princiologia Constitucional e Política do Direito. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Especialista em Direito Constitucional. Professor dos cursos de graduação do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí (UNIDAVI/SC). Advogado. E-mail: daniel@bca.adv.br

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem o propósito de denotar se a efetiva realização dos direitos constitucionais é ou não, uma condição para legitimar um Estado democrático de direito. Este estudo tem como teoria de base a doutrina do garantismo jurídico, criado pelo jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli³, hoje professor da universidade de Roma III.

Para tanto, inicialmente discorre-se sobre a questão da legitimidade no modelo garantista, a fim de destacar que tal categoria para o garantismo não guarda relação somente com critérios formais de inserção da norma no ordenamento jurídico, mas sim, agrega em seu conceito, além da forma, a questão substancial, externada pela coerência da referida norma com as outras que se encontram gravitando no ordenamento jurídico, respeitando-se sempre a hierarquia das fontes.

Na sequência, passa-se a teorizar a dualidade entre as doutrinas que teorizam a função do Estado, ou seja, se procura separar a visão de Estado como fim em si mesmo, ou seja, a visão de que o Estado é uma instituição que tem o direito como meio reforçamento e conservação do *status quo*, e as doutrinas que entendem que o Estado é um aparelho criado para a consecução de determinados fins concebidos pela ordem constitucional, isto é, a visão de que no Estado o direito é um instrumento para a realização dos referidos fins constitucionais.

Após discorrer sobre a importância de se ter claro, qual é a *ratio* do Estado, ou seja, ter bem definido a que senhores o Leviatã Estatal deve servir, passa-se então a discutir a necessidade de concretização dos direitos constitucionais para a construção de uma democracia substancial legítima, posto que em um modelo de Estado que não se propõe a somente perpetuar-se no poder, faz-se mister garantir que certos direitos idealizados pelo constituinte como fundamentais, sejam – de fato – realizados.

2. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE NO MODELO GARANTISTA

As modernas democracias constitucionais não podem mais justificar a obediência dos cidadãos as normas que lhes são postas, unicamente pela força⁴, atualmente para que uma norma seja aceita, exige-se que a mesma tenha um conteúdo coerente com os princípios e valores máximos expressados através do ato constituinte.

Tal fato se dá, porque com a introdução das constituições rígidas a partir da segunda metade do século passado, o paradigma até então reinante que era o da onipotência do legislador, cambia consideravelmente, eis que as aludidas constituições rígidas introduzem o padrão da rigorosa subordinação das normas a uma "específica jurisdição de legitimidade a uma lei superior: a constituição hierarquicamente supraordenada a legislação ordinária." (FERRAJOLI, 2011a, p. 34-35).

Veja-se que a ideia de legitimidade no garantismo, difere então da concepção defendida por Hans Kelsen⁵, pois o jurista alemão considera legítima toda norma válida, ou seja, toda norma que seguiu os requisitos formais para ser introduzida no ordenamento jurídico, de tal forma que legitimidade fica equiparada à legalidade.

Este novo paradigma, muda a natureza e o papel da jurisdição e da ciência jurídica como um todo, pois com a possibilidade da existência de normas inválidas, se exige uma nova postura, mais crítica e constitucionalmente comprometida (FERRAJOLI, 2011a, p.35), capaz de interpretar e aplicar as leis em consonância com os direitos fundamentais, que seja capaz, inclusive, de censurar as normas que não se coadunem com a matriz constitucional.

Tais mudanças, como dito, alteram significativamente o paradigma epistemológico da ciência jurídica (FERRAJOLI, 2011a, p.36), pois reclamam uma ciência jurídica crítica e engajada, diferente do modelo reinante até então, que era avalorativo, ou seja, somente explicativo.

Tem-se então, que a ideia de legitimidade no sistema garantista, tem relação direta não só com os critérios formais de inserção da norma no ordenamento, mas principalmente, com a coerência⁶ da norma com os ditames constitucionais (FERRAJOLI, 2011b, p.877-878), de maneira que será então ilegítima, toda a regra que não guardar a necessária aderência⁷ aos significados expressados na constituição. (FREITAS, 1999, p.85).

Neste norte, Ferrajoli (2011b, p.855) lembra que no ordenamento jurídico existe uma hierarquia das fontes, ou seja, as normas jurídicas não se encontram todas no mesmo nível hierárquico (GARCIA DE ENTERRIA, 1985, p.48-49), mas sim, se acham distribuídas em níveis hierárquicos distintos (FERRAJOLI, 2011b, p.877), de maneira que uma norma de grau inferior tem como fonte outra norma de grau superior,

3 Para uma completa nota bibliográfica sobre a vida e as obras de Luigi Ferrajoli vide a seguinte obra: Lucia (2011).

4 "O poder nunca se apoia exclusivamente na força. É impensável uma relação política que descansa exclusivamente na coerção dos súditos, mas antes exige-se uma fundamentação para o mesmo. Com efeito, a força é elemento indispensável para o exercício do poder, mas ela nunca pode ser o seu fundamento exclusivo. Assim, a força é fator necessário do poder, mas nunca suficiente por si só para obter uma relação de obrigação política por parte dos súditos." (CADEMARTORI, 2006, p.115).

5 "O princípio de que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica, é o princípio da legitimidade" (KELSEN, 1998, p.146).

6 "Trata-se, enfim, da distinção entre o bom e o mau governo, preocupação que perpassa o pensamento político ao longo de toda a nossa tradição." (CADEMARTORI, 2006, p.116).

7 "Sair desse quadro monótono de negligência sistêmica supõe enfrentar a crônica falta de controle da legitimidade constitucional de leis e atos normativos pela própria administração pública, negligência que só tem produzido torrentes de processos judiciais repetitivos e quase infundáveis." (FREITAS, 2011, p.151-152).

que lhe dá legitimidade⁸, e esta norma, por sua vez, legitima-se em outra que lhe é superior e assim sucessivamente, até se chegar a uma fonte originária, que é o poder constituinte. (FERRAJOLI, 2011b, p.855).

Desta forma, como já bem denotava Hesse (1998, p.233) "nenhuma ordem pode pretender legitimidade, que não incorpore em si as liberdades e direitos de igualdade garantidos pelos direitos do homem e do cidadão", de maneira que se faz oportuno trazer a lume a questão das limitações excessivas aos direitos fundamentais, posto que mesmo em uma ordem democrática, os agentes do Estado também estão sujeitos às tentações do abuso de poder, de modo que podem acabar por transformar os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, em meras declarações, despidas de efetividade prática.

Nesta toada, a fim de melhor entender o problema das limitações excessivas aos direitos fundamentais, se faz necessário perscrutar o que Hesse chamou de "escavação interna dos direitos fundamentais", e o respectivo "conteúdo essencial" dos mesmos, conforme se verá no tópico precedente.

3. A QUESTÃO DA ESCAVAÇÃO INTERNA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, esclareça-se que dado o objetivo do presente trabalho, não se abordará as questões relativas às origens, fundamentos, dimensões/gerações e a própria conceituação da expressão 'direitos fundamentais', posto que tais aspectos não são o mote do presente estudo.

Ao que interessa ao presente ensaio, cumpre denotar, conforme esclarece Hesse⁹, que os direitos fundamentais não são inatos ao homem, isto é, eles não são garantidos independentemente da ordem jurídica positiva, de maneira que para que os mesmos se concretizem, se faz necessário que eles sejam não só previstos no ordenamento jurídico, mas também, que a ordem estatal organize e dote tais direitos de proteção e, quando necessário, limitação.

Muito embora possa soar estranho num primeiro momento, falar de limitação de direitos fundamentais é até bem lógico que os mesmos careçam de algumas limitações¹⁰, pois em um universo de recursos limitados, onde não se pode dar tudo a todos, onde direitos colidem entre si, é necessário se restringir a fruição de alguns direitos fundamentais, a fim de que os mesmos possam se realizar, albergando as situações tidas como mais importantes a se proteger, tendo em vista os valores eleitos pela ordem constitucional, alcançando assim, uma eficácia ótima do sistema.

Desta feita, um sistema ideal de direitos fundamentais, seria então aquele que sacrificaria o mínimo possível de tais direitos e privilegiaria sempre, os direitos fundamentais mais importantes em uma dada situação fática.

Todavia, a tarefa de restringir o mínimo possível os direitos fundamentais nos casos em que uma mitigação se faz necessária, nem sempre se mostra simples, pois na prática, muitas vezes exageros são cometidos ou restrições são impostas, a fim de privilegiar interesses menos importantes do que aquele direito fundamental que é mitigado.

Desta feita, sendo certo que a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais não é ilimitada, torna-se imprescindível estabelecer qual seria o limite do limite, ou seja, definir até que ponto se poderia limitar um direito fundamental.

Tal estabelecimento de balizas para a assinalada possibilidade de restrições é necessária para coibir o que Hesse cunhou de "escavação interna", ou seja, o excesso de limitações legais, as quais acabam por minar internamente os direitos constitucionalmente assegurados, os quais, muito embora formalmente vigentes¹¹, restam ineficazes¹², posto que não aplicados quando necessário.¹³

Aproveitamento abusivo ou excessivo das reservas legais, que conduz a isto, que direitos fundamentais, apesar da continuidade de vigência formal, não mais possam cumprir sua função objetiva, sejam escavados internamente. (HESSE, 1998, p.264).

Neste diapasão, a fim de garantir que a Constituição mantenha a sua efetividade, faz-se mister respeitar que Hesse denomina de "garantia do conteúdo essencial" dos direitos fundamentais, prevista no artigo 19, alínea 2, da Lei Fundamental alemã, a qual estabelece que

8 "A cimentação da sistematicidade constitucional ocorre por força da amálgama trazida pela natureza e pela hierarquização dos princípios fundantes e fundados do ordenamento jurídico" (FREITAS, 2002, p.187).

9 "Direitos fundamentais não são "naturalmente", isto é, pré-juridicamente e pré-estatalmente assegurados, senão só lá onde eles fazem parte da ordem jurídica positiva estatal. Sem garantia, organização e limitação jurídica pelo Estado e sem proteção jurídica, os direitos fundamentais não estariam em condições de proporcionar ao particular um status concreto, real de liberdade e igualdade, e de cumprir sua função na vida da coletividade," (HESSE, 1998, p.232).

10 "Não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada nos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos. Existe uma ampla gama de hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais" (TAVARES, 2010, p.56).

11 "'Vigente' es el acto formal dotado de una forma conforme al menos con algunas de las normas formales sobre su producción." (FERRAJOLI, 2011b, p.499).

12 "Lhamo ahora 'eficacia; a la causalidad jurídica, esto es, a la capacidad de un acto para producir en virtud de una regla que lo prevé." (FERRAJOLI, 2011b, p.266).

13 "d) uma norma é "eficaz" quando é de fato observada pelos seus destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação)." (CADEMARTORI, 2006, p.102).

"em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência."¹⁴

Hesse explica que o "conteúdo essencial" de um dado direito fundamental inicia "lá onde as possibilidades diferenciadoras – de limitação admissível terminam" (HESSE, 1998, p.267), ou seja, a dita garantia do conteúdo essencial é um *locus* de intangibilidade constitucional, onde sob pretexto algum haveria a possibilidade de mitigação do direito fundamental, isto é, além do ponto onde se inicia a essência de um dado direito fundamental, não é dado a nenhum poder do Estado, nem mesmo o legislativo, interferir a fim de restringi-lo.

O núcleo essencial dos direitos fundamentais é aquele que demarca a zona central do conteúdo e que conta com a proteção mais intensa, contra restrições. É, por isso, chamada por Hesse de zona protegida contra a 'escavação interna'. Todos os bens que se encontram nesse conteúdo materialmente essencial à existência do direito são condições inafastáveis para que ele tenha serventia ao seu titular. (MENKE, 2008, p.59).

O que se proíbe então é o esvaziamento de um dado direito fundamental por meio de limitações excessivas¹⁵, isto é, se veda que restrições (mormente legislativas) que tornem tal direito, constitucionalmente assegurado, em uma mera folha de papel (como diria Ferdinand Lassale) com pouco ou nenhum valor prático.

Segundo Hesse¹⁶, tais limitações a atos que atentem ao âmago dos direitos fundamentais, resultam do imperativo de harmonização entre bens jurídicos tutelados e direitos fundamentais, a fim de que tendo em vista o que Ferrajoli chama de hierarquia das fontes¹⁷ (Hesse fala em proporcionalidade), chegue-se a maximização (eficácia ótima) dos interesses envolvidos, ou seja, que se avizinha uma "concordância prática" entre interesses e normas jurídicas envolvidas.

Desta feita, tem-se então que a garantia de conteúdo essencial promana que não se pode mitigar um direito fundamental além de dado ponto, isto é, para usar os termos de Ferrajoli, tem-se uma "esfera do indecível"¹⁸ que nem mesmo a maioria politicamente eleita¹⁹, nem mesmo o judiciário tem legitimidade para se imiscuir.

Destaque-se que muito embora não haja previsão expressa de tal garantia de conteúdo essencial em nossa constituição (exceto para as cláusulas pétreas previstas no § 4º, do art. 60), tal garantia pode ser inferida não só da própria natureza dos direitos fundamentais encartados constitucionalmente, mas também, do sistema jurídico amalgamado pelo Estado Democrático de Direito ora posto, visto que não seria coerente reduzir direitos eleitos como fundamentais a uma espécie de grau zero de eficácia²⁰, a fim de beneficiar outros valores não privilegiados constitucionalmente.

Aqui não se procurará estabelecer especificamente no que consiste o conteúdo essencial de um direito fundamental, posto que tal tema é complexo e comporta várias teorias²¹ (objetiva, subjetiva, generalista e individualizadora (CHEQUER, 2013), as quais demandariam um estudo mais aprofundado que não é comportado no presente ensaio.

Para o desiderato deste ensaio, não sendo possível delimitar amiúde o conteúdo essencial de um direito fundamental, interessa ao menos consignar a ideia de que o ordenamento jurídico é um instrumento que em grande medida (muito embora não exclusivamente) é posto a serviço da realização do princípio da dignidade da pessoa humana, logo, o conteúdo essencial de um direito fundamental, na maioria das vezes, deve ser aquele que escuda a aludida dignidade humana.

Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado, razão pela qual se chegou a afirmar que o princípio da dignidade humana atua como o "alfa e ômega" do sistema das liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais. (SARLET, 2011, p. 91).

14 Disponível no website do parlamento da Alemanha (Bundestag), em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

15 "A uma escavação de direitos fundamentais por limitações excessivas, a Lei Fundamental procura opor-se pela barreira material da garantia do conteúdo essencial do artigo 19, alínea 2, da Lei Fundamental. Ela indica nada mais que as barreiras da limitação de direitos fundamentais, acima (número de margem 318) expostas, resultantes da tarefa da concordância prática." (HESSE, 1998, p.266).

16 "A tarefa da concordância prática requer a coordenação "proporcional" de direitos fundamentais e bens jurídicos limitadores de direitos fundamentais [...] na interpretação de limitações constitucionais ou da limitação com base em uma reserva legal trata-se de deixar ambos chegar à eficácia ótima." (HESSE, 1998, p.255).

17 "La relevancia teórica de esta escala consiste en reflejar los vinculos formales y sustanciales impuestos por cada norma a las fuentes subordinadas como condición de su vigencia y de su validez." (FERRAJOLI, 2011b, p.855).

18 "los derechos fundamentales circunscriben la que podemos llamar esfera de lo indecible: de lo no decidible que, o sea, de las prohibiciones correspondientes a los derechos de libertad, y de lo no decidible que no, o sea, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales." (FERRAJOLI, 2011b, p.775).

19 "São invioláveis, nem mesmo a lei, expressão do princípio da maioria, pode proibir ou prejudicá-los, vez que expressam as opções fundamentais da democracia. Isso manifesta de forma mais absoluta o princípio de que as necessidades do indivíduo prevalecem quando cotejadas com as do poder público. Quem governa fá-lo-á de acordo com as necessidades dos cidadãos." (MIGLINO, 2010, p.121-122).

20 Ou "«grau zero» de vinculatividade jurídica dos preceitos consagradores de direitos fundamentais" como diria Canotilho. (CANOTILHO, 2004, p.109).

21 Sobre tais teorias vide: Branco; Coelho; Mendes (2009, p.350-355).

Saliante-se, todavia, que não se pode advogar a total identificação com o primado da dignidade humana, com conteúdo essencial de um direito fundamental, isto é, conforme denota Sarlet (2011, p.143-144), eles não se confundem totalmente, posto que nem todos os direitos fundamentais encartados na Constituição de 1988 apresentam um conteúdo em dignidade, e nem sempre uma limitação de um direito fundamental corresponde também a violação da dignidade humana.²²

Neste norte, independentemente da concepção ou teoria adotada para definir/demarcara o conteúdo essencial, tem-se que uma vez limitado um direito fundamental, se tal restrição vulnerar a dignidade do indivíduo, ter-se-á por invadido o conteúdo essencial do referido direito fundamental, isso é, a dignidade humana em muitos casos (muito embora não em todos) pode ser a fita métrica mais adequada para estabelecer a fronteira do conteúdo essencial de um direito fundamental.

Mais do que nunca, é então oportuno rememorar a lição de Hesse, quando ele aduz que dado a importância dos direitos fundamentais "para o status do particular e para a ordem total da coletividade, o importante é, exatamente, na limitação dos direitos fundamentais, levar a sério a Constituição escrita" (HESSE, 1998, p.250), afinal, como aduz Canotilho, a Constituição não é apenas "uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia" (CANOTILHO, 2001, p.245), de maneira que o efetivo respeito aos direitos fundamentais, aí incluída a garantia contra as escavações internas oriundas do próprio Estado, deve ser uma preocupação constante não só dos poderes instituídos, mas principalmente da ciência jurídica, a qual, dentro de uma visão garantista, que não acredita na inocente ideia de existência de um "poder bom", alça a ciência jurídica de uma função somente descritiva²³ do direito (acrítica e contemplativa), para uma tarefa de crítica interna do atual direito positivo.²⁴

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O garantismo de Ferrajoli parte da premissa que a democracia constitucional está em crise (FERRAJOLI, 2011a, p.412), e parcela considerável dessa crise, pode ser acreditada ao enfraquecimento das instituições de garantia, as quais, segundo ele, vêm sofrendo de tal pusilanidade em razão de uma crescente absolutização dos poderes instituídos.²⁵

Em nomes de tais interesses, algumas vezes chegam inclusive a advogarem discursos de que o ordenamento jurídico deve ser flexibilizado e que certas garantias (constitucionais) devem ser mitigadas em nome de outros valores como a celeridade, a segurança ou mesmo a governabilidade do Estado, discursos estes, que muitas vezes não encontram grandes obstáculos²⁶ para serem introduzidos no ordenamento jurídico, o que malfadadamente acaba por colocar em risco os direitos fundamentais, posto que tais flexibilizações muitas vezes acabam por ferir o aludido "conteúdo essencial" dos direitos fundamentais encartados constitucionalmente, tornando-os desta feita, em meras declarações desnudas de concreude.

Desta maneira, em meio a tal crise democrática, onde a Constituição muitas vezes deixa de constituir, diria Streck (2003, p.274), a atual conjuntura reclama que não só os teóricos da ciência jurídica, instituições e autoridades públicas, mas a Sociedade como um todo, se empenhe na cotidiana tarefa de denunciar os vezos de ilegitimidade do ordenamento jurídico (CADEMARTORI, 2006, p.220), pois os guardiões desse sistema não podem quedar-se apáticos frente a tais ameaças, ou seja, não podem "manter a indiferença ou admitir passivamente que legislações infraconstitucionais avancem sobre esses bens, sem qualquer levante/resistência constitucional." (ROSA, 2003, p.81).

Afinal, o que o garantismo jurídico almeja, é a ideia de "Constituição símbolo", fique no passado, e que, presentemente, se edifique e fortifique o conceito de "Constituição-instrumento-de-cidadania"²⁷, articulada através de uma teoria dos direitos fundamentais que se em-

22 "De todo modo, o que se pretende destacar neste contexto, assumindo-se a simplificação e a necessidade de maior desenvolvimento, é o fato de que nem toda a violação de um direito fundamental corresponde, ao mesmo tempo e necessariamente, a uma violação da dignidade da pessoa humana, sequer implicando (de modo cogente) a violação do conteúdo em dignidade que o direito fundamental atingido possa ter." (SARLET, 2011, p.144).

23 "A tese positivista da presunção de regularidade dos atos do poder, calcada na visão acritica e contemplativa do jurista, é negada, sobretudo porque fundada na (ingênua) noção a existência de um "poder bom". Não basta a sintonia da norma com os parâmetros formais estabelecidos para sua validação. Visto que eles nada garantem. Imprescindível é sua harmonia com os direitos e garantias que expressam a racionalidade material (substantiva) do estatuto fundamental" (CARVALHO, 2001, p. 103).

24 "Para Ferrajoli el constitucionalismo democrático provoca cambios trascendentales que también alcanzan a la ciencia jurídica, transformando a ésta en una ciencia crítica y no meramente descriptiva." (LORA, 2005, p. 259).

25 "O que se tem percebido é a disseminação de práticas legais e administrativas regidas pelo princípio da capacidade normativa de conjuntura a instaurar uma nova normatividade paraconstitucional que obedece a parâmetros alheios à cultura jurídica, como reflexo de uma verdadeira "colonização" do jurídico pelo econômico." (CADEMARTORI, 2006, p.233).

26 "O autoritarismo crescente do Estado não vem encontrando resistências significativas, nem mesmo por parte dos juristas, uma vez que a ênfase posta no desenvolvimento econômico faz parecerem antiquadas e formalistas, até mesmo ridículas e anti-sociais, as preocupações que, aparentemente, são manifestações de exagerado apego a requisitos formais." (DALLARI, 1994, p.172).

27 "Hoje, a nosso ver, a circunstância histórica clama por uma teoria dos direitos fundamentais engajada, que sirva de instrumento de transformação e luta das minorias ainda discriminadas, mormente nos países capitalistas periféricos. Uma teoria dos direitos fundamentais que seja capaz de extrair das normas constitucionais todo o seu conteúdo social, dando-lhes o alcance que deveriam ter e possibilitando a eficácia que se almeja delas. Uma teoria dos direitos fundamentais que expurgue a Constituição-símbolo e faça emergir a Constituição-instrumento-de-cidadania" (MOREIRA GONÇALVES, 1997, p.40).

penhe em assegurar que as instituições de garantia possam – substancialmente – manter os direitos fundamentais, protegendo assim o cidadão contra escavações internas de tais direitos.

Desta maneira, tem-se então, que a legitimidade das normas jurídicas, depende da verdadeira aplicação dos direitos e garantias fundamentais²⁸, com o mínimo de restrições possível, a fim de dotar de real concretude as opções fundamentais eleitas constitucionalmente; aplicação dos direitos fundamentais esta, que, aliás, é o único meio de mediação entre a vontade popular e a jurisdição. (FERRAJOLI, 2011b, p.829).

Em suma, o garantismo preocupa-se em manter a supraordenação dos princípios constitucionais, a todos os poderes, a fim de que se possa construir uma democracia substancial, apta a não só frear a natural tendência do poder de se absolutizar²⁹, mas também, capaz de ser um eficaz bastião na defesa dos direitos fundamentais, face às forças que insistem em tentar impor uma lógica de eficiência (ROSA, 2012, p.143), em detrimento das garantias fundamentais.

Assim, ao teorizar esta tensão entre o dever ser constitucional (expectativa normativa) e o ser legislativo, trazendo à tona a questão do direito constitucionalmente ilegítimo, aí incluída a questão da escavação interna, o garantismo deixa claro que qualquer outra interpretação que aplaque a efetiva aplicação dos direitos fundamentais³⁰ em nome de outros valores, deve ser de pronto repelida, pois Estado Democrático de Direito não admite discricionariedade em relação aos direitos fundamentais, nem mesmo para o legislador, o qual está umbilicalmente vinculado à Constituição.

REFERÊNCIAS

- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito*. Curitiba: Juruá, 2001.
- CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- CARBONELL Miguel; SALAZAR, Pedro *et al.* *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta. Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2005.
- CARVALHO, Salo. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CHEQUER, Cláudio. O princípio da proteção ao núcleo essencial do Direito Fundamental no Direito Brasileiro (aplicação e delimitação). São Paulo. *Jornal Carta Forense*, 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br>>. Acesso em: 23 jun. 2014.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 18. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2011a.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2011b.
- FREITAS, Juarez. *Interpretação Sistemática do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2002.
- FREITAS, Juarez. Administração pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbidade por quebra de princípios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 258, p. 141-167, set./dez. 2011.
- FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores. 1999.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La constitucion como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1985.

28 Nesta senda, destaque-se que: "As melhores leituras sistemáticas da Constituição visualizam os direitos fundamentais como totalidade indissociável e, nessa medida, procuram restringir ao máximo as suas eventuais limitações, emprestando-lhes, quanto ao núcleo essencial, tutela reconhecedora da eficácia direta e imediata" (FREITAS, 2002, p.206).

29 "En el rechazo de la idea misma de un «poder bueno» y en la contención del tendencial absolutismo de cualquier poder está el papel conferido por la razón jurídica moderna primero a la legislación y después a la constitución." (FERRAJOLI, 2011a, p.45).

30 "Com efeito, muitos desses direitos, quais sejam, os fundamentais, devem prevalecer sobre quaisquer interpretações de cunho utilitarista, hoje apresentados sob a roupagem de interesse geral ou interesse público, utilizadas inúmeras vezes pela Administração na sua atuação discricionária. Assim sendo, tais direitos passam a ser limitações intransponíveis pelo Poder Público na sua interação com os administrados." (CADEMARTORI, 2001, p.175).

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. Tradução de: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Traduzido por João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUCIA, Paolo Di. *Assiomática del Normativo*. Filosofia Critica del Diritto in Luigi Ferrajoli. LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2011.

MENKE, Cassiano. *A proibição aos efeitos de confisco no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIGLINO, Arnaldo. *A Cor da Democracia*. São José: Editora Conceito Editorial, 2010.

MOREIRA GONÇALVES, Flávio José. Notas para a caracterização epistemológica da teoria dos direitos fundamentais. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago *et al.* (Coords.). *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ROSA, Alexandre Morais da. *O que é garantismo jurídico?* Florianópolis: Habitus, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da *et al.* Constitucionalismo garantista: notas lógicas. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais- Sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*. Volume 8, nº 2, p.257-301, maio/ago. 2003.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Recebido em: 16/12/2015

Aprovado em: 28/01/2016

UM ESTUDO SOBRE OS REFUGIADOS AMBIENTAIS HAITIANOS NO BRASIL: sob a ótica do direito internacional e do direito interno

A STUDY ON THE HAITIAN REFUGEES ENVIRONMENTAL IN BRAZIL: from the perspective of international law and national law

GABRIELA MACIEL LAMOUNIER ¹

JOSIMARY RODRIGUES GONÇALVES ²

TAISSE JUNE BARCELOS MACIEL ROMANO ³

RESUMO: O presente artigo jurídico tem como objetivo fazer um estudo sobre a receptividade e a proteção humanitária dos refugiados ambientais no Brasil. O estudo tem como pano de fundo a crescente preocupação com os impactos das alterações no meio ambiente global e objetiva a análise da dimensão humana dessas mudanças, que emergem do cenário de insegurança, riscos e incertezas acentuados com o recente debate internacional sobre mudanças climáticas. A ocorrência cada vez mais frequente de desastres ambientais e a progressiva degradação de recursos ambientais essenciais, comprometendo gravemente a vida e a segurança de indivíduos, grupos e comunidades inteiras em todo o mundo, a ponto de inviabilizar a sobrevivência em seus locais de origem, ensejam novas situações jurídicas que precisam ser reguladas pelo Direito Internacional. A proteção aos refugiados consolidou-se, em perspectiva contemporânea e materializada, em um complexo sistema normativo de direito internacional público, a partir da vigência da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, somada às disposições de seu Protocolo Adicional, de 1967. Os refugiados ambientais decorrentes de desastres naturais são grande desafio para o Direito Internacional Público.

Palavras-chave: Refugiados Ambientais. Direitos Humanos. Direito Internacional Público.

ABSTRACT: This legal article aims to make a study of responsiveness and the humanitarian protection of environmental refugees in Brazil. The study has the backdrop of the growing concern about the impact of the changes on the global environment and objective analysis of the human dimension of these changes, emerging from insecurity scenario, risks and uncertainties accentuated by the recent international debate on climate change. The increasingly frequent occurrence of environmental disasters and the progressive degradation of essential environmental resources, seriously jeopardizing the lives and safety of individuals, groups and entire communities around the world, about to derail survival in their places of origin, ensejam new legal situations that need to be regulated by international law. The protection of refugees was consolidated in contemporary perspective and materialized in a complex regulatory system of public international law, from the force of the Convention Relating to the Status of Refugees of 1951, added to the provisions of its Additional Protocol of 1967. environmental refugees from natural disasters are great challenge for the Public International Law.

Keywords: Environmental refugees. Human Rights. Public International Law.

¹ Mestra e Doutora em Direito Público pela PUC Minas. Especialista em Direito Processual e Direito Professora da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. E-mail: gabrielami@ig.com.br.

² Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Fundação Pedro Leopoldo/MG.

³ Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Itaúna/MG. Advogada.

Ambiental pela PUC Minas.

1. INTRODUÇÃO

O tema proposto neste trabalho justifica-se pela importância da situação dos refugiados ambientais na atualidade diante dos graves desastres ambientais trazidos, principalmente, pelo aquecimento global.

A constante degradação ambiental tem comprometido a vida dos homens, chegando ao ponto de impedir sua sobrevivência em seu local de origem. Desta forma, os homens que se encontram ameaçados por algum perigo atual ou iminente, precisam deixar suas casas e buscar refúgio em outros locais, e, até mesmo outros países.

Os refugiados ambientais compõem uma nova classe de refugiados, ainda não contemplada pelo ordenamento jurídico internacional e nem pelo ordenamento jurídico brasileiro, o que dificulta a adoção de normas protetivas a esta nova classe.

A pesquisa terá o condão de demonstrar a necessidade de ampliar o conceito jurídico das mudanças climáticas, e, visa demonstrar a necessidade de inserir essa nova classe no cenário internacional, bem como a necessidade de inserção na legislação interna a fim de assegurar a proteção jurídica das vítimas das mudanças climáticas.

Assim sendo, pretende-se estabelecer preliminarmente, o conceito de refugiados ambientais, através de um contexto internacional de dados históricos, subsídios para compreender o que vem a ser os chamados "refugiados", estudar a definição clássica e a definição ampliada de refugiado, enfatizando assim, o processo de regulamentação relativa aos refugiados, bem como as consequências jurídicas de se tornar um Estado omissivo diante da inexistência de uma legislação específica sobre o tema problema. Será importante destacar o papel dos tratados internacionais frente às mudanças climáticas, outrossim, destacar a Declaração Universal dos Direitos Humanos como fonte de proteção dos refugiados, bem como analisar considerações sobre questões das pessoas atingidas pelos impactos ambientais no âmbito nacional.

Fundamentada nos princípios da solidariedade humana, da cooperação e da ajuda humanitária, vislumbra-se o amparo jurídico dos refugiados na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. Tradicionalmente, esta definição assegura o *status* de refugiado aos indivíduos que, ameaçados e perseguidos por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, precisam deixar seu local de origem ou residência habitual para encontrarem abrigo e morada em outros países.

De forma teórica busca-se discutir a referida Convenção de 1951 e a Lei Brasileira nº 9474/97, conhecida como Lei do Refúgio, bem como questionar a sua adequação e possível ampliação em face da nova realidade contemporânea no tocante à problemática dos refugiados ambientais, tendo em vista que se entende que estes grupos de migrantes forçados deveriam gozar da proteção do instituto universal do refúgio e não o fazerem por não se enquadrarem na definição formal trazida pela Convenção de 1951 e a Lei 9474/97.

As dificuldades em torno do consenso sobre uma definição jurídica e a natureza do regime de proteção, tomando-se como base as normas vigentes de Direito Internacional dos Refugiados, de Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional do Meio Ambiente, deixam à mostra as limitações do Direito Internacional Público atual para conferir um tratamento adequado à complexidade do problema em questão.

Com objetivo de analisar a necessidade de reconhecer formalmente a situação jurídica do refugiado ambiental, por não estar prevista nos documentos internacionais e nem tampouco nas legislações dos Estados que regulam a matéria, apesar da realidade fática do conceito, será demonstrada a importância de uma análise jurídica dos princípios que norteiam os tratados internacionais em detrimento de sua eficácia e aplicabilidade dos direitos humanos no cenário internacional atual.

Busca-se definir juridicamente a condição de 'refugiado ambiental', tomando por base a doutrina sobre o tema. É examinada a posição dos doutrinadores, nacionais e internacionais, sobre a aplicabilidade deste instituto e as condições de sua criação.

Importante esclarecer que não há verificação da extraterritorialidade nos casos de deslocamentos internos, uma vez que os indivíduos ou grupos de indivíduos ainda se encontram sob a jurisdição e a tutela do Estado em que vivem, sendo deste, portanto, a responsabilidade precípua de proteção de seus indivíduos que tiveram seus direitos fundamentais violados.

Assim será analisado também o *status* do refugiado ambiental e os elementos necessários para enquadrá-lo no conceito de refúgio, bem como o posicionamento do Governo Brasileiro referente à caracterização dos 'refugiados ambientais', especialmente, em relação aos haitianos.

O tipo de pesquisa a ser realizado será a pesquisa teórico-bibliográfica, desenvolvida em doutrinas do direito internacional e do direito brasileiro, mais especificadamente, doutrinas sobre Direitos Humanos e Direito Internacional; artigos científicos publicados em revistas ou periódicos impressos ou eletrônicos e legislação comentada.

O procedimento metodológico delimitará o problema teórico, sendo adotado o método dedutivo, segundo o qual a pesquisa partirá de uma concepção macro para um entendimento micro, ou seja, a situação jurídica dos refugiados ambientais no âmbito internacional para um estudo sobre a situação dos haitianos no Brasil.

2. REFUGIADOS AMBIENTAIS

2.1. Conceito

O conceito de "refugiados ambientais" refere-se às pessoas que fugiram de suas casas por causa de mudanças ambientais que tornaram suas vidas ameaçadas ou insustentáveis. São pessoas que encontraram novos lugares para viver em seus próprios países ou precisaram mudar do país de origem para outro, buscando refúgio. (DERANI, 2006).

Na atualidade os chamados refugiados ambientais não possuem proteção jurídica, sendo necessária a criação de institutos que possuam tutela tal grupo de forma eficaz. O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) apenas define refugiado ambiental, como:

[...] refugiados ambientais são pessoas que foram obrigadas a abandonar temporária ou definitivamente a zona tradicional onde vivem, devido ao visível declínio do ambiente (por razões naturais ou humanas) perturbando a sua existência e/ou a qualidade da mesma de tal maneira que a subsistência dessas pessoas entra em perigo. (PNUMA, 1985)

Faz-se necessário revisar a insuficiente definição de refugiado, para adaptá-la as necessidades atuais da realidade social, haja vista que os termos também utilizados, deslocados e migrantes, apresentam-se igualmente deficientes.

Emerge então uma preocupação com os refugiados no plano internacional, no sentido de assegurar-lhes o efetivo gozo das liberdades fundamentais e dos direitos humanos. Ressalta-se que para que se solucione a temática de maneira satisfatória, é necessário que haja uma cooperação entre as nações, no sentido de reconhecer o problema como de toda comunidade mundial, e ainda o caráter humanitário bem como social da questão dos refugiados, tendo em vista que da concessão do direito de asilo, bem como o de refúgio em um sentido mais amplo, decorrem responsabilidades que se apresentam um tanto pesadas para determinados países.

Portanto, para que se tenha uma análise mais específica sobre o conceito de refugiados ambientais é necessário estabelecer uma compreensão do instituto do refúgio, conforme análise a seguir.

2.2.1 Instituto Jurídico de Refúgio

Considerando o desejo de codificar e estender a proteção oferecida aos refugiados em acordos internacionais, o *status* de refugiado é determinado no Direito Internacional pela Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados e Apátridas de 1951 - CRER, complementada pelo Protocolo Adicional de 1967, que contempla a proteção do estrangeiro que esteja sofrendo perseguição política e necessite de asilo em determinado Estado. Conforme tais documentos considera-se refugiado toda pessoa que:

Artigo 1º [...] devido a fundados temores de perseguição por motivo de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política, encontre-se fora do país de sua nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção desse país; ou que, não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa, em consequência de tais acontecimentos, ou não queira, devido a tal temor, regressar a ele. (CRER, 1951).

Neste conceito de refugiado, não está prevista a saída do país motivado por problemas ambientais irreversíveis. Nem tampouco se pensa no conceito de refugiado para ser aplicado no trânsito de pessoas dentro do mesmo país.

Percebe-se, igualmente, que essa definição contém três requisitos essenciais que a caracterizam e que são, por sua vez, de obrigatório preenchimento pelo solicitante do refúgio para que este possa ser contemplado com os *standards* mínimos de proteção destinados àqueles que recebem e que gozam do *status* de refugiado.

Os elementos que devem ser analisados são: a) a perseguição; b) o fundado temor; e c) a extraterritorialidade. Para efeitos de comparação, existe outra classe de "refugiados", os deslocados internos, que são pessoas que se deslocam dentro de seu próprio país. Estes são, muitas vezes, denominados "refugiados". Porém, pela definição apresentada, percebe-se o erro, eis que estes ao contrário dos refugiados, não promovem a travessia de fronteiras internacionais para obterem segurança, pois permanecem em seu país de origem.

Além disso, mesmo que a fuga se dê por razões semelhantes às dos refugiados (conflito armado, violência generalizada, violações de direitos humanos), os deslocados internos permanecem sob a proteção de seu próprio governo, mormente este governo possa ser a causa da evasão. Como nacionais do Estado, eles mantêm todos os seus direitos e são protegidos pelo Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Não obstante todas estas considerações o próprio Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados chega a admitir que:

Ainda que a noção de "pessoas deslocadas internamente" seja agora largamente utilizada pelas instituições humanitárias e decisores políticos, continua a existir uma surpreendente falta de clareza acerca de seu significado exato. A comunidade internacional ainda não estabeleceu uma definição jurídica e formal do termo e, embora tenham sido envidados um certo número de esforços para preencher esta lacuna conceptual, as definições propostas ou eram demasiado abrangentes ou demasiado estreitas e, por conseguinte, de limitado valor analítico ou operacional (ACNUR, 2004).

É importante observar também que antes do advento da II Guerra Mundial existiam instrumentos específicos para determinados refugiados, mas com o número extraordinário de pessoas refugiadas com o fim da guerra passou a ser uma preocupação mundial, e a comunidade internacional, por razões humanitárias, assumiu a tarefa de protegê-las juridicamente de forma mais ampla, portanto, fez-se necessário um instrumento geral, que abarcasse todos os refugiados. (PEREIRA, 2009).

No Brasil, a Lei nº 9474/97 é conhecida como Lei do Refúgio, dispõe que os grupos de migrantes forçados deveriam gozar da proteção do instituto universal do refúgio e não o fazem por não se enquadrarem na definição formal trazida pela Convenção de 1951.

A Lei nº 9.474/97 criou o Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE, órgão colegiado, vinculado ao Ministério da Justiça, que

reúne segmentos da área governamental, da sociedade civil e das Nações Unidas. Cabe ao CONARE analisar e deliberar sobre os pedidos de reconhecimento da condição de refugiado.

Não obstante objetivasse assegurar a tutela das pessoas perseguidas religiosa e politicamente no âmbito interno dos Estados em que vivem, tal nomenclatura acabou por se expandir para denominar os indivíduos que tem a necessidade decorrente de um perigo latente, de deixar seu território em direção a outro que faça ou não parte de seu Estado de origem.

Para diferenciar refúgio de asilo, Flávia Piovesan (2001, p. 77-78) destaca que o refúgio "é medida essencialmente humanitária, enquanto que o asilo é medida essencialmente política". A autora complementa este entendimento ao destacar que "o refúgio é um instrumento jurídico internacional, tendo alcance universal e o asilo é um instituto jurídico regional, tendo alcance na região da América latina".

O asilo se deriva da palavra *asylon* que significa literalmente "algo que não está sujeito a confiscação". Esta noção aplica-se comumente a um lugar inviolável no qual uma pessoa encontra-se protegida frente a seus perseguidores. O asilo é fundamentalmente um estado de proteção. (LETTIERI, 2012, p. 24).

Assim, os pedidos de asilo estão previstos na Constituição Federal, no artigo 4º, que coloca o asilo político como um dos pilares que rege as relações internacionais. Não existe uma lei específica para tratar os casos de asilo, que é avaliado diretamente pela Presidência da República.

Neste caso, as garantias são dadas apenas após a concessão. Antes disso, a pessoa que estiver em território nacional estará em situação de ilegalidade. O asilo pode ser de dois tipos: a) diplomático: quando o requerente está em país estrangeiro e pede asilo à embaixada brasileira; b) territorial: quando o requerente está em território nacional. Se concedido, o requerente estará ao abrigo do Estado brasileiro, com as garantias devidas.

Portanto, o asilo é um instituto jurídico regional (América Latina) e, segundo o Ministério da Justiça (2015) possui efeito constitutivo e é, normalmente, empregado em casos de perseguição política individualizada, sendo motivado pela perseguição por crimes políticos. A proteção pode se dar no território do país estrangeiro (asilo territorial) ou na embaixada do país de destino (asilo diplomático);

O asilo é medida de caráter político e constitui exercício de um ato soberano do Estado, sendo que o cumprimento desta decisão política não se sujeita a nenhum organismo internacional. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015).

A condição de refugiado deve ser aplicada a casos em que a necessidade de proteção atinge a um número elevado de pessoas, onde a perseguição tem aspecto mais generalizado. Deve se fundamentar em motivos religiosos, raciais, de nacionalidade, de grupo social e de opiniões políticas, sendo suficiente o fundado temor de perseguição. Em regra, a proteção se opera fora do país e deve existir cláusulas de cessação, perda e exclusão (constantes da Convenção dos Refugiados). (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015).

O reconhecimento da condição de refugiado tem efeito declaratório e é uma medida de caráter humanitário. É uma instituição convencional de caráter universal e aplicada de maneira apolítica. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015).

Diante de conceitos e definições, a figura do refugiado ambiental, também denominado de refugiado climático, é uma categoria de pessoas que não encontra guarida na definição da CRER, tão pouco no Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados.

O que se observa, é a necessidade de determinar o status de refugiado para então instituir a nova classe no conceito já existente.

2.1.2 "Status" de Refugiado

Nos últimos anos a vinculação entre refúgio e violação de direitos humanos tem sido fortemente sustentada pelo ACNUR, o ponto chave para o entendimento dessa relação refere-se ao significado de "perseguição", a qual é elemento central da definição de refúgio e da consequente atribuição do *status* jurídico de refugiado. (ANDRADE, 2006).

A Agência sustenta que uma ameaça à vida ou à liberdade por motivos de raça, religião, nacionalidade, opinião política ou pertencimento a grupo social é sempre perseguição. Outras sérias violações de direitos humanos – pelas mesmas razões – também constituiriam perseguição, a depender das circunstâncias específicas. (ACNUR, 2004).

Ademais, segundo o Escritório, decidir que um indivíduo tem "fundado temor de perseguição" é, de fato, concluir que um (ou mais) de seus direitos humanos não está sendo respeitado. (ACNUR, 2015). Em alguns textos, o ACNUR não somente declarou que a violação de direitos humanos leva ao fluxo de refugiados, como sustentou que essa é a maior causa desses movimentos e se definiu como uma organização de direitos humanos (ACNUR, 2004).

Enfim, é amplamente reconhecido que refúgio e direitos humanos são intrinsecamente vinculados e que a violação desses direitos legitima o reconhecimento do status de refugiado.

O ACNUR, todavia, reconheceu a ligação entre direitos humanos e o refúgio não somente no que se refere à definição de refugiado, como também à vida do refugiado em seu país de acolhida. O Escritório tem sustentado que a proteção é sua função principal, a qual abarca todas as atividades que buscam restabelecer a dignidade dos refugiados, protegendo seus direitos e buscando soluções duradouras dentro da estrutura de diversos tratados de direitos humanos. (ACNUR, 2004).

Para o ACNUR, a proteção não pode se distanciar dos direitos humanos, não apenas porque a condição de refugiado existe devido a uma violação específica de direitos humanos, mas também em razão de três outras questões:

a) O refugiado é, antes de qualquer condição, um ser humano, ao qual diversos direitos foram reconhecidos internacionalmente. Os requerentes de refúgio e os refugiados se "[...] beneficiam dos direitos e liberdades fundamentais reconhecidos nos instrumentos internacionais de direitos humanos. A proteção do refugiado deve, nessa medida, ser vista no contexto mais vasto da proteção dos direitos humanos." (ACNUR, 2015).

b) A Convenção de 1951, que estabelece o conceito de refugiado e é a principal referência para o regime, tem como fundamento a

afirmação internacional de direitos humanos. A Agência declara que os direitos humanos são a fonte primária dos princípios e estruturas existentes para a proteção dos refugiados (ACNUR, 2004). Ademais, o ACNUR entende que, como uma agência das Nações Unidas, deve assegurar que os direitos humanos de seus beneficiários sejam mantidos. (ACNUR, 2004).

c) A própria Convenção enuncia direitos a serem observados em relação aos refugiados. Ressalta-se que a proteção aos refugiados opera dentro de uma estrutura de direitos e deveres individuais e responsabilidades estatais. Sustenta-se que, quando reconhecidos como refugiados, há a aplicação a esses indivíduos de um regime legal especial que estabelece direitos e determina assistência e medidas de proteção, os quais, em conjunto, constituem o que é conhecido como "proteção internacional ao refugiado". (ACNUR, 2004).

Com base em tais considerações, entende-se que o respeito aos direitos humanos é essencial para a proteção dos refugiados. Nesse sentido, as ações do ACNUR são firmemente baseadas e guiadas por princípios universais de proteção ao refugiado e por padrões de direitos humanos, que reforçam a legitimidade dessas ações e são essenciais para o alcance da segurança desses indivíduos. (ACNUR, 2004).

Nesse contexto, ao analisar a importância fundamental das questões de direitos humanos, surge a questão da nova classe de refugiados os "refugiados ambientais". Portanto quando se direciona o tema problema a um conceito pré-existente para abranger a nova classe, há uma necessária identificação dos elementos que classificam aquelas pessoas que se deslocam de seus Estados de origem por motivos climáticos como refugiados, a qual será analisada no item posterior.

2.1.3 Limites ao uso do conceito "refugiado ambiental"

A principal e mais acentuada limitação a ser apontada em relação ao conceito de "refugiado ambiental" é o seu não enquadramento técnico na vigente e clássica definição jurídica do instituto do refúgio, disposta no artigo 1º, §1º, c) da CRER de 1951. (ACNUR, 2004).

Ao se analisar, comparativamente, os dois conceitos, o do refúgio propriamente dito e o de "refugiado ambiental", notam-se duas razões para a impossibilidade de que o segundo se encaixe, frente ao atual estágio normativo em que se encontra o Direito Internacional dos Refugiados, como um de seus dispositivos protetivos, mesmo que em perspectiva ampliada.

A primeira destas razões recai sobre a ausência do elemento da perseguição na definição de "refugiado ambiental". Este que é essencial, segundo a CRER, para a configuração do reconhecimento dos *status* de refugiado a alguém, não se encontra presente, mesmo em análise forçada, quando indivíduos ou populações deslocam-se para outros locais que não o de sua origem e moradia habitual em decorrência de fatores ambientais. (PEREIRA, 2009).

O agente desta ação tem que ser palpável e dotado de personalidade jurídica, até mesmo para lhe atribuir futuramente, se for o caso, responsabilidade internacional pelos atos praticados.

Assim sendo, ainda que na tentativa de se proceder a uma análise alargada e não formal do termo perseguição, a ausência do agente, por si só, já impossibilita a aplicação tanto do documento tradicional de proteção aos refugiados como das declarações regionais aos casos de deslocamentos humanos motivados por fatores ambientais. (ACNUR, 2004).

Nesse sentido, motivos outros que não raça, religião, opinião política, vinculação a determinado grupo social ou nacionalidade não são amparados pela CRER e, portanto, não permitem o reconhecimento do status de refugiado aos indivíduos.

Consequentemente, como não consta no rol do artigo 1º, §1º, (c) do Estatuto dos Refugiados a previsão dos fatores ambientais e climáticos como motivadores da perseguição, tal ausência configura-se como uma limitação à possibilidade de se contemplar os chamados "refugiados ambientais" com a proteção oriunda do instituto jurídico do refúgio. Portanto o nexo de causalidade entre o deslocamento forçado advindo de causas climáticas é importante para configurar o conceito de refugiados ambientais, conforme análise seguinte.

2.2. O nexo de causalidade entre a causa ambiental e o deslocamento forçado dos "Refugiados Ambientais"

Assim como, necessariamente, deve estar presente e ser verificado o nexo de causalidade entre os motivos de perseguição – nacionalidade, opinião política, religião, vinculação a determinado grupo social e raça –, a perseguição em si e o deslocamento forçado dos indivíduos para que estes possam pleitear, em um Estado de acolhida, proteção decorrente do reconhecimento do status de refugiado, o mesmo deve, obrigatoriamente, ocorrer no caso dos "refugiados ambientais".

Em outras palavras, para que se possa, eventualmente, em um contexto futuro, considerar-se um indivíduo (na perspectiva individual de reconhecimento) ou uma população (na perspectiva coletiva) enquanto refugiados em decorrência de fatores ambientais, o nexo de causalidade igualmente tem que restar comprovado.

Neste sentido, a aplicação direta da CRER, atribuindo o *status* de refugiado a pessoas que tiveram que deixar, forçadamente, seu local de ascendência ou moradia usual para em outro país do globo viver, seria imprescindível que esta pudesse comprovar que a motivação real e única de sua saída justificou-se na degradação do meio ambiente de sua região de origem, tornado, ali, a vida impossível. Do contrário, não haveria motivo fático capaz de amparar a aplicação da proteção pelo Estado solicitado. (PEREIRA, 2009)

Ainda, tal obrigatoriedade do link de causalidade existe, pois, o reconhecimento dos status de refugiado por um Estado lhe gera obrigações para com o refugiado e, assim, é essencial ter-se segurança jurídica quanto à veracidade dos fatos e, sobretudo, quanto à real necessidade de acolhida do solicitante, impedindo que o status de refugiado possa vir a acobertar criminosos, pessoas aventureiras e que efetivamente não precisam de proteção ou, então, apenas migrantes em busca de uma vida melhor em outro país. (PEREIRA, 2009).

Entende-se que a necessidade do vínculo causal entre o evento da natureza e um hipotético pedido de refúgio "ambiental" é essen-

cial, sendo sua ausência determinante para a impossibilidade de configuração e aplicação do instituto do refúgio e, assim, à consequente negativa do gozo da proteção advinda do Direito Internacional dos Refugiados ao indivíduo solicitante.

Diante desta análise permite a entender a necessária da vinculação dos refugiados ambientais como nova classe de refugiados, uma vez que há amparo legal universal como os Direitos Humanos analisados a seguir.

3. O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E OS REFUGIADOS AMBIENTAIS

3.1. A proteção internacional dos Direitos Humanos

O Direito Internacional dos Direitos Humanos pode ser dividido, em instrumento com força legal como, por exemplo, direitos e tratados internacionais, e instrumentos sem força legal como, por exemplo, diretrizes, princípios, códigos de conduta. O direito dos tratados cria obrigações legais aos Estados Partes, fazendo com que adaptem a legislação nacional para assegurar a plena conformidade com o tratado em questão, assim como adotem e/ou modifiquem as políticas e práticas relevantes.

No caso dos instrumentos sem força legal no Direito Internacional dos Direitos Humanos, estes podem ser comparados com as normas administrativas que existem em todos os órgãos de aplicação da lei, apesar de não possuírem um caráter vinculativo estritamente legal, seu teor tem especial importância na prática da aplicação da Lei e, por isso, seu cumprimento é altamente recomendado. (ROVER, 2006, p. 147).

É mister essa diferenciação porque sendo inúmeros os tratados de proteção dos direitos humanos conhecidos atualmente, todos eles têm uma característica fundamental tanto no âmbito interno ou internacional: a proteção dos direitos da pessoa humana independentemente de qualquer condição.

Nesse sentido, os direitos humanos, no plano internacional, podem ser definidos como um conjunto mínimo de direitos considerado essencial para a vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade, e que ainda se beneficiam de garantias internacionais institucionalizadas. (CASELLA, 2012, p. 715).

Os tratados internacionais ratificados pelos Estados e incorporados nos ordenamentos internos, formam um sistema normativo global de proteção dos direitos humanos. Este sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos.

Para compreender o impacto jurídico destes tratados, a primeira regra a ser fixada é a de que os tratados internacionais só se aplicam aos Estados Partes, ou seja, aos Estados que expressamente consentiram com sua adoção. Como dispõe a Convenção de Viena: "Todo tratado em vigor é obrigatório em relação às partes e deve ser observado por elas de boa fé." Complementa o artigo 27 da Convenção: "Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado." (PLANALTO, 2009).

Afirma-se assim a importância do princípio da Boa-Fé na esfera internacional, pelo qual cabe ao Estado conferir cumprimento às disposições de tratado com o qual livremente ratificou. Ora, se o Estado no livre e pleno exercício de sua soberania ratifica um tratado, não pode posteriormente obstar seu cumprimento, sob pena de responsabilização internacional.

Além do princípio da Boa Fé, outro princípio a merecer destaque é o princípio da prevalência da norma mais benéfica. A respeito, elucidativo é o artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos que, ao estabelecer regras interpretativas, determina que "nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados Partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados". Consagra-se, assim, o princípio da norma mais favorável, seja ela do Direito Internacional, seja ela do Direito Interno. (MENDES, 2008).

Na lição lapidar de Antônio Augusto Cançado Trindade:

[...] neste campo de proteção, não se trata de primazia do direito internacional ou do direito interno, aqui em constante interação: a primazia é, no presente domínio, da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de direito internacional ou de direito interno (TRINDADE, 1996).

Nesta ótica, os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional.

Neste sentido, os instrumentos internacionais de direitos humanos invocam a redefinição da cidadania, a partir da incorporação, ampliação e fortalecimento de direitos e garantias voltadas à proteção dos direitos humanos, a serem tutelados perante as instâncias nacionais e internacionais. É fundamental a interação entre o catálogo de direitos nacionalmente previstos e o catálogo de direitos internacionais, com vistas a assegurar a mais efetiva proteção aos direitos humanos. Impõe-se ainda ao Estado o dever de harmonizar a sua ordem jurídica interna à luz dos parâmetros mínimos de proteção dos direitos humanos – parâmetros estes livremente acolhidos pelos Estados.

E é nesta seara que faz necessário a análise do tema no que se refere a proteção conceituada no Direitos Humanos, a qual este esta sempre relacionado a proteção à pessoa de forma institucionalizada

Visto que de acordo Liliana Lyra Jubilut (2007), os direitos humanos são, assim, garantias individuais que objetivam a proteção dos direitos mais essenciais do ser humano em face ou de outros seres humanos, uma vez que por serem todos essencialmente iguais, um não pode interferir na esfera individual alheia, ou em face do Estado.

Segunda a autora a proteção dos direitos humanos, que também apresentam fundamentos filosóficos, em face do Estado, compõe a temática de sua justificativa política. Dentro dos fundamentos políticos tem-se que se justifica a existência dos direitos humanos em função de por meio destes se buscar proteger o ser humano da violação de direitos por parte do Estado em função de dois motivos principais.

Liliana Lyra Jubilut, citando Hannah Arendt, explica que o Estado é o local no qual os direitos humanos são passíveis de serem exercidos, uma vez que o pressuposto destes é a cidadania, que somente pode ser realizada dentro do Estado:

Os direitos humanos pressupõem a cidadania não apenas como um fato e um meio, mas sim como um princípio, pois a privação da cidadania afeta substantivamente a condição humana, uma vez que o ser humano privado de suas qualidades – o seu estatuto político – vê-se privado de sua substância, vale dizer: tornado pura substância, perde a sua qualidade substancial, que é de ser tratado pelos outros como um semelhante”, ou seja, o Estado deve ser instrumento dos homens e não o contrário. (ARENDR, 1985, p. 32 *apud* JUBILUT, 2007, p. 151).

Em segundo lugar, o ser humano precede o Estado, aderindo a este por vontade própria, com o intuito de contar com uma proteção institucionalizada. (JUBILUT, 2007)

Diante de tais conceituações percebe-se a ligação entre Direitos Humanos, Estado e indivíduos. Portanto como análise jurídica e doutrinária os Direitos Humanos vão além de simples normas e sim condições necessárias e essenciais para que os sujeitos exerçam de forma digna aquilo que consideram ser melhor para seu viver.

Percebe-se que os Direitos Humanos fazem parte do plano de Direito Internacional, materializado em tratados internacionais ratificados pelos Estados que passam a ser sujeitos signatários contraindo as obrigações internacionais decorrentes, o Estado passa a aceitar o monitoramento internacional no que se refere ao modo pelo qual os direitos fundamentais são respeitados em seu território.

O Estado passa, assim, a consentir no controle e na fiscalização da comunidade internacional quando, em casos de violação a direitos fundamentais, a resposta das instituições nacionais mostra-se falha ou omissa. (DIVINO NETA; MINCHONI, 2013)

Observa-se neste momento que o mesmo Direito Internacional que impõem obrigações e deveres ao Estado em relação a pessoa de direito é omissa em relação a proteção internacional dos Refugiados Ambientais, que são pessoas tuteladas pelo próprio Direitos Humanos. Como será analisado no próximo tópico.

3.2. A proteção Internacional dos Refugiados Ambientais

Como dito no item anterior, não se pode afirmar proteção internacional dos Refugiados Ambientais, mas sim uma perspectiva de proteção, através de duas de suas vertentes que asseguram a proteção internacional à pessoa humana, isto é, o Direito Internacional Direitos Humanos e o Direito Internacional do Refúgio, precisam encontrar solução e resposta para o problema dos deslocamentos forçados motivados por questões ambientais e que, ainda, não se encontram legislados internacionalmente.

Nesse sentido, a partir da constatação da real necessidade de se proteger juridicamente estes indivíduos, ou seja, buscando aplicar ao caso as noções *de lege ferenda* (lei a ser criada) e *fumus boni* (o direito que está por vir) para, em um futuro próximo, regulamentar e garantir-lhes proteção. O conceito de Refugiados Ambientais é baseado em uma perspectiva ampliada, dilatada de proteção aos refugiados. (SOUZA, 2010).

Entretanto, este enquadramento do conceito de “refugiado ambiental” dentro da proteção garantida pelo status de refugiado é problemático e, do ponto de vista jurídico, não-técnico nos termos da CRER de 1951 e do PRER de 1967. Por que, o enquadramento do conceito do Refugiado Ambiental não se limita apenas em normas a ser aplicada aos Estados, imposta pelo Direito Internacional, vai mais além, ou seja, ainda que este instrumento se normalize e necessária a análise do conteúdo normativo no âmbito interno dos Estados, isto porque, estes regem pelo Princípio da Soberania.

Nesta análise crítica, segundo Pereira (2009, p. 102), citando Sparemberger e Bühring, a fragilidade do sistema se dá em virtude da inoperância de suas regras, que acabam por se tornar extremamente utópicas ante a própria realidade, “convertendo-se em princípios de fácil contorno, no momento de se aplicarem decisões de política nacional, ou de se atentarem contra direitos de nacionais com reflexos internacionais.”

Nada obstante, referidas autoras explicam que “o direito internacional dos direitos humanos funciona, em sua dinâmica de sistema [...], como capaz de preencher lacunas”, mas também “como sistema que, em conflito com as ordens nacionais, leva os tribunais à discussão da aplicação dos direitos internacionais dos direitos humanos em confronto com o direito interno.” (PEREIRA *apud* SPAREMBERGER; BÜHRING, 2009, p. 102)

Ainda assim, merece ser dado a ele tratamento jurisdicional futuro a ser acertado pelos Estados e Organização Internacional com base nos valores assegurados pelas normas gerais do Direito Internacional Público que resguardam, à pessoa humana, proteção universal e holística a seus direitos fundamentais.

E são estes direitos fundamentais instituídos no ordenamento interno, que faz necessário a proteção dos Refugiados Ambientais advindos de outros Estados e os deslocados internos, também conceituados como refugiados internos, através de uma legislação específica, como analisado no próximo capítulo.

4. O DIREITO BRASILEIRO E A PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS

4.1. A falta de legislação sobre a proteção dos Refugiados Ambientais

Atualmente, os "refugiados ambientais" não fazem jus a uma proteção jurídica específica, mas são ou deveriam ser abarcados pelos instrumentos gerais de direitos humanos, seja no plano do direito interno ou do direito internacional.

Como mencionado, o Direito Internacional dos Refugiados surge logo após a Segunda Guerra Mundial visando à proteção de pessoas perseguidas em função de sua raça, religião, nacionalidade, opinião política ou pertencimento a um grupo social e evoluiu regionalmente para proteger também pessoas em situação de grave e generalizada violação de direitos humanos. (COMPARATO, 2011, p. 238).

Atualmente verifica-se que o sistema internacional de proteção aos refugiados encontra-se bem-estruturado, no que se refere ao seu conceito, no entanto, estratégias são elaboradas pela própria ACNUR para ampliar e abarcar nova classe de refugiados a qual podem ser divididas em dois grandes grupos: de um lado, tem-se as ações que visam a fortalecer a proteção jurídica dos refugiados, enfrentando, desta feita, o atual desafio dos direitos humanos, qual seja, sua real efetivação; e de outro, tem-se ações que buscam aumentar o rol de pessoas protegidas pelo Direito Internacional dos Refugiados, visando alterar, assim, a própria definição de refugiado ou o mandato do ACNUR. (JUBILUT, 2007).

No que tange às iniciativas relacionadas à ampliação do mandato do ACNUR e/ou de ampliação do conceito de refúgio, duas merecem destaque: a primeira, a crescente preocupação com os deslocados internos e a segunda o aparecimento de "refugiados ambientais".

Em princípio, o Direito Internacional dos Direitos Humanos oferece proteção a todas as pessoas, sem distinção de qualquer natureza, todavia as pessoas que são removidas de um lugar para o outro dentro do seu próprio território, surgem problemas específicos relacionados aos seus direitos e proteção.

Embora haja o conceito de deslocados internos como:

[...] pessoas ou grupo de pessoas compelidas a fugir de seus domicílios ou dos locais em que residiam habitualmente, de maneira súbita e imprevista, em consequência de conflitos armados, tensões internas, violações massivas dos direitos humanos e desastres naturais ou provocados pelo homem, e que não atravessaram uma fronteira nacional reconhecida internacionalmente. (ROVER, 1996, p. 354).

Não existe no momento uma legislação específica voltada para a questão.

Quando se refere a deslocados internos, a princípio remete a ideia de que essas pessoas estariam abarcadas pelos Direitos Fundamentais e estes direitos protegidos internacionalmente pelos Direitos Humanos.

Nas lições de Mendes, Coelho e Branco:

[...] a expressão direitos fundamentais é reservada, aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em um diploma normativo de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo por isso garantido e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado se consagra. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 244).

Então pode se analisar, que no sistema brasileiro, os direitos fundamentais se definem como direitos constitucionais normativos que traz o princípio da legalidade, nas lições de José Afonso da Silva:

[...] o princípio da legalidade é o princípio basilar do Estado Democrático de Direito é da essência do seu conceito subordina-se a Constituição e fundar-se na legalidade Democrática, a qual sujeita-se todo Estado de Direito, o império da Lei, mas da lei que busca a igualdade social. (SILVA, 2012, p. 123).

Assim, se a observância dos dispositivos constitucionais faz primordial ao cumprimento das Leis em um Estado Democrático, em relação aos deslocados internos, na prática isto é um pouco distorcido, estes são vítimas da prática de expansão da construção de usinas em todas as regiões do país põe às claras dilemas que congregam a íntima relação entre alterações do meio ambiente e deslocamento interno de pessoas que vivem nas zonas rurais veem-se obrigadas a sair de seus lares, visto que essas obras transformam por completo o meio ambiente local, inundando toda a região próxima às construções.

Existem também outros fatores subjacentes a este fenômeno do deslocamento em massa de populações, como subdesenvolvimento, pobreza, distribuição desigual de riquezas, desemprego, tensões étnicas, opressão de minoria, intolerância, ausência de processos democráticos e muitos outros fatores costumam ser apontados como causas. (ROVER, 1996, p. 353).

E como consequência a questão sociocultural, que pode afetar não somente os deslocados, mas também as comunidades para onde são transferidos, podendo gerar grandes dificuldades para a adaptação das famílias. Isso porque, segundo os estudiosos do tema, o reassentamento de um número grande de pessoas não é simples, podendo ser recebido como ameaça de sobrevivência pelos habitantes mais antigos do lugar, sobretudo se esse local for carente de oportunidades de trabalho e de ascensão social.

Portanto observa-se a violação dos dispositivos de Direitos Fundamentais instituídos no ordenamento interno, a partir do momento que não permitiu aos deslocados internos a escolha de permanecer ou não em suas propriedades e quando estes se veem obrigados a se

retirar de suas terras não são suficientemente ressarcidos para sua sobrevivência. (ZEFERNINO, 2014).

Nesta mesma linha de pesquisa encontram-se os "Refugiados Ambientais" como segunda preocupação da ampliação e/ou enquadramento desta classe no conceito de refugiados, que são pessoas que vêm sofrendo com catástrofes ambientais, mas a elas não é dada proteção material nem jurídica, pois não se enquadram na definição clássica de refugiado.

Diante das mudanças climáticas e dos desastres ambientais, vem se tornando necessária a criação de normas para a proteção do meio ambiente

De acordo com o Ramos, a ACNUR verifica em sua carta, que:

A escala e complexidade do deslocamento humano crescerá com as mudanças climáticas uma questão que definirá nossos tempos. Todos os anos os desastres ambientais já impulsionam mais pessoas a se deslocar do que os conflitos e em longo prazo os efeitos são o aumento em larga escala do fluxo de pessoas deslocadas dentro de seus países ou cruzando fronteiras internacionais. (RAMOS, 2015).

Todavia, ao se observar que essas migrações, em larga escala são um fenômeno em pleno crescimento e que países insulares estão com todo o seu território habitável ameaçado, não tendo para onde ir, senão para outros países, é indispensável que a discussão jurídica se dê, no intuito de classificar essa nova espécie de refugiado, a fim de lhes assegurar direitos fundamentais no país para o qual eles migram.

Exemplos dessa nova categoria de pessoas em busca de refúgio são as populações de Tuvalu e as populações do Haiti, que será estudo de casos no próximo capítulo.

Observa-se que mesmo não havendo uma definição jurídica para estes estrangeiros, o ACNUR, vem, diante desta lacuna e da ausência de definições jurídicas precisas, oferecerem guarida aos refugiados ambientais, utilizando-se do Princípio do *Non-Refoulement*, como instrumento eficaz para dificultar que os governos rechacem tais estrangeiros ambientalmente deslocados, impedindo que estes sejam enviados de volta ao Estado de onde saíram em razão das impossibilidades e realidades estereis à sua dignidade humana. Diante desta realidade, o Princípio da Não-Devolução possibilita uma colmatação da lacuna deixada pelo Estatuto dos Refugiados, eis que ao adentrar em um país, mesmo que ilegalmente, os refugiados ambientais estão tutelados pelo princípio-garantia de que não serão expulsos, ou ao menos, de que não deveriam ser expulsos. (ZEFERNINO, 2014).

No Brasil, em 1997 entrou em vigor uma lei específica para refugiados: a **Lei 9.474**, de 22 de julho, que estabeleceu os critérios de reconhecimento do *status* de refugiado e determinou o procedimento para esse reconhecimento, criando, inclusive, um órgão administrativo competente para tratar do tema, o CONARE. (JUBILUT, 2007, p. 199).

Entretanto não significa dizer que esta lei abarca os Refugiados Ambientais, como será analisado no próximo capítulo.

4.2. O posicionamento do Governo brasileiro

No Brasil, o ordenamento jurídico é assente quanto à necessidade de aplicação e respeito ao comando internacional presente no Princípio do *Non-Refoulement*, mormente denominado "princípio da não devolução", vedando qualquer forma de rechaço de pretendente ao refúgio nas fronteiras dos Estados, primando por seus direitos fundamentais, consoante bases axiológicas presentes na Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, bem como nas alterações inseridas junto ao Protocolo de 1967, devidamente ratificadas pelo Brasil no governo. (ZEFERNINO, 2014).

Assim como a proteção internacional aos refugiados, a proteção brasileira também tem iniciativas pioneiras que visam tanto a aumentar as garantias de proteção e dos direitos dos refugiados quanto difundir a temática no Brasil.

A primeira dessas iniciativas trata da implementação de uma das soluções duráveis para refugiados, prevista tanto pela Convenção de 1951 quanto pela Lei 9.474/1997: o *Reassentamento*.

O reassentamento consiste, modernamente, na prática de um Estado acolher, em seu território, refugiados já reconhecidos como tais, pelo ACNUR e/ou por outro Estado, mas que não tiveram toda a proteção necessária fornecida pelo país que lhes deu acolhida (seja por necessidade de proteção jurídica e física, seja pela necessidade de cuidados médicos específicos, seja por uma condição especial – como a de criança se adolescentes, de idosos, de mulheres em situação de risco ou de famílias separadas) ou por total falta de integração local. Os países de reassentamento seriam, assim, uma espécie de segundo país de acolhida para refugiados que não conseguiram ou não puderam permanecer no país que primeiro os acolheu, sendo, portanto, o terceiro país do refugiado (após o seu país de origem e/ou de residência habitual e o país de acolhida). (JUBILUT, 2007, p. 200).

Entretanto, não significa dizer que o reassentamento constitui um direito do indivíduo, apesar de estar presente nos diplomas legais acerca da temática dos refugiados, mas sim uma tentativa, quando possível, de oferecer uma nova oportunidade de integração.

Assim, nos casos dos refugiados ambientais que chegaram ao Brasil o governo tomou certas medidas, que ainda são problemáticas, uma vez que não há uma legislação específica e a luz do Direito Internacional uma certa vinculação aos princípios da solidariedade e responsabilidade do Estado diante do "princípio da não devolução" a qual será analisado nos estudos de casos.

5. UM ESTUDO SOBRE OS HAITIANOS NO BRASIL

No Brasil, a imigração de haitianos apresenta-se como questão emblemática e relevante sob o ponto de vista jurídico-social, afigurada

sua natureza eminentemente coletiva acerca da titularidade de direitos consubstanciados na ordem internacional de cunho protetivo ao bem-estar humano em sentido lato.

Em 12 de janeiro de 2010 um terremoto assolou o Haiti e teve grandes proporções para a população daquele país. Uma das consequências foi a grande migração de haitianos para outros países, inclusive o Brasil.

Segundo Godoy (2012), o Haiti passava por uma crise econômica e social quando foi drasticamente afetado pelo terremoto, catástrofe que resultou na morte de cerca de 222.570 (duzentos e vinte e dois mil e quinhentos e setenta) haitianos e 300.572 (trezentos mil e quinhentos e setenta e dois) feridos. Escolas e casas foram destruídas, mais de 3.000.000 (três milhões) de haitianos foram afetados de alguma maneira. As cidades mais atingidas foram Leogane, Jacmel e a capital, Porto Príncipe.

O Brasil já participava de ações de pacificação da ONU no Haiti desde 2004, por isso, é considerado como um país amigo. Por conta disso, muitos haitianos escolheram o Brasil para viver, porém, muitos desses que ingressaram no país, ingressaram ilegalmente.

Como fluxo foi grande de número de haitianos que entraram no país, principalmente pelos estados do norte, sendo o Acre e o Amazonas os principais deles, a Polícia Federal estimou desses, 4.500 passaram pela cidade de Manaus, dos quais muitos ainda estão desempregados e sem perspectivas de trabalho, já que a maioria não tem qualificação escolar. (LEITE, 2015).

O CNIg - Conselho Nacional de Imigração, que é um órgão ligado ao Ministério do Trabalho, vem concedendo vistos de trabalho aos haitianos que estão no país, visto que é uma medida de proteção do Brasil, pois a legislação brasileira e as convenções internacionais não reconhecem como refugiados ambientais aquelas pessoas vítimas de desastres naturais ou fatores climáticos.

Porém, esse número de pessoas necessita de condições de vida, as quais começam com casa e moradia, o que não tem sido de grande eficiência, já que muitos desses haitianos ainda estão sem ter onde morar ou empregados.

Até o início de 2012, o governo brasileiro vinha concedendo vistos a todos os imigrantes haitianos ilegais que entravam pela fronteira amazônica por razões humanitárias. Mas em janeiro de 2012 foi definida uma cota de 1.200 vistos anuais a serem concedidos na embaixada de Porto Príncipe, capital do Haiti. Os dados do governo federal falam em 5.000 haitianos que entraram no Brasil pela fronteira amazônica desde o terremoto que atingiu o país em 2010, sendo que muitos deles ainda estão em situação irregular. (RAMOS, 2015)

Esclarece Zeferino, que com a entrada maciça de haitianos, cidades como Brasília e Epiaciolândia, localizadas no Acre, sofreram um colapso na prestação de serviços públicos, não estando preparadas para um aumento repentino em sua população. Diante da situação, o CNIg editou a Resolução Normativa 97 de 12 de janeiro de 2012, nos seguintes termos:

Art 1º Ao nacional do Haiti poderá ser concedido o visto permanente previsto no art 16 da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980, por razões humanitárias, condicionado ao prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 18 da mesma lei, circunstância que constará da cédula de identidade do estrangeiro.

Parágrafo Único. Consideram-se razões humanitárias, para efeito desta resolução normativa, aquelas resultantes do agravamento das condições de vida da população haitiana em decorrência do terremoto ocorrido naquele país em 12 de janeiro de 2010. (CNIg, 2012)

Atuando com espectro eminentemente humanitário, o Brasil, como um Estado democrático, signatário dos princípios protetivos aos direitos fundamentais e coletivos vem prestando, consoante suas possibilidades, a devida assistência humanitária aos haitianos que ilegalmente adentraram em nossas regiões fronteiriças, como ainda ocorrem nas cidades de Brasília, Assis Brasil e Epiaciolândia, ambas no estado do Acre, além de Manaus e Tabatinga, no Amazonas.

Diante do aumento da procura por referidos vistos humanitários, o Conselho Nacional de Imigração editou em 26 de abril de 2013 a Resolução Normativa nº 102191, a qual revogou o parágrafo único do artigo 2º da Resolução Normativa 97/2012 que dispunha sobre a limitação ao teto de 1,2 mil vistos anuais, estabelecendo por conseguinte, a concessão ilimitada destes vistos através do Ministério das Relações Exteriores. (CNIg, 2012).

Em virtude destes acontecimentos, Paula Idoeta (2012), versando acerca do debate gerado pelo controle migratório de haitianos no Brasil, expõe as palavras do secretário executivo e ex-Ministro da Justiça Luiz Paulo Barreto: "Nossa preocupação não é tanto com o número de imigrantes, mas com a forma como vêm, por intermediários ilegais pela floresta. Soubemos de casos de estupro, de roubos, de violência contra os haitianos. O Brasil não tem essa tradição."

Sobre a proteção dispensada aos estrangeiros pelo Brasil, relata Francisco Rezek:

Qualquer estrangeiro encontrável em seu território - mesmo que na mais fugaz das situações, na zona de trânsito de um aeroporto - deve o Estado proporcionar a garantia de certos direitos elementares da pessoa humana: a vida, a integridade física, a prerrogativa eventual de peticionar administrativamente ou requerer em juízo, o tratamento isonômico em relação a pessoas de idêntico estatuto. (REZEK, 2007, p. 194)

Neste sentido, isonomicamente o Constitucionalismo Social brasileiro encampado pelo artigo 3º, inciso IV da Magna Carta, assegurou aos estrangeiros todo rol de direitos sociais devidos aos nacionais, petrificando junto ao corpo constitucional o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos, promovendo o bem de todos, sem quaisquer formas de preconceitos de origem, raça, sexo e cor.

A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 4º, inciso II assim determina:

A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II – prevalência dos direitos humanos. (BRASIL, 2015, p. 5)

Juridicamente faz-se analisar a possibilidade do pioneirismo quanto à defesa dos direitos humanos destes contingentes deslocados por motivos ambientais e naturais, especificamente de haitianos, haja vista que poder-se-ia enquadrar tais pessoas na definição ampla de refugiados subscrita pela cláusula terceira da Declaração de Cartagena 196, cuja amplitude temática prescreve como sendo refugiados, as pessoas que tenham fugido dos seus países em razão de ameaças à sua vida, segurança ou liberdade mediante violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação maciça dos direitos humanos e notadamente outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. (ZEFERINO, 2014).

Deste modo, uma interpretação ampla lastreada pela adoção dos já concedidos vistos humanitários, objetivamente pelo fato público e notório de terem abandonado seu país em virtude de acontecimentos naturais, em específico, o terremoto de grandes magnitudes ocorrido em 2010, perturbando gravemente a ordem pública com a consequente violação e banalização dos direitos humanos naquele Estado, possibilitariam a supressão das lacunas do ordenamento internacional consubstanciado no Estatuto dos Refugiados, mediante um sistema jurídico nacional, ora hermenêutico, ora através de novos instrumentos como o visto pela Lei 9474/1997 : o reassentamento. (ZEFERINO, 2014).

Faz-se oportuno elencar que as lacunas ou omissão na esfera jurídica traz consequências práticas na esfera social, como descreve Eunice Ramos em uma reportagem do Jornal O GLOBO "Imigrantes haitianos no Brasil sofrem com idioma e falta de qualificação em Mato Grosso, quatro mil haitianos lutam por melhor condição de vida, esbarram nas dificuldades como idioma e falta de qualificação profissional." (RAMOS, 2015).

Uma vez, que o mercado de trabalho exige qualificação profissional, os haitianos sobrevivem do trabalho informal, muitas vezes essas atividades laborais tornam-se trabalho escravo.

Nesse sentido é evidente a importância do reconhecimento internacional dos refugiados ambientais, de forma clara e específica, de forma que os direitos e garantias relativas às vítimas do clima sejam respeitados.

6. CONCLUSÃO

É certo que a complexidade dos desafios globais da contemporaneidade tem surpreendido a comunidade internacional, desafiando a capacidade dos Estados e das instituições em atender às crescentes demandas surgidas com a nova dinâmica social.

As lacunas e limitações do Direito Internacional em face de inusitados desafios promovem um saudável repensar do funcionamento do sistema como um todo, abrindo-se, então, um espaço apropriado para transformações.

O tema da proteção jurídica dos "refugiados ambientais" insere-se nesse contexto, permeado de incertezas científicas e indefinições jurídicas, e reforçando a necessidade de uma abordagem integrada pelo Direito, que leve em conta não apenas o problema dos deslocamentos forçados em si, mas a solução coerente com as múltiplas especificidades do fenômeno analisado.

Mesmo com toda divergência e controvérsia entre cientistas, acadêmicos e atores políticos acerca da conexão entre mudanças ambientais e mobilidade humana, não é possível ignorar a realidade que se apresenta aos nossos olhos.

Uma resposta internacional adequada exige, de um lado, o reconhecimento do *status* jurídico próprio para a nova categoria; de outro, a construção de estratégias de prevenção e combate das múltiplas causas que forcem os deslocamentos.

A presença fática de "refugiados ambientais" em todo o mundo é irrefutável e tem gerado situações inaceitáveis de flagrante violação de direitos humanos – especialmente o direito de todos os homens, indistintamente, a uma ordem social e internacional que permita a plena realização desses direitos –, reflexo direto da indefinição jurídica em que se encontram.

As lacunas constatadas no quadro normativo e de políticas internacionais voltadas ao problema emergente dos "refugiados ambientais" exigem resposta. No entanto, tal resposta não se restringe à assistência humanitária.

Por essa razão, enfatizou-se no presente trabalho, a necessidade de abordagem e solução integradas para o problema dos "refugiados ambientais", estabelecendo as devidas conexões entre a proteção dos direitos humanos e proteção dos "refugiados ambientais".

Para que haja um instrumento internacional que contemple esse desafio emergente independentemente do conceito de refugiados advindo da Convenção e do Estatuto do Refúgio já existente, porém conectado a eles, incorporando princípios, normas e mecanismos que possam ser adaptados a fim de atender à complexidade das novas demandas.

Dessa forma, a adoção de uma convenção internacional específica, cuidadosamente elaborada para lidar com a categoria emergente dos "refugiados ambientais", apresenta-se como o melhor caminho para garantir uma proteção ampla dos direitos humanos em jogo, a ajuda humanitária e a restauração do ambiente a todos aqueles obrigados a deixar seus locais de origem e seus modos de vida em razão da deterioração do meio ambiente, assim como estratégias de prevenção e adaptação para lidar com os efeitos adversos da deterioração ambiental causada por fatores naturais e humanos.

Nesse sentido, procurou-se analisar sob o aspecto conceitual e normativo as diversas abordagens existentes voltadas a uma adequada compreensão do processo que caminha no sentido do reconhecimento formal da categoria dos "refugiados ambientais", ressaltando-se as estratégias possíveis para atingir tal escopo.

A partir do debate terminológico e conceitual, a solução que se mostrou mais adequada foi a de "unificar para melhor proteger".

Somente uma definição jurídica ampla da expressão "refugiados ambientais", que abranja o desenraizamento forçado interno e externo, poderá garantir padrões mínimos e unificados de proteção em nível global às pessoas e grupos gravemente afetados por eventos ambientais cuja sobrevivência e segurança demandam igualmente a proteção internacional, independentemente de estarem dentro ou fora

dos limites de seu Estado de origem ou residência habitual.

A responsabilidade pela proteção e assistência deve ser então compartilhada entre os Estados afetados e toda a comunidade internacional, a partir da adoção de um compromisso global alicerçado em normas de coexistência, cooperação e solidariedade.

Importante reforçar, portanto, o papel do Estado na institucionalização das ações sem as quais não será possível o reconhecimento formal dessa nova realidade. No entanto, é preciso reconhecer que a assinatura de acordos e tratados não serão suficientes para resolver o problema se suas causas permanecerem inalteradas.

A cooperação internacional e a participação dos chamados “novos atores” também se fazem imprescindíveis nesse processo, especialmente em relação aos Estados mais sensíveis e vulneráveis às mudanças ambientais globais, geralmente aqueles com menos capacidade de resposta a tais mudanças, seja sob o aspecto preventivo, seja no tocante à adaptação aos eventos ambientais.

A adoção de sistema específico de proteção analisada não visa apenas ao reconhecimento formal de uma nova categoria de refugiados e sim a um compromisso global de proteção das pessoas nessa condição, favorecendo assim a internalização futura de tais compromissos na legislação interna nos Estados e estimulando a ação coordenada dos atores envolvidos nos temas dos refugiados, das migrações, do meio ambiente e dos direitos humanos, inclusive sob o aspecto preventivo.

Na condição de país com reconhecida cultura de acolhimento de refugiados e migrantes de distintas origens e nacionalidades, o Brasil deve estar atento e participar ativamente desse debate, inclusive pelo fato de que os acontecimentos recentes demonstraram a falsa crença de que o Brasil está livre de grandes catástrofes, revelando o real estado de insegurança e despreparo do poder público e da sociedade diante da magnitude dos impactos de eventos ambientais ocorridos recentemente no país.

Não se pretendeu aqui exaurir assunto tão amplo e com tantas peculiaridades, mas sim permitir visualizar a grande complexidade que o tema envolve, alertando sobre a urgência em superar as dificuldades jurídicas e institucionais lançadas a partir do debate internacional sobre os “refugiados ambientais” e também para o perigo de negligenciar a questão.

Não se pode confundir a situação dos refugiados ambientais com a dos imigrantes ilegais. É indubitável que uma solução para o problema está longe de ser perfeita e acabada, mas deve-se tê-lo em evidência para que se busque o caminho que seja o melhor possível dentro do conhecimento e condições existentes.

REFERÊNCIAS

- ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. Centro de Proteção Internacional de Direitos Humanos; Instituto Migrações e Direitos Humanos. *Manual de Procedimentos e Critérios para Determinar a Condição de Refugiado*: de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados. [S.l.] ACNUR Brasil, 2004.
- ANDRADE, José Henrique Fischel de. On the Development of the Concept of “Persecution” in International Refugee Law. In: Anuário Brasileiro de Direito. coordenador: Leonardo Nemer caldeira Brant. v.1, n.1, 2006. Belo Horizonte: cEDIN, 2006..
- BRASIL. *VadeMecum*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CASELLA, Paulo Borba; HILDEBRANDO Accioly. *Manual de direito internacional público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO. Resolução Normativa nº 97de 12 de janeiro de 2012. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A-7C816A-350AC8820135683>>. Acesso: 15 set. 2015.
- DIVINO NETA, Maria Conceição do Amor; MINCHONI, Tatiana. *Uma Discussão Crítico-Reflexiva Sobre Direitos Humanos*. 2013. Disponível em: <<https://psicologado.com/atuacao/politicas-publicas/uma-discussao-critico-reflexiva-sobre-direitos-humanos>>. Acesso: 01 out. 2015.
- GODOY, Gabriel Gualano de. *El caso de los haitianos en Brasil y la vía de la protección humanitaria complementaria*. p. 309 a 330. In: LETTIERI, Martín (Org.). *Protección Internacional de Refugiados em el Sur de Sudamerica*. 1.ed. Argentina: Universidad Nacional de Lanús, 2012.
- IDOETA, Paula Adamo. *Controle migratório de haitianos no Brasil gera debate*. São Paulo, Brasil, jan. 2012. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/01/120111_haitianos_imig_pai.shtml>. Acesso: 20 jun. 2015.
- JUBILUT, Líliliana Lyra. *O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.
- LEITE, Carla Vladiane Alves; CALEIRO, Manuel Munhoz. *Refugiados Ambientais e os Direitos Humanos: Os Haitianos e Suas Precárias Relações Trabalhista Sociais No Brasil*. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a3c5e98cbfa4ee65>. Acesso: 17 set. 2015.
- LETTIERI, Martín (Org.). *Protección Internacional de Refugiados em el Sur de Sudamerica*. Argentina: Universidad Nacional de Lanús, 2012.
- MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Entenda as diferenças entre refúgio e asilo*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/entenda-as-diferencas-entre-refugio-e-asilo>>. Acesso: 28 set. 2015.

PEREIRA, Luciana Diniz Durães. DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS: análise crítica do conceito "refugiado ambiental". 2009. 172 fl. .. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte/MG.

PIOVESAN, Flávia. O Direito de Asilo e a Proteção Internacional dos Refugiados. In: ARAÚJO, Nádya de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coords.). *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PLANALTO. *CONVENÇÃO DE GENEBRA*. Série Tratados da ONU, Nº 2545, Vol. 189, p. 137. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso: 26 set. 2015.

RAMOS, Eunice. *Imigrantes haitianos no Brasil sofrem com idioma e falta de qualificação*. O globo.com. G1. Cuiabá/ Mato Grosso. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2015/03/imigrantes-haitianos-no-brasil-sofrem-com-idioma-e-falta-de-qualificacao.html>>. Acesso: 20 set. 2015.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, Jose Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA, João Carlos. *Um ensaio sobre a problemática dos deslocados ambientais: a perspectiva legal, social e econômica*. Disponível em: <<https://www.google.com.br/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8=UM+ENSAIO+SOBRE+A+PROBLEMA%3%81TICA+DOS+DESLOCADOS+AMBIENTAIS%3A+a+perspectiva+legal%2C+social+e+econ%3%B4mica>>. Acesso: 03 nov. 2015.

ZEFERNINO, Marco Aurélio Pieri. *Os haitianos à luz do direito internacional dos direitos humanos e da soberania estatal: deslocados ou refugiados ambientais?* 2014. 127 fl. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, Programa de Pós-Graduação em Direito, Ribeirão Preto/SP.

Recebido em: 04/12/2015

Aprovado em: 27/01/2016

PREGÃO ELETRÔNICO E SUA EFICIÊNCIA NA APLICABILIDADE

ELECTRONIC TRADING SESSIONS AND ITS EFFICIENCY APPLICABILITY

SABRINA ALVES ZAMBONI ¹

ALESSANDRA GONÇALVES DANIEL ²

RESUMO: Pregão Eletrônico e sua maior eficiência em face das demais modalidades de licitação é um estudo que terá como objetivo demonstrar o avanço tecnológico obtido na área de contratação da Administração Pública, quando a mesma necessitar da aquisição de bens e serviços comuns. Vai abordar o conceito de licitação, explicando como a Administração Pública faz para contratar com o particular, fazendo uma breve retrospectiva da licitação em sua origem na história. O princípio da eficiência será conceituado de maneira geral na Administração Pública, contudo demonstrando-se sua importância. Todas as modalidades de licitação contidas na Lei nº 8.666/93 serão comentadas. Vamos abordar o pregão, conceituar, apontar sua legislação, suas atribuições, as formas de como o pregão pode ser realizado, seus princípios fundamentais e o que poderá ser adquirido mediante o pregão. Sendo o ponto principal deste estudo, o pregão eletrônico, vamos ver suas características, a obrigatoriedade de sua aplicação pelo Decreto nº5.450/2005, fazendo uma minuciosa descrição do procedimento e suas fases. Por fim, demonstraremos porque o pregão eletrônico é mais eficiente em seu procedimento do que as demais modalidades.

Palavras-chave: Licitação. Administração Pública. Pregão Eletrônico. Eficiência.

ABSTRACT: Ictronic Bidding and its efficient applicability is a study that will aim to demonstrate the technological progress made in the hiring of Public Administration, when it require the purchase of common goods and services. Will address the concept of bidding, explaining how the public administration is to contract with the private, in retrospect bidding brief in its origin in history. The principle of efficiency is highly regarded in general in the public service, giving an idea of its importance. All bidding procedures contained in Law No. 8,666 / 93 will be discussed. We will address the session, conceptualize, point their legislation, their missions, the ways of how the session can be performed, its basic principles and which could be acquired through trading. Arriving in electronic trading, will see its features, the requirement of your application by Decree nº5.450 / 2005, making a detailed description of the procedure and its phases. Finally, we will demonstrate because electronic trading is efficient in its procedure.

Keywords: Bidding. Public Administration. Electronic Trading. Efficiency.

¹ Mestre em Direito Público pela PUC Minas. Professora do Curso de Direito da Faculdade de Minas (FAMINAS-BH). Professora do Curso de Direito da Faculdade Pitágoras-BH. Advogada. E-mail: alveszamboni@gmail.com

² Bacharel em Direito pela Faculdade de Minas (FAMINAS-BH). E-mail: alessandragemerich@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A licitação é um procedimento necessário para que a Administração Pública possa adquirir bens ou serviços, ou ainda alienar certos bens, com a finalidade de contratar com o vencedor. Contudo, sem dar garantia da celebração do contrato, resguardando-se, apenas, a perspectiva de direito por parte do vencedor.

A Administração Pública não se torna obrigada a realizar um contrato com o particular pelo fato de ter realizado uma licitação. Mas, ocorre que, se ao futuro, porventura a Administração Pública vier a necessitar daquele bem ou serviço licitado, a mesma torna-se obrigada a contratar com o particular, vencedor do primeiro lugar. Para tal fato ocorrer é necessário que o objeto licitado pelo vencedor, esteja de acordo com as normas constantes do edital licitatório e atenda às necessidades da Administração, correspondendo com o que foi pedido no supracitado edital. Formando assim, a relação contratual entre o Poder Público e o particular.

Deve, pois, a Administração Pública deve utilizar as modalidades de licitação previstas na lei. As constantes na lei 8.666/93 são: a Concorrência; Tomada de preço; Convite; Concurso e Leilão.

Contudo, a licitação sofreu diversas e grandes modificações, desde que era objeto de estudo no Código de Contabilidade de 1922, até a criação da lei 8666/93, surgindo ainda, mais uma modalidade, chamada de Pregão. Este podendo ser utilizado por meio presencial ou eletrônico.

Este estudo tem por finalidade demonstrar que esta nova modalidade, pregão eletrônico, é mais eficiente, logo mais eficaz para a Administração Pública.

A ocorrência de tal fato veio para comprovar e demonstrar que o pregão eletrônico é uma alternativa, um caminho, no qual traz consigo uma transparência, credibilidade e economicidade às contratações públicas. Vale lembrar que anteriormente à sua criação ocorriam diversas fraudes por não serem tão transparentes e cristalinas as contratações, facilitando assim as oportunidades para a corrupção; beneficiando alguns e desclassificando outros por meios ardilosos para que apenas um fosse beneficiado no contrato.

Esta nova modalidade de licitação foi tomando vasto campo dentro da Administração Pública, trazendo consigo significativas mudanças ao longo do tempo, como por exemplo a rapidez, a efetividade e qualidade, que são fatores decisivos de competitividade. Com o surgimento do pregão eletrônico, sendo ele aberto ao público, toda coletividade tem como participar e acompanhar sua execução e fases, acabando por colocar um fim nas vantagens indevidas.

A finalidade deste estudo é demonstrar a vantagem para Administração Pública em contratar com o particular por meio do pregão eletrônico. Mostrando a todos os interessados em participar, que a igualdade, a oportunidade, são primordiais para a eficiência e moralidade nos negócios da Administração Pública. Enfim, passar para toda sociedade como funciona um pregão eletrônico e suas fases, demonstrando assim sua eficiência nas contratações públicas.

A relevância deste trabalho será principalmente demonstrar a prática do pregão eletrônico; mas por se tratar de um estudo será relevante para que outras pessoas detenham uma visão mais apurada da contratação até a entrega definitiva do produto ou serviço final. Ficando claro que tanto a Administração Pública quanto o particular vão lucrar de maneira mais satisfatória e eficaz.

Outro ponto importante é que o desenvolvimento deste estudo proporcionará um conhecimento para que se firmem os laços entre o particular e a Administração, gerando como consequência o aumento do número de participantes adeptos ao pregão eletrônico.

Em suma, muitos são os benefícios trazidos pelo emprego do pregão eletrônico, principalmente ao facilitar a participação de qualquer empresa, proporcionando isonomia para todas.

Em decorrência de tal fato, quanto maior o número de licitantes, maior será a disputa, a competição, e posteriormente um menor e melhor preço licitado, resultando enfim, em uma economia ainda maior, não perdendo a qualidade.

Essa nova proposta aqui apresentada vai beneficiar a todos, tanto a coletividade quanto à Administração Pública.

2. LICITAÇÃO

2.1. Definição

Licitação é um procedimento que a Administração Pública detém como forma de avaliar e selecionar uma proposta mais vantajosa, dentre várias que participam do certame. O presidente, junto com a sua equipe de apoio, que é denominada "comissão de licitação", que será objeto de estudo mais a frente, vão proceder com o julgamento das propostas e escolher a mais vantajosa declarando-a vencedora. Sendo a proposta mais vantajosa um requisito para admissibilidade do contrato, conforme prevê o art. 3º da lei 8666/93, registrando sua finalidade nos seguintes termos:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (MUKAI, 1998, p.48).

Com o intuito de apresentar vários conceitos que norteiam a licitação em nossa doutrina vamos correlacionar alguns entendimentos de alguns estudiosos.

Conforme entendimento de Meirelles (2007, p.25), licitação é:

[...] procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Enfim, podemos entender que licitação significa uma comparação de propostas feitas pelos particulares à Administração Pública. Podendo ser com o fim de realizar uma obra, serviço, fornecimento ou até mesmo uma alienação, onde procede a escolha da proposta que apresentar a maior vantagem à Administração Pública. Tudo isso tem um procedimento que deve ser seguido, conforme veremos mais a frente, sendo imprescindível o tratamento igual na medida de sua igualdade e desigual na medida da desigualdade, conforme nos mostra a Lei Complementar nº123 de 14 de dezembro de 2001 que versa sobre empresa de pequeno porte e microempresa.

Podemos entender também a licitação como sendo um convite feito pela Administração Pública aos particulares com intuito de se beneficiar com a proposta mais vantajosa, que gerará menos gastos, contudo com a mesma qualidade para Administração Pública, caso fosse contratada de forma direta.

Conforme o procedimento licitatório prevê o doutrinador Toshio Mukai (1998, p.48), na fase interna elabora-se o edital ou o convite, passando então para a fase externa que tem início com a publicação do edital ou envio do convite, terminando com adjudicação e posterior homologação.

Isto posto, podemos claramente dizer que todo procedimento licitatório a partir da fase interna até sua fase externa, vem com intuito de afastar não somente a improbidade, mas também toda ilicitude que venha rodear o contrato da Administração com o particular. Pondo fim, também, à discricionariedade da Administração.

2.2. Aspectos históricos

No que tange a licitação brasileira, a mesma passou por grandes e significativas mudanças desde 1922 quando era regulamentada no código de contabilidade pública da União, a qual veio na forma de Decreto Legislativo 4.536.

Em 25 de fevereiro de 1967, foi publicado o Decreto lei 200, tratando de forma genérica e trazendo pela primeira vez a expressão "licitação", trazendo consigo os gêneros, que são a concorrência, tomada de preços, convite e leilão. Especificando o procedimento geral de cada modalidade e o caso de dispensa de licitação.

Contudo, em 21 de novembro de 1986, foi publicado o Decreto lei 2.300/86, trazendo profunda modificação aos termos tratados no Decreto lei 200/67. O novo decreto foi mais profundo ao adentrar no contexto dos contratos administrativos, que foram tratados de forma sucinta no decreto anterior.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 a licitação ganhou mais atenção. Estabelecendo a competência privativa da União para legislar sobre tal assunto, reafirmando também ser obrigatório o certame nos artigos 22, inciso XXVII e 37 incisos XXI.

Em 1993 foi criada a lei 8.666, que está em vigência até hoje, tratando-se da lei de licitações e contratos administrativos, trazendo as modalidades de licitação, quais sejam: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Nada se pronunciando a respeito do pregão. No artigo 22 § 8º deixou claro a proibição de novas criações de modalidades.

Com o passar do tempo, foram percebendo que tais modalidades não conseguiam alcançar a celeridade e eficiência esperada. Motivou que gerou constantes conflitos no processo. Com isso, fez surgir a medida provisória nº 2.026 em 4 de maio de 2000, que foi reeditada inúmeras vezes, trazendo a modalidade de licitação pregão, somente no âmbito da União, realizada inicialmente na forma presencial para aquisição de bens e serviços considerados comuns.

Em 21 de dezembro de 2000 criou-se o Decreto 3.697, estabelecendo o procedimento para realização da nova modalidade que seria desenvolvida por meio de utilização de recursos da tecnologia da informação.

Em 17 de julho de 2002, surgiu a lei 10.520, estendendo também no âmbito da União, o pregão para Estados, Distrito Federal e Municípios. Em 31 de maio de 2005, criou-se o Decreto 5.450 para adequar e atualizar os procedimentos já adotados no pregão, onde o § 4º obriga sua utilização para aquisição de bens e serviços comuns. Deixando também aclarado sua eficiência e consequente eficácia.

3. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E EFICÁCIA

3.1. Conceito

Os princípios inerentes ao bom andamento de uma licitação, quase sempre são esquecidos por quem quer que esteja operando o pregão. Mas não somente o pregoeiro como também os licitantes participantes.

O princípio da eficiência surgiu pouco depois dos demais princípios consagrados na Constituição Federal de 1988 e na lei 8666/93 art. 3º, com o advento da emenda constitucional nº19/1988. Estes princípios estavam de forma expressa no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, e fizeram grandes mudanças na Administração Pública e também para os gestores da coisa pública.

Este princípio exige não somente do administrador, como também de todos aqueles que auxiliam na coisa pública, proporcionando e objetivando uma maior agilidade e perfeição.

Conforme nos mostra Sidney Bittencourt ao conceituar eficiência como sendo:

Quanto ao Princípio da Eficiência, ressalta-se que sua introdução no elenco implicou num novo cenário para os gestores da coisa pública, porquanto passou a ser impossível a utilização da lei como biombo, atrás do qual muitos administradores ocultavam-se, temendo as conseqüências que decisões ágeis, lógicas e ousadas pudessem trazer para suas pessoas e carreiras (BITTENCOURT, 2005, p.55).

Contudo, o que se espera do administrador quando aplicado o princípio da eficiência, traga consigo uma celeridade, gerando com isso a solução dos problemas até então encontrados na Administração Pública quanto à morosidade. O que não pode ocorrer mais, como mostrado anteriormente ao princípio da eficiência, é o puro atraso e falta de interesse na coisa pública, ficando por diversas vezes sem o devido resultado.

Em regra, deveria sempre prevalecer a busca constante dos melhores resultados quanto a qualidade e a eficiência, sem a devida perda da competitividade. Se tal fato não ocorresse, poderia a coletividade exigir da Administração Pública o cumprimento de suas obrigações de forma mais eficiente.

Alexandre Moraes (1999, p.294) nos mostra de forma bem mais ampla a eficiência, afirmando que:

[...] princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se o desperdício e garantir-se uma maior rentabilidade.

Como observado, podemos dar vários sentidos a eficiência, como ocorre com os doutrinadores, alguns dizem ser amplo, outros restritos. Contudo, notamos que a ideia é sempre a mesma, ou seja, a obrigação de produzir resultados satisfatórios para o interesse público. Cabe ressaltar também que o princípio da eficiência e eficácia, ligam-se diretamente aos gastos públicos, alcançando assim o princípio da economicidade. E, uma vez que os princípios da eficiência e eficácia são garantidos e colocados em prática, fazendo com que sejam praticados de forma mais ágeis e com presteza, todos os trabalhos geram uma grande economia ao poder público, economizando gastos que seriam desnecessários. Tendo o máximo de aproveitamento social na utilização. É sabido que é vedado à Administração Pública gastos desnecessários, considerados inúteis. Ocorrendo tal fato, alguns estudiosos entendem que compromete inclusive a qualidade dos serviços e/ou bens, devendo por tanto, gastar-se o mínimo necessário.

Entendemos, ainda, que não se deve comprometer a qualidade, pois necessário é que haja um ponto de equilíbrio entre o custo e o benefício, para que haja um bom resultado com o mínimo de gasto possível. Lembrando que a Administração Pública não pode ficar prejudicada.

Conforme preceitua Hely Lopes Meirelles (2007):

Assim, o princípio da eficiência, que sempre foi necessário para a Administração Pública é um poder dever do agente público e que agora é uma determinação constitucional, é o enfoque dado pelo pregão, pois este veio para permitir uma maior celeridade no processo licitatório e buscar melhores preços para a Administração Pública.

Também no mesmo sentido, José Afonso da Silva afirma que o princípio da eficiência veio para trazer uma organização aos recursos orçamentários financeiros da Administração Pública, vejamos:

[...] O princípio da eficiência consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade em condições econômicas de igualdade dos consumidores [...] A própria Constituição, pela EC nº 19/98, introduziu alguns mecanismos tendentes a promover o cumprimento do princípio da eficiência, como o da participação do usuário na Administração Pública e a possibilidade de aumentar a autonomia gerencial, orçamentária e financeira de órgãos e entidades da Administração direta e indireta [...]. (SILVA, 2004, p.655-656).

Enfim, o princípio da eficiência é uma inovação que trouxe a exigência da qualidade, transparência, economicidade, razoabilidade e moralidade. Inserir-lo no texto da lei, portanto, foi imprescindível, uma vez que era precária a atuação dos agentes públicos e seus órgãos. Portanto, com o advento da emenda constitucional 19/98 deu-se liberdade aos cidadãos a questionarem uma maior clareza, publicidade e transparência aos atos praticados pelos administradores.

4. MODALIDADES DE LICITAÇÃO NA LEI 8666/93

Em 22 de junho de 1993 foi publicada a lei 8666/93, tratando-se de licitações e contratos administrativos. Surgiu uma grande necessi-

dade de modernizar as normas que até então estavam em vigor mediante o Decreto lei 2300 de 21 de novembro de 1986. Após a Constituição Federal de 1988, verificou-se a grande necessidade em regulamentar as leis de licitações. Contudo, a lei supracitada menciona apenas cinco modalidades de licitação que estão elencadas no art. 22, vedando-se a possibilidade de criação de novas modalidades.

Em meados de 1997 a 2000 a ANATEL teve uma experiência utilizando o pregão, na qual foi muito proveitoso e eficiente, sendo que em 4 de maio de 2000, foi publicada a Medida Provisória 2026 que veio complementar a lei de licitações, trazendo a nova modalidade de licitação, que já tinha demonstrado muita eficiência e agilidade na ANATEL. Com isso, acabou sendo torneada no programa de redução de custos da Administração Federal, uma vez que o pregão inicialmente era permitido somente âmbito federal. Logo após, essa medida provisória, foi convertida na lei 10.520 de 2002, trazendo a possibilidade e oportunidade dos Estados, Municípios e Distrito Federal fazerem uso do mesmo. Sendo uma forma subsidiária, conforme preceitua o artigo 9º da lei 8666/93 e segundo Hely Lopes Meirelles (2007), "licitação, portanto, é o gênero, do qual as modalidades são espécies".

Com relação à utilização, a própria lei nos mostra os critérios, sendo que os valores estão vinculados a cada modalidade, sendo, portanto, necessário, observar o valor para saber em qual modalidade se encaixa.

No caso do pregão, leilão e concurso são vinculados ao objeto do contrato. As demais modalidades: concorrência, tomada de preços e convite, basicamente estão voltadas para obras e serviços de engenharia e tendo funções e limites previstos no artigo 23 da lei supracitada.

No artigo 45 da lei 8666/93, encontra-se elencado os tipos de julgamento de propostas, que deve estar estabelecido no edital. Os critérios se dividem em menor preço, melhor técnica e técnica e preço ou maior lance ou oferta. No menor preço, não resta dúvidas de que sairá vencedor aquele que ofertar o menor preço possível para aquele determinado serviço ou bem. Na melhor técnica o vencedor será aquele melhor qualificado para executar uma técnica. Já na técnica e preço haverá uma ponderação entre estes dois valores.

Isto posto, não podemos deixar de colocar uma observação com relação a "dispensa de licitação", uma vez que se torna dispensável a licitação cujas compras e serviços sejam inferiores à R\$ 8.000,00 (oito mil reais) e as obras e serviços de engenharia até o montante de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Esta prerrogativa tem previsão legal no artigo 24, I e II da lei 8666/93, não sendo, portanto, uma modalidade de licitação.

5. DEFASAGEM DAS MODALIDADES TRADICIONAIS CONTIDAS NA LEI 8666

Na busca de desenvolvimento e implantação de novas formas de aquisição de bens e serviços mais célere, o governo federal vem trabalhando na busca de perfeição das leis. Isso vem ocorrendo desde o decreto lei 200 de 25 de fevereiro de 1967, mais tarde com o decreto lei 2.300 de 21 de novembro de 1986, chegando por fim na lei 8666/93, que veio trazendo as cinco modalidades já citadas anteriormente. Essa mesma lei também define quando a licitação poderá ser dispensável, dispensada e inexigível, dentre outros procedimentos.

Contudo, as licitações adotadas ao longo dos anos, veio nos mostrando quão burocráticas e conflitantes eram, acarretando com isso um atraso enorme para terminar a licitação, retardando a fase do contrato. Tudo muito lento e com gastos elevados para a Administração Pública. No mesmo entendimento temos Palavéri (2005, p.2), afirmando que:

[...] ao longo de todo esse tempo, não se fugiu às clássicas modalidades licitatórias, arraigadas no convite, na tomada de preços, na concorrência e nos menos difundidos concurso e leilão, não se afastando dos procedimentos tradicionais, que no mais das vezes se mostraram inaptos a atingir os fins pretendidos, pecando pelo privilégio e pelo culto ao formalismo, em detrimento das tão sonhadas agilidade e rapidez.

Conforme mostrado, estava muito presente os prejuízos trazidos com tais modalidades, sendo constatada a necessidade de novas mudanças que trouxessem mais agilidade, celeridade e principalmente a eficácia das licitações públicas e que gerasse com isso uma maior economicidade, que ficou nítido após o surgimento do princípio da eficiência com a promulgação da EC 19/98, no caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

Temos, para entendimento, Scarpinella relatando que

Não se pode negar o papel positivo exercido pela Lei 8.666 na uniformização dos procedimentos públicos de escolha de parceiros privados. Mas também é importante lembrar que os anos que se seguiram na sua aplicação mostraram a necessidade do seu aprimoramento. A prática demonstrou que tal lei, quase integralmente adotada pelos Estados e Municípios como uma demonstração unívoca de que todos tinham a obrigação de cumprir os princípios constitucionais da Administração Pública, começou a dar sinais de superação. (SCARPINELLA, 2003, p.22).

Resta aclarado que as modalidades de licitação trazidas na lei 8666 em muitos casos não supriu as expectativas. As maiores das reclamações se davam em contratos pequenos e que deveriam ser de rápida conclusão, e que ficava muitas vezes prejudicada tamanha burocracia encontrada.

Vejamos o entendimento de Alice Gonzalez Borges,

[...] cada vez mais intensamente, o anseio generalizado para realização de certames licitatórios que tenham efetivamente, como verdadeiro objetivo, a busca das melhores propostas, não se perdendo em uma multiplicidade de exigências burocratizantes, formais, descendo a detalhes desnecessários, na fase de habilitação – palco para verdadeiras guerras entre licitantes, armados de providenciais liminares judiciais, que conduzem ao efeito perverso de afugentar propostas realmente vantajosas para o interesse público, e detrimento do princípio constitucional da eficiência. (BORGES, 2001, p.4).

Em busca de sanar tantos problemas foi instituído o pregão que iniciou somente no âmbito federal, conforme previa a medida provisória nº2.026 de 4 de maio de 2000, e, posteriormente, foi estendida aos demais órgãos da Administração com a publicação da Lei 10.520/02, trazendo consigo uma maior agilidade e eficiência.

6. PREGÃO COMO NOVA MODALIDADE

6.1. Conceito

O pregão foi uma das modalidades que mais se destacou, surgiu, como vimos anteriormente, pela necessidade da Administração Pública contratar com mais agilidade e eficiência.

Com essa modalidade poderíamos adquirir bens e serviços comuns. A disputa passa a ser precedida de lances e propostas e ao final será habilitado o licitante que tiver a proposta de menor valor e atendendo as necessidades do edital.

Embora o pregão fosse considerado a mais nova modalidade de licitação introduzida inicialmente no âmbito da União, com base no art. 37 incisos XXI da Constituição Federal, e observado o quanto foi eficaz no âmbito federal, posteriormente estendeu essa modalidade nos Estados, Distrito Federal e Municípios. Contudo, ao recorrermos ao ilustre Carlos Pinto Coelho Motta podemos observar que não se tratava de uma modalidade nova, senão vejamos:

Ao contrário do que se poderia pensar, a instituição da modalidade pregão em licitação, não é exatamente uma idéia nova. No cenário jurídico, como no das demais ciências e técnicas, não é rara a volta de antigas concepções sob roupagem inovadora. Já no ano de 1592, nas vetustas Ordenações Filipinas, encontravam-se as primeiras práticas de licitação pública, assumindo precisamente a forma de pregão. (MOTTA, 2004, p.3).

Pois bem, entenderemos o significado da palavra pregão ainda com as palavras de Motta (2004, p.2),

Do latim **praeconium**, de **praeconare** (apregoar, proclamar) entende-se a notícia ou a proclamação feita publicamente por oficial de justiça ou pelo porteiro dos auditórios forenses. Propriamente, designa as palavras ditas em alta voz, para que se anuncie ou se proclame alguma notícia ou se faça algum aviso. Assim, na linguagem forense, diz-se pregão:

a) O aviso dado pelo oficial de justiça, as partes, por ordem do juiz no início ou no correr das audiências públicas, em virtude do que se anuncia o começo da mesma audiência ou qualquer deliberação tomada pelo juiz para conhecimento dos interessados.

b) A proclamação, nas hastas públicas, e altas vozes, dos laços oferecidos para aquisição ou para arrematação das coisas postas em licitação, ou venda por almoeda, isto é, a quem mais der.

A pessoa que faz o pregão é chamada de pregoeiro, isto é, o que proclama ou anuncia em altas vozes.

Dando prosseguimento, vamos agora ao conceito de pregão com Tatiana Camarão, onde faz referência de Ricardo Ribas Berloff,

A palavra "pregão" traz exatamente a ideia de que alguém vai apregoar, vai anunciar que a Administração Pública está aceitando ofertas para um determinado negócio que ela quer realizar. Esta é a ideia do pregão, a que se extrai do conceito tradicional dessa palavra. (CAMARÃO; GUSMÃO; PEREIRA, 2006, p.7).

Com o advento dessa modalidade, viabilizou uma oportunidade aos participantes, ampliando, ainda mais, a competitividade entre os mesmos, gerando com isso uma economicidade para a Administração Pública.

Essa modalidade gera uma maior efetividade e agilidade uma vez que o procedimento a ser adotado é completamente diferente das demais modalidades, por simplesmente inverter as fases inerentes ao procedimento.

Vejamos seu procedimento: os documentos dos participantes, que nas outras modalidades eram apreciados de imediato, nessa modalidade serão apreciados após a classificação da proposta de menor valor. Primeiramente haverá os lances e ao término a proposta de menor valor que estará em primeiro lugar, terá os documentos necessários para sua habilitação apreciados. Ou seja, é desnecessário a análise de documentos de empresas desclassificadas pelo valor de proposta.

Isto posto, o pregão foi utilizado pela primeira vez pela ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações). Foi instituída através da lei 9.472 de 16 de julho de 1997, que levou o nome de lei geral das telecomunicações.

Contudo, pode-se perceber que a ANATEL teve grande economia, pois a disputa dos lances foi acirrada, fazendo com que cada vez mais fosse abaixando o valor do objeto licitado e também reduzindo as discussões e recursos, agilizando a execução do contrato, demonstrando com isso claramente sua eficiência e eficácia. Com isso, posteriormente foi estendida essa modalidade a todas as agências reguladoras através da lei 9.986 que foi promulgada no dia 18 de julho de 2000.

Confirmando os resultados do pregão na ANATEL, tem os ensinamentos de Palmeri (2005, p.3) vejamos:

Note-se, portanto, que um dos principais benefícios que a modalidade pregão trouxe para a Anatel, nos moldes em que foi instituída para aquela Agência, foi uma considerável economia financeira, além de ter agilizado em muito as efetivas contratações, na medida em que é um procedimento marcado por uma maior celeridade, ao ser iniciado com a fase de seleção da melhor proposta, para só então se analisar os documentos da empresa potencial vencedora da licitação; ademais, seu prazo de publicidade (entre a publicação do aviso e a apresentação das propostas) é bem mais curto, se comparado aqueles previstos na Lei nº 8666 para as modalidades concorrência e tomada de preços.

Observado que a experiência da ANATEL juntamente com as outras agências reguladoras tinha sido um sucesso em termos de eficiência, o governo federal decidiu criar definitivamente esta nova modalidade com a publicação da medida provisória nº2026 de 4 de maio de 2000.

6.2. Formas de realização do pregão

Como já mencionado neste trabalho, existe duas maneiras distintas de fazer/realizar o pregão. Uma na forma presencial e outra na forma eletrônica, ou seja, por meio da internet. Sendo que no pregão presencial, como o próprio nome informa, teremos a presença física dos participantes. A disputa pelo objeto é conduzida com apresentação de propostas escritas, onde posteriormente os licitantes que tiverem suas propostas aceitas, farão os lances sucessivamente, verbais, até restar um único vencedor. Posteriormente, passará para fase de habilitação, onde é verificada toda documentação atinente ao vencedor. Comprovada toda documentação iniciará o prazo para recursos. Findo esse prazo o pregoeiro vai adjudicar a licitação e encaminhará o processo para a autoridade para que se prossiga com a homologação.

Já no pregão eletrônico, tudo o que foi falado no pregão presencial, ocorrerá, só que com uma diferença, será tudo por meio da internet, ou seja, virtualmente. Em apreço a esta modalidade eletrônica, discorreremos mais adiante.

6.3. Os princípios norteadores do pregão

Após diversas alterações, surgiu a Constituição Federal de 1988, que trouxe com ela os princípios atinentes à Administração Pública e seus servidores. Com o intuito de gerar maior responsabilidade e moralidade do Administrador com a coisa pública, foram destacados princípios específicos, dentre eles os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

A Constituição Federal de 1988 intencionou incutir valores e uma realidade jurídica ao consagrar os fundamentos da democracia, cidadania e dignidade da pessoa humana, dando a oportunidade aos cidadãos de participarem diretamente da vida política do Estado.

Devemos frisar, que essa mudança ocorreu devido a necessidade de estruturar as tendências e anseios da sociedade, uma vez que a mesma clamava por mais transparência e obrigação com a coisa pública.

Isto posto, é de suma importância discorrermos que o artigo 37 da Constituição Federal, consagrou como princípios norteadores, não somente do pregão como das demais modalidades, o princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, proibição administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço, seletividade, comprovação objetiva das propostas, publicidade e pôr fim a eficiência. Esses princípios devem estar presentes na conduta dos agentes públicos, uma vez que a Administração Pública visa sempre o interesse coletivo.

A respeito dos princípios, vejamos o que o professor Marco Adriano Fonseca tem a nos dizer:

Os princípios traduzem ideias e valores-mores do ordenamento jurídico, trazendo consigo o conteúdo político-constitucional erigido pela sociedade, servindo de instrumental valioso para a aplicabilidade e efetividade das normas constitucionais e infraconstitucionais, tais como as leis e regulamentos sobre licitações e contratos administrativos (FONSECA, 2008, p.128).

Diante do exposto, não resta dúvida, que para o particular contratar com a Administração Pública, o mesmo deverá observar os princípios ligados diretamente ao pregão. Contudo, não somente o particular como também a Administração Pública, para que ambos conduzam a licitação dentro da moralidade, ou seja, dentro do que a lei determina.

6.4. O que pode ser adquirido com o pregão

De acordo com o artigo 1º da lei 10.520, pode ser adquirido com o pregão bens e serviços considerados comuns.

Ou seja, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.

Contudo, com a nomenclatura "bens e serviços comuns" que determinam o objeto do pregão, fica muito difícil de compreender do que se trata, uma vez que esse conceito é muito vago, deixando inúmeras interpretações e perguntas. A rigor, podemos retirar um primeiro entendimento desse conceito que é a característica da palavra "comum", que está alocada dentro da modalidade pregão, sendo bens e serviços, que nas demais modalidades, não ocorre, uma vez que as mesmas são norteadas pelo valor.

De acordo com Marçal Justen Filho, deverá presidir a cautela ao interpretar bens e serviços comuns, senão vejamos,

Ora, todo e qualquer objeto licitado tem obrigatoriamente de ser descrito objetivamente, por ocasião da elaboração

do ato convocatório da licitação. Mesmo quando se licitar um bem ou serviço "incomum", especial, singular, haverá a necessidade (e a possibilidade) de fixação de critérios objetivos de avaliação. Ou seja, o que identifica um bem ou serviço "comum" não é a existência de critérios objetivos de avaliação. Quanto muito, poderia afirmar-se que um bem ou serviço comum pode ser descrito mais fácil e completamente através de critérios objetivos do que não o sejam (JUSTEN FILHO, 2005, p.25).

Contudo, o decreto que regulamenta o pregão dispõe alguns bens e serviços comuns que poderão ser adquiridos com esta modalidade. Todavia, essa lista não é exaustiva, mas sim exemplificativa, servindo para orientar as escolhas. Um outro ponto digno de nota, é que, às vezes, o bem está na lista, mas dada as peculiaridades ele não poderá ser considerado bem comum. Podendo citar como exemplo um microcomputador, se este for utilizado para processar programas básicos como Word, Excel, Power point etc, ele não necessitará de especificações técnicas mais abrangentes. Mas se esse mesmo equipamento for utilizado para processar programas de alta tecnologia, devendo apresentar qualidade e produtividade de desempenho, esse microcomputador poderá precisar de especificações técnicas mais complexas; com isso estaremos diante de um bem que poderá ser considerado comum ou não. Assim, definir o que é "comum", não basta para tanto que esteja no rol taxativo e sim que contenha características de bens e serviços comuns.

Vejamos o que diz Sidney Bittencourt a respeito de bens e serviços comuns:

[...] os bens e serviços comuns seriam aqueles corriqueiros no dia-a-dia da Administração e que não exigissem maiores detalhes e especificações, sem embargo da necessidade de existirem padrões razoáveis de desempenho e qualidade, a serem definidos no Edital (BITTENCOURT, 2005, p.34).

Diante do exposto acima, temos a acrescentar que as obras e serviços de engenharia não se enquadram na categoria de bens e serviços comuns, uma vez que as obras necessitam de especificações muito detalhadas, ou seja, bastante específica que variam de acordo com o local e a obra em si, o que tornaria muito problemática classificá-la como padronizada. Isso também é o que dispõe o decreto nº3.555 em seu artigo 5º, anexo I do regulamento da licitação na modalidade de pregão, excluindo a incidência do pregão para as contratações sobre as obras e serviços de engenharia. Neste sentido temos Marçal Justen Filho, trazendo em sua obra a decisão nº 195/02, do plenário do TCU, consagrando o voto do Ministro relator Benjamim Zynter, onde consta que,

[...] A literalidade do art. 5º do regulamento fala por si. Serviços de engenharia não podem ser objeto de contratação mediante pregão. [...] Não bastasse a clareza do texto regulamentar, deve-se frisar que mantém perfeita consonância, nesse particular, com a norma legal. O objetivo da medida provisória foi tornar viável um procedimento licitatório mais simples, para bens e serviços razoavelmente padronizados, no qual fosse possível à Administração negociar o preço com o fornecedor sem comprometimento da viabilidade da proposta. (JUSTEN FILHO, 2005, p.31).

De acordo com esse mesmo art. 5º, exclui-se também do pregão, as locações imobiliárias feitas pela Administração Pública, devendo a mesma ser precedida sem licitação, conforme prevê o art. 24 incisos X da lei 8666, não sendo, portanto, possível considerar como bem e serviço comum devido às peculiaridades.

E a terceira exclusão que é feita no diploma legal, é com relação às alienações em geral, uma vez que elas deverão ser ministradas pelo leilão ou pela concorrência. Podemos observar que toda exposição feita do que venha a ser bem e serviço comum, na verdade, serve como fundamento para orientar o administrador para que ele utilize o pregão de maneira correta.³

7. PREGÃO ELETRÔNICO

7.1. Conceito e características

Com o advento da tecnologia, desde os primórdios até os dias atuais, obtivemos um processo de evolução assustador devido a tantas tecnologias, que veio facilitando a vida de todos cidadãos, fazendo com que os procedimentos fossem mais céleres, econômico e com isso mais eficaz e eficiente. Isso não foi verificado somente no setor privado, mas também no público.

Diante disso, o artigo 2º §2º da lei 10.520 prevê a possibilidade de realizar ou operar o pregão utilizando a tecnologia da informação que promove a comunicação por meio da internet. Contudo, essa prática já vinha acontecendo desde o decreto 3.697, que posteriormente foi revogado pelo decreto 5.450/05.

Através do pregão por meio do uso da internet possibilitaria o acesso à licitação por qualquer fornecedor em qualquer parte nacional. Com isso, possibilitaria também ao administrador a comunicação entre os licitantes, dando margem a uma maior disputa, ou competição, uma vez que foi ampliada a participação, conforme dito acima.

A divulgação dos editais também é efetivada pela internet, atualmente, mas, também conforme legislação, nos Diários Oficiais e jornais de grande circulação, para que qualquer interessado, de qualquer parte do território possa ter acesso.

³ As orientações "sobre bem e serviço comum", foi retiradas das obras de Marçal Justen Filho (2005, p.21-35), Sidney Bittencourt (2005, p. 33-39) e Marco Adriano Ramos Fonseca (2008, p.82-87).

Marco Adriano Ramos Fonseca conceitua pregão eletrônico como,

O Pregão Eletrônico trata-se de uma das formas de realização da modalidade licitatória de Pregão, na qual a sessão pública se efetiva por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, onde a interação entre os agentes públicos responsáveis pela realização da licitação (Pregoeiro e Equipe de Apoio) e os licitantes/fornecedores dá-se por meio de provedor da internet (Portal Comprasnet), permitindo, dessa forma, uma ampliação do universo de participantes e proporcionando uma maior transparência e publicidade ao rito do certame, tendo em vista que qualquer pessoa interessada pode acompanhar o desenvolvimento da sessão pública e ter acesso a todos os atos e procedimentos praticados desde a abertura até o encerramento dos trabalhos pertinentes ao processo licitatório, através do referido portal virtual de compras governamentais. (FONSECA, 2008, p.117-118).

O que mais chamou a atenção, desde os primórdios, em relação ao pregão eletrônico, foi o fato de ele trazer mais agilidade que as demais modalidades. Isso por causa da sua dinâmica, tendo uma queda nos valores, gerando com isso uma maior economicidade para a Administração Pública.

Ao demonstrar desde o início uma grande diferença, o pregão eletrônico trouxe o escopo das vantagens aos entes públicos, devido a grande celeridade, desburocratização, economia, ampla divulgação, publicidade e o principal de tudo a eficiência nas contratações.

Em se tratando do princípio da publicidade, temos as palavras de Marçal Justen, vejamos,

O pregão eletrônico também se sujeita ao princípio da publicidade. Isso significa a possibilidade de qualquer interessado acompanhar a evolução dos trabalhos, inclusive (e em especial) ao longo da etapa competitiva. A publicidade significa que todas as atividades antecedentes e complementares ao pregão devem ser divulgadas e dadas ao conhecimento público. Mais do que isso, no entanto, o desenvolvimento do pregão também deverá comportar acompanhamento por parte de qualquer pessoa. (JUSTEN FILHO, 2005, p.226).

Como já dito nos tópicos anteriores, o pregão eletrônico é isento de presença física dos licitantes em um determinado local para prosseguir com abertura das propostas. Por fim, tudo que o pregão presencial visava, agora com o pregão eletrônico deixa de ser necessário, pois agora toda comunicação e procedimento ocorrerão por via eletrônica.

Através dos recursos gerados pela internet, cada participante irá utilizar um computador, onde utilizará os serviços do portal oferecido pela própria Administração Pública, através ou por meio de cadastro no sistema. Em consequência, você receberá uma senha para registro e envio de proposta, dentre diversos outras opções. Isso tudo, com total segurança.

Lembrando que quem conduzirá o pregão em seu conteúdo integral é o pregoeiro. Todavia, os atos administrativos eletrônicos, pertinentes ao pregão eletrônico, conforme discorre o art. 30 §1º do decreto 5.450, serão válidos para todos os efeitos legais, inclusive para prestar contas. Findo o pregão será disponibilizado uma ata de realização, onde conterá todo o seu andamento, desde a abertura para os lances até finalização com um único fornecedor, considerado vencedor da fase. Essa ata serve para que todos que tenham interesse possam ter acesso ao que aconteceu no decurso do pregão.

Isto posto, insta salientar que o pregão eletrônico não gera a quantidade excessiva de papéis gerados nas demais modalidades, tendo apenas o mínimo indispensável.

7.2. A obrigatoriedade da utilização do pregão eletrônico

Dado o tamanho da repercussão causada pela modalidade de licitação pregão eletrônico, devido aos grandes resultados positivos e com isso, satisfatórios, o Governo passou a incentivar o uso do pregão eletrônico em todos órgãos federais, colocando-a como a modalidade principal, dentre as licitações, desde que referente a bens e serviços comuns.

Contudo, o decreto 3.555 em seu art. 3º, anexo I, exprimiu que somente seria permitido o pregão para compras de bens e serviços comuns. Senão vejamos,

Art. 3º Os contratos celebrados pela União, para a aquisição de bens e serviços comuns, serão precedidos, prioritariamente, de licitação pública na modalidade de pregão, que se destina a garantir, por meio de disputa justa entre os interessados, a compra mais econômica, segura e eficiente.⁴

Esse artigo causou grande alvoroço por algum tempo. Perdurou o uso do pregão na modalidade presencial, uma vez que a forma eletrônica causava bastante incerteza e insegurança, uma vez que a tecnologia ainda estava precária.

Todavia, com o passar do tempo, cada vez mais o pregão eletrônico foi se mostrando eficaz, trazendo grandes vantagens à Administração Pública, também mais transparência e eficiência, foi tomando, assim, maior território no campo das licitações.

Para exemplificarmos o que foi aduzido até então, temos as palavras de Sidney Bittencourt ao dizer que:

⁴ Decreto nº3555 de 08/08/2000, anexo I, art.3º.

O ser humano resiste ao máximo às mudanças, ainda que elas possuam como objetivo facilitar o seu dia-a-dia, no âmbito das licitações essa é uma constante como, de resto, em qualquer setor da Administração Pública pátria, quando há alterações profundas em algum procedimento, e mais ainda na ocorrência de fortes inovações, mormente com as sanções de novos diplomas normativos que determinem uma reviravolta no costumeiro. Ocorreu quando do surgimento do Decreto-Lei nº2.300/1986, com a Lei nº8.666/1993, com a sistemática de registro de preços e, com mais veemência, tem ocorrido com o pregão, notadamente o eletrônico. (BITTENCOURT, 2005, p.48).

Com o passar do tempo foi editado o decreto 5.450 de 31 de maio de 2005, publicado no diário oficial da união no dia 1º de junho de 2005, priorizando a utilização da modalidade pregão eletrônico, tornando então obrigatória sua utilização para contratação de bens e serviços comuns.

Esse mesmo diploma legal dispõe que para utilizar o pregão na modalidade presencial, terá que apresentar justificativa. É o que verificamos ao consultar o art. 4 do decreto citado anteriormente, vejamos,

Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

§ 1º O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

Cabe lembrar que quando não era obrigatório o uso do pregão, ainda assim ele prevalecia sobre as demais modalidades. Imaginava-se, depois do decreto, tornando o mesmo obrigatório, as demais modalidades caíram em desuso. Lembrando que a concorrência, tomada de preços e o convite, somente terá sua aplicabilidade nos bens e serviços que não se enquadrarem como "comuns".

7.3. Fases do pregão eletrônico

Toda e qualquer licitação tem ou prescindi de uma fase interna. Com isso, no pregão eletrônico não poderia ser diferente.

Em primeira monta, o órgão vai decidir o objeto da licitação, seja bem ou serviço comum, como já fora dito. Deverá constar toda a descrição que contenha esse objeto, informando a quantidade, que necessitará de uma justificativa plausível para aquela aquisição ou serviço a ser prestado, observando, contudo, a disponibilidade do mercado, prevendo também as exigências de habilitação, o critério a ser adotado para aceitação das propostas, as sanções em casos de inadimplemento, o prazo para entrega do material ou da prestação de serviços e por último as cláusulas do contrato.

Essa primeira visão da fase interna será documentada formando ao final o PBS (pedido de bens e serviço) que posteriormente comporá o edital.

É de suma importância explicarmos a fase interna, uma vez que se a descrição do objeto conter vícios, não estando assim de forma precisa, ou seja, em observância com as exigências legais, é certo que este órgão não terá uma possível contratação.

Secundariamente, temos a fase externa, onde ocorre a publicação do edital, ou seja, o aviso da licitação no D.O.U (Diário Oficial da União), que será na internet por meio do órgão de controle e poderá também, dependendo da licitação, ocorrer em jornais de grande circulação local.

Em relação a essa publicidade por se tratar de assunto muito abrangente, temos a informar que cada órgão é que definirá como será, respeitando, sempre, a legislação vigente.

Contudo, o governo federal informou os procedimentos a serem tomados para divulgação das licitações, sendo que, quanto maior o valor da contratação maior deverá ser a divulgação na imprensa. As licitações dos órgãos federais, o edital será divulgado também pela internet, conforme já dito anteriormente, no portal de compras do governo federal (COMPRASNET), que a partir daí, ficará disponível para toda e qualquer pessoa interessada, por oito dias úteis, no mínimo.

No edital constará o endereço eletrônico de onde ocorrerá a sessão pública, a data, hora de abertura e indicação de que o pregão será realizado por meio da internet. Para estar participando, cada licitante deverá conter uma senha, que será privativamente informada. Deve-se, ainda, informar que cumpre os requisitos de habilitação, enviando as declarações necessárias, e a proposta, estando tudo de acordo com edital e tudo via internet.

De acordo com o COMPRASNET, até a hora marcada da abertura da licitação, os participantes poderão enviar ou substituir as propostas. O pregão será aberto pelo pregoeiro no horário fixado na internet, na mesma oportunidade que os licitantes participantes deverão também estar conectados para acompanhamento da licitação e também para ofertarem seus lances.

O pregão foi considerado uma das mais ágeis e eficientes modalidades de licitação, uma vez que ocorre a inversão das fases de habilitação e de análise das propostas.

Ou seja, em uma licitação tradicional temos primeiramente, a análise de toda sua documentação para que a empresa participante seja habilitada, para então, posteriormente ser analisada a proposta. No pregão, o pregoeiro verifica as propostas para saber se cada uma corresponde ao que está sendo pedido no edital, observado as características do bem ou serviço prestado. As propostas que não estiverem em conformidade, o pregoeiro deverá desclassificá-la e fundamentar. Após esta fase, o próprio sistema mandará, automaticamente, todas as propostas classificadas para participarem da fase de lances e somente será verificada a habilitação da empresa vencedora por lances, ou seja, a que tiver ofertado o menor valor. Ou seja, o pregão eletrônico é mais ágil, economiza tempo para a Administração.

É de suma importância lembrarmos que na fase de análise das propostas, como também na de lances, o pregoeiro não tem qualquer conhe-

cimento ou acesso aos nomes das empresas ou qualquer dado inerente a elas. Somente terá acesso, findo o prazo para ofertar lances, surgindo então a empresa vencedora. Nesta etapa é que terá o nome e CNPJ das empresas que participaram do pregão. Com isso é assegurado a todos a imparcialidade no momento da classificação ou desclassificação, nada podendo ser jogado para o pregoeiro, conforme explicado anteriormente.

Cada licitante encaminhando seus lances serão avisados em tempo real se estão ou não com o menor preço. Será encerrada a etapa de lances em dois momentos. No primeiro momento se chamará de tempo de iminência, que é decidido pelo pregoeiro entre um a sessenta minutos de duração. Em segundo momento, ocorrerá o encerramento aleatório, este, por sua vez, é determinado pelo próprio sistema, tendo como duração de um a trinta minutos.

Finalizando os lances, o pregoeiro novamente deverá verificar a proposta da empresa vencedora do menor preço, observando as características do objeto e seus respectivos valores. Nesta etapa, caso o menor valor ainda esteja acima do estimado pelo órgão, poderá o pregoeiro negociar o valor com a empresa via chat do próprio sistema, onde toda conversa ficará registrada na ata de realização do pregão, assim como todo o ocorrido durante o mesmo, declarando ao final a aceitação ou não da proposta. Lembrando que isso tudo deverá ser bem fundamentado.

Feito a aceitação das propostas de menor valor, então é que se vai verificar toda a habilitação da empresa. Deverá retirar do SICAF (sistema de cadastramento federal), as documentações solicitadas no edital; isso se tratando de órgão federal. Feito isto, estando a empresa com todos os documentos, a mesma será declarada vencedora. Contudo, o pregoeiro abrirá um prazo para as demais empresas informarem sua indignação por meio da intenção de recurso, devendo as mesmas fundamentar esse pedido. Em seguida, será concedido um prazo de três dias úteis para apresentação das razões, no próprio sistema. Ao término deste prazo, as demais licitantes poderão impugnar o recurso também no mesmo prazo de três dias, via sistema. Feito isso, todas as peças serão encaminhadas para o superior do órgão para que, no prazo de cinco dias úteis, profira uma decisão a respeito daquela determinada matéria. Caso o recurso seja admitido, somente serão invalidados os atos insuscetíveis de aproveitamento. Depois de decidido o recurso é que a autoridade poderá efetivar a adjudicação à empresa vencedora. Insta salientar, que se o pregão tiver mais de um item e o recurso não se referir sobre todos os outros itens, o pregoeiro deverá dar prosseguimento aos demais itens, deixando apenas pendente o item que estiver impugnado. Prosseguindo com a adjudicação, encaminhando para autoridade competente para que a mesma homologue o certame, ficando enfim disponível para a administração. Segundo a sequência, se a empresa não tiver sua proposta aceita ou não cumprindo com todo o exigido, o pregoeiro examinará a proposta do segundo colocado, e assim sucessivamente até encontrar uma empresa que atenda ao exigido no edital.

Por fim, homologado o pregão eletrônico, o restante seguirá o mesmo rito das demais modalidades, sendo por fim assinado o contrato.⁵

8. COMPROVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO PREGÃO ELETRÔNICO

Em se tratando de comprovação da eficiência do pregão eletrônico, primeiramente devemos demonstrar todo o procedimento do pregão eletrônico, fazendo um comparativo com os procedimentos das demais modalidades de licitação.

8.1 A eficiência do pregão eletrônico em seu procedimento

8.1.1. Ampla participação

Sabemos que os benefícios trazidos pelo pregão eletrônico são inúmeros. Veio trazendo uma ampla participação, dando chances a vários licitantes de diversos territórios nacional, não necessitando, como já mencionado anteriormente, da presença física dos participantes, ou seja, permitindo que todos participem sem ter que se preocuparem com o deslocamento. Isto tudo porque será realizado o procedimento, via internet, garantindo com isso, uma maior igualdade de participação. Quanto maior o número de licitantes participantes, maior será a disputa de lances e em consequência disso, uma maior economicidade.

8.1.2. Envio da documentação (proposta, anexos, declarações etc.)

No pregão eletrônico, após a publicação do edital, o licitante poderá encaminhar sua proposta e demais documentação pelo próprio sistema do comprasnet. O licitante também tem o benefício de alterar, modificar ou até mesmo trocar sua proposta até uns minutos antes de dar início a abertura da sessão.

8.1.3. A inversão das fases de habilitação e proposta

A diferença mais notada e com isso a mais importante e que definitivamente diferencia o pregão eletrônico das demais modalidades, esta nesta inversão das fases. Para melhor compreendermos vamos voltar as demais licitações tradicionais, onde nestas iniciará os trabalhos com a abertura dos envelopes da habilitação de cada participante, posteriormente deverá ser feito a publicação do resultado dessa análise e somente depois proceder com a abertura das propostas.

Já no pregão eletrônico, como observado anteriormente, primeiramente inicia-se com a proposta dos participantes e após a fase de lances, somente é verificado a habilitação da empresa vencedora, gerando com isso um grande ganho de tempo.

⁵ Decreto 5.450 de 31 de maio de 2005.

8.1.4. Possibilidade de oferecer lances para redução da proposta

O pregão eletrônico oferece a possibilidade do licitante oferecer lances abaixando o seu valor dado inicialmente na proposta, na expectativa de atender o menor preço.

O licitante que quiser abaixar seu valor deverá fazê-lo com responsabilidade, uma vez que o contrato prevê sanções e multas para o descumprimento de qualquer obrigação. Nas licitações tradicionais o valor que os licitantes apresentarem inicialmente na proposta não poderão ser modificados.

8.1.5. Conferência da habilitação apenas do vencedor

Conforme já mencionado, a verificação da habilitação somente ocorre com o licitante vencedor da fase de lances, gerando assim um ganho de tempo e também simplificação do procedimento. E as demais documentações são conferidas no próprio sistema.

8.1.6. Recurso

Um dos fatores que mais atrasam o andamento das licitações tradicionais é o recurso, vez que ocorre em dois momentos. O primeiro após a análise da habilitação dos participantes e o segundo momento após análise das propostas de todos os participantes.

No pregão eletrônico, somente é possível ao final da sessão, onde o pregoeiro vai então conceder a todos os licitantes a oportunidade do recurso.

8.1.7. O pregoeiro pode recusar a intenção de recurso meramente protelatório

Existem empresas que ao serem desclassificadas interpõe a intenção de recurso somente para retardar todo o andamento do procedimento licitatório. Isto acontecendo, o processo fica paralisado alguns dias, ficando prejudicado o princípio da celeridade.

No pregão eletrônico o pregoeiro concede um prazo de vinte minutos para intenção de recurso. Findo o prazo, o pregoeiro analisará se teve a intenção de recurso. Se tiver alguma intenção de recurso ele vai analisar se a mesma tem fundamento, e se não tiver, percebendo a intenção de obstruir a licitação, o pregoeiro então, fundamentadamente rejeitará tal hipótese e encerrará a sessão.

8.1.8. Possibilidade de contratar com fornecedores, mesmo com a intenção de recurso.

No pregão eletrônico, havendo uma intenção de recurso e a mesma não dispor de todos os itens da licitação, somente ficará pendente o item que foi o causador do recurso. Os demais itens serão finalizados normalmente, ficando então, prontos para a Administração Pública contratar.

Em um processo de licitação tradicional, o recurso terá o efeito suspensivo, ou seja, ficará obstruído todo o processo, até o resultado do recurso.

8.1.9. Acompanhamento da licitação por qualquer pessoa em tempo real

Qualquer pessoa que tiver um computador e acesso a internet poderá acompanhar a todas as fases do pregão. Desde a abertura, aceitação, adjudicação e a homologação. É este o motivo do pregão ser considerado uma das modalidades de melhor transparência. Também é incluso a conversa do pregoeiro com os licitantes, podendo-se, então, retirar a ata de realização no próprio sistema. Com isso apurou-se diminuição das fraudes.

8.1.10. O sigilo na hora de julgar as propostas

O pregoeiro somente tem acesso aos nomes das empresas participantes do certame ao final da fase de lances. O pregoeiro não tem qualquer acesso as informações das empresas participantes no ato da abertura do pregão eletrônico, onde poderá classificar ou desclassificar as empresas, dependendo de suas propostas.

8.1.11. Sem limites para contratação

É sabido que no pregão eletrônico poderá adquirir bens e serviços comuns, não havendo para tanto, valor a ser estipulado como limite do pregão. Com isso, colocou fim a discricionariedade da Administração Pública ao ter que escolher pelo valor se seria convite, concorrência ou tomada de preços.

8.1.12. Menor tempo com redução de gastos para efetivar uma contratação

O pregão eletrônico reduz o tempo operacional de toda a licitação. Também a utilização de computadores permite que o processo seja a distância. Desde a publicação do edital o pregão eletrônico gera uma economia no tempo e no valor.

9. CONCLUSÃO

Após percebermos quão grande foi a transformação da licitação e suas modalidades e principalmente no que tange a tecnologia, devemos ficar muito alerta às novas mudanças e transformações para não ficarmos desatualizados. Pois, a cada dia que passa, o mundo da tecnologia vem nos trazendo mais informações, facilitando nosso dia a dia. E foi justamente isso que percebemos também no setor público, onde foi atualizado o modo de licitar, facilitando a vida do administrador e do administrado.

Com o surgimento do pregão eletrônico, sendo ele atualmente um importante instrumento inovador, podemos afirmar que a Administração acompanhou juntamente a evolução do mundo digital. O pregão eletrônico trouxe com ele o princípio da eficiência aos operadores da Administração Pública, simplificando, modernizando, agilizando, trazendo também a transparência e economia às contratações. Foi justamente por esses motivos que o decreto 5.450/05, determinou a obrigatoriedade do pregão eletrônico para todos os órgãos públicos federais.

Isto posto, podemos afirmar que o pregão eletrônico avançou na modernidade, trazendo resultados satisfatórios, sendo que diversos países veem querendo adotar tais medidas, graças a sua EFICIÊNCIA.

Inquestionável, pois, ser a modalidade que melhor alcança os interesses da Administração e do administrado.

REFERÊNCIAS

- BITTENCOURT, Sidney. *Pregão Eletrônico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2005.
- BORGES, Alice Gonzalez. Inovações nas Licitações e seus Aspectos Constitucionais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano I, nº3, p.4, junho, 2001.
- BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2013.
- BRASIL. *Decreto nº 5.450*. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5450.htm>. Acesso em: 17 out. 2013.
- BRASIL. *Lei nº 8.666/93*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Leis/L8666cons.htm>>. Acesso em: 17 out. 2013.
- BRASIL. *Lei nº 10.520*. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Leis/2002/L10520.htm>>. Acesso 21 out. 2013.
- CAMARÃO, Tatiana; GUSMÃO, Fabiana; PEREIRA, Fausto. *Manual Prático do Pregão*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FONSECA, Marco Adriano Ramos. *Pregão Eletrônico*. São Paulo: Impactus, 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico*. 4ª ed. São Paulo: Dialética, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos*. 10ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Pregão Teoria Prática*. 2ª ed. São Paulo: Editora NDJ, 2004.
- MUKAI, Toshio. *Licitações e Contratos Públicos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- PALAVÉRI, Marcelo. *Pregão nas Licitações Municipais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- SCARPINELLA, Vera. *Licitação na Modalidade de Pregão: Lei 10.520, de 17 de julho de 2002*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Recebido em: 15/09/2015

Aprovado em: 06/02/2016

A RELATIVAÇÃO DA COISA JULGADA POR MEIO DA AÇÃO RESCISÓRIA E DA *QUERELA NULLITATIS*

THE RELATION OF THE MATTER RULED THROUGH THE RECISSION ACTION AND *QUERELA NULLITATIS*

BÁRBARA VAN DER BROOKE DE CASTRO ¹

RONALDO PASSOS BRAGA ²

TATIANA MARIA OLIVEIRA PRATES MOTTA ³

RESUMO: Versa o presente trabalho acerca de discussões sobre os institutos processuais da *querela nullitatis* e da ação rescisória, bem como da aplicabilidade dos aludidos institutos em face da possibilidade de relativizar a coisa julgada. Serão abordados aspectos processuais, históricos e pragmáticos uma vez que tais institutos como direitos fundamentais balizados pela Constituição, resguardando a segurança jurídica face aos princípios da justiça, legalidade e moralidade.

Palavras-chave: Coisa Julgada. Relativização. *Querela Nullitatis*. Ação rescisória.

ABSTRACT: This article it is about discussions on procedural institutes of *nullitatis* complaint and rescission action, as well as the applicability of alluded institutes due to the possibility to relativize the res judicata. Processual, historical and pragmatistical aspects will be approached as this fundamental constitutional rights institutes, protecting the juridical security through the principles of justice, legality and morality.

Keywords: Res judicata. Reversal action. *Querela Nullitatis*. Recission action.

1 Graduada em Direito pelo Centro Universitário IESB/ Brasília-DF. Advogada.

2 Mestre em Direito pela PUC Minas. Professor da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Advogado.

3 Mestre em Direito e Instituições Políticas pela Universidade FUMEC/MG. Professora da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Advogada.

1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente, no sistema processual brasileiro, as decisões judiciais podem ser questionadas por meio de recursos ou de ações autônomas de impugnação, em face da dicotomia recursos – ações autônomas de impugnação, subsistente no ordenamento jurídico pátrio. Bernardo de Souza Pimentel define recurso como sendo este o

[...] remédio jurídico voluntário que pode ser utilizado em prazo peremptório pelas partes, pelo Ministério Público e até por terceiro prejudicado, apto a ensejar a reforma, a cassação, a integração ou o esclarecimento de decisão jurisdicional, por parte do próprio julgador ou de tribunal ad quem, dentro do mesmo processo em que foi lançado o pronunciamento causador do inconformismo (PIMENTEL, 2008, p.3).

Via de regra, os recursos são interpostos no mesmo processo no qual foi proferida a decisão não satisfatória à (às) parte(s), dando prosseguimento a este. Já as ações autônomas de impugnação, segundo Bernardo de Souza Pimentel, ensejam a formação de novo processo (PIMENTEL, 2008, p.3).

José Carlos Barbosa Moreira ensina que o traço distintivo entre os recursos e as ações autônomas de impugnação consiste em que “através do recurso, se impugna a decisão no próprio processo em que foi proferida, ao passo que o exercício de a ação autônoma de impugnação dá sempre lugar à instauração de outro processo” (MOREIRA, 2006, p.100). O doutrinador exemplifica a distinção entre os mencionados remédios: cabe na apelação alegar vícios de atividade (*erros in procedendo*), bem como pedir a anulação da sentença apelada, e não a sua reforma. De maneira inversa, na ação rescisória realiza-se a denúncia dos vícios de juízo, *erros em iudicando* (MOREIRA, 2006, p.103).

Constituem ações autônomas de impugnação a ação rescisória, *querela nullitatis*, embargos de terceiros, mandado de segurança e *habeas corpus* contra ato judicial e reclamação constitucional.

O presente trabalho terá por escopo analisar as características das duas primeiras ações acima referidas, quais sejam a ação rescisória e a ação declaratória de inexistência, ou mais tradicionalmente, a *querela nullitatis*.

Buscar-se-á demonstrar o caráter relativo da coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro, no qual a discussão do mérito de uma lide e o esgotamento das vias recursais não significam, necessariamente, o fim da possibilidade de se discutir, em nossos tribunais, juridicamente determinada questão.

Para tanto, comparar-se-á as duas ações, traçando os fatos característicos de cada uma, em especial quanto ao cabimento, procedimento e interpretações dadas pela doutrina e jurisprudência a tais espécies de impugnação de decisões já transitadas em julgado.

Ao final, apresentaremos as conclusões a cerca do tema, depois de estabelecidas e ajustadas as premissas teóricas e práticas necessárias para se esgotar o debate.

2. DA AÇÃO RESCISÓRIA

2.1. Aspectos gerais

Trata-se de ação autônoma de impugnação, definida pelo doutrinador José Carlos Barbosa Moreira nos seguintes termos: “ação por meio da qual se pede a desconstituição da sentença transitada em julgado, com eventual rejuízo, a seguir, da matéria nela julgada” (MOREIRA, 2006). Devido a esta sua natureza jurídica, a de ação autônoma de impugnação, a rescisória origina um novo processo, uma nova relação jurídica processual (DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2008, p.361).

Segundo lições de Bernardo Pimentel, a rescisória tem antecedentes históricos no Direito Romano e no Direito Canônico, mais precisamente nos institutos da *restitutio in integrum* e da *querela nullitatis* (SOUZA, 2008, p.145), sendo assim derivada dos mencionados institutos.

A referida ação é proposta em desfavor de decisão de mérito transitada em julgado, com o objetivo de rescindi-la e desfazer coisa julgada material formada em relação jurídica processual anterior. Será por intermédio desta que a parte poderá pleitear a declaração de invalidade de uma decisão de mérito.

O doutrinador Alexandre Freitas Câmara, baseando-se nas lições de José Carlos Barbosa Moreira, aclara que com a rescisória não se pretende a anulação da sentença, e sim a sua rescisão. Já no tocante à questão da rescindibilidade, cabe ressaltar que sentença rescindível não se confunde com sentença nula tampouco com sentença inexistente. A coisa julgada é requisito fundamental para que a sentença possa ser passível de rescisão, havendo por isso a necessidade de seu trânsito em julgado: antes deste a sentença será nula ou anulável, e não rescindível. Com o trânsito em julgado da sentença ocorre a preclusão das vias recursais, com o conseqüente saneamento de eventual nulidade, e surge então a possibilidade de rescindi-la (CÂMARA, 2009, p.10).

O dispositivo do artigo 485 do Código de Processo Civil trás como passível de rescisão no sistema processual atual apenas a sentença de mérito. Todavia, conforme ensina Bernardo Pimentel Souza, a interpretação da redação do artigo 485 do CPC não deve ocorrer de maneira literal e sim de maneira sistemática. Para o citado doutrinador, a palavra “decisão” presente na redação artigo 495 infere que não apenas a sentença pode ser objeto da ação rescisória, mas também a decisão interlocutória e a monocrática bem como acórdãos (SOUZA, 2008, p.147).

Bernardo Pimentel explica que o artigo 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal, o Supremo Tribunal de Federal é competente

para processar e julgar ação rescisória de seus julgados. Já o artigo 104, inciso I, alínea "e" do referido diploma legal estabelece a competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar ações rescisórias de seus julgados (SOUZA, 2008, p.148). O artigo 108, inciso I, alínea "b" da lei maior atribui competência aos Tribunais Regionais Federais para processar e julgar originariamente as ações rescisórias de seus julgados ou dos juízes federais da região. Cita ainda o artigo 259 do Regimento Interno do STF onde se lê que a ação rescisória também será cabível em decisão proferida pelo Plenário, por Turma do Tribunal ou pelo Presidente.

A partir da análise acima explicitada, conclui que:

A finalidade do instituto da ação rescisória é a eliminação do mundo jurídico de pronunciamento jurisdicional maculado por vício de extrema gravidade. Não há dúvidas de que, além das sentenças, também os acórdãos, as decisões monocráticas e até mesmo as decisões interlocutórias podem estar contaminadas pelos vícios previstos nos incisos do artigo 485 do Código de Processo Civil (SOUZA, 2008, p.148).

Barbosa Moreira (2006, p.109) aclara que deve se entender por sentença de mérito todo ato de magistrado através do qual se julga a lide que se submeteu a cognição judicial por meio do pedido da parte. Desta feita, a ação rescisória poderá ser proposta com o objetivo de desconstituir decisão de mérito, relacionada à *res in iudicium deducta*, transitada em julgado.

O doutrinador baiano Fredie Didier explica que:

Se a ação rescisória deve ser proposta contra decisão de mérito transitada em julgado, e se mérito é sinônimo de pedido, significa, então, que somente se afigura cabível a ação rescisória contra decisão, transitada em julgado, que apreciou o pedido, ou seja, contra decisão que examinou a pretensão, sendo certo que esta constitui o objeto litigioso, que consta da petição inicial da ação de conhecimento (DIDIER JÚNIOR;CUNHA, 2008, p.236).

Aclara-se que prescrição e decadência constituem mérito, haja vista que ambos os institutos têm como consequência perda da pretensão ou extinção de direito (DIDIER JÚNIOR;CUNHA, 2008, p.362). Conclui-se que a ação rescisória é cabível em qualquer das hipóteses previstas no artigo 269 do Código de Processo Civil, hipóteses estas de julgamento com resolução de mérito.

Assim como as demais ações, a rescisória deverá apresentar todas as condições da ação bem como seu procedimento deverá atender a todos os pressupostos processuais. Além dos requisitos básicos mencionados é necessária a configuração de, ao menos, um dos fundamentos de rescindibilidade arrolados no artigo 485 do Código de Processo Civil (DIDIER JÚNIOR;CUNHA, 2008, p.362).

A admissibilidade da ação rescisória é condicionada à impossibilidade jurídica da interposição de recurso, bem como do ajuizamento de outra ação. Sendo assim, não há que se falar em ajuizamento de rescisória enquanto pendente prazo recursal ou enquanto persistir a possibilidade jurídica de outra ação (SOUZA, 2008, p.149).

Cabe aclarar aqui que a admissibilidade da ação em estudo não é condicionada ao esgotamento das vias recursais, mas sim ao esgotamento do prazo recursal, sendo tal entendimento sumulado pelo STF em sua súmula de nº 514: "Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenha esgotado todos os recursos."

2.2. Da legitimidade

Será parte legítima para propor ação rescisória aquele que foi parte no processo, mesmo que tenha sido réu revel, ou seu sucessor a título universal ou singular. Também terá legitimidade ativa o terceiro juridicamente interessado, sendo este aquele que não participou do processo originário, mas que foi prejudicado pela decisão proferida, mesmo que de forma indireta (SOUZA, 2008, p.191-192).

Aclara-se que o terceiro juridicamente interessado também será legitimado para ajuizar rescisória embasada em colusão com o intuito de fraudar a lei quando a fraude decorrente do conluio o atingir.

No tocante à legitimidade de terceiro, Didier faz alusão em sua obra ao entendimento de Coqueijo Costa, *in verbis*:

Na verdade, o terceiro interessado é legitimado para propor ação rescisória, "porque a *res iudicata*, apesar de, nos seus limites subjetivos de eficácia, só operar entre as partes, pode atingir de forma reflexiva direito de estranhos que não foram partes no processo anterior (p. ex., o substituído processual). Só o interesse jurídico justifica a legitimação, e não o meramente de fato" (DIDIER JÚNIOR;CUNHA, 2008, p.120).

O Ministério Público também poderá propor a ação em estudo, tanto como parte quanto como fiscal da lei. Quando adotar tal função, sua legitimidade restará configurada nos casos em que não tiver sido ouvido durante o processo no qual sua intervenção era obrigatória. Ainda enquanto *custos legis*, terá legitimidade também nos casos em que a sentença decorre de colusão das partes, com o objetivo de fraudar a lei, conforme se depreende do disposto no artigo 487, III, *b*, do Código de Processo Civil (DIDIER JÚNIOR;CUNHA, 2008, p.368).

A respeito da atuação ministerial quando da hipótese de colusão das partes discorre Arnaldo Esteves Lima:

Cuida-se de hipótese típica em que as partes são reputadas litigantes de má-fé, conforme o art. 17, III, do CPC, a caracterizar o exercício abusivo, ou mesmo ilegal, do direito de ação, em verdadeira co-autoria, para fraudar a lei, daí a importância da atuação ministerial, objetivando restabelecer a legalidade, no particular, sabendo-se que autor

e réu, tendo em vista o acordo previamente ajustado, de forma escusa, não teriam interesse em pleitear a desconstituição da *res iudicata* (LIMA;DYRLUND, 2001, p.50).

Quanto à legitimidade do Ministério Público, cabe aclarar que as hipóteses previstas no inciso III do artigo 487 do Código de Processo Civil são meramente exemplificativas. Trata-se de questão já pacificada, inclusive tendo sido sumulada pelo TST:

Ação rescisória. Ministério Público. Legitimidade "ad causam" prevista no art. 487, III, "A" e "B", do CPC. As hipóteses são meramente exemplificativas. A legitimidade "ad causam" do Ministério Público para propor ação rescisória, ainda que não tenha sido parte no processo que deu origem à decisão rescindenda, não está limitada às alíneas "a" e "b" do inciso III do art. 487 do CPC, uma vez que traduzem hipóteses meramente exemplificativas. ⁴

No tocante à legitimidade passiva, há de se constatar que o CPC não dispõe expressamente sobre o tema, todavia a doutrina entende que todos os que participam da relação processual originária devem ser citados como litisconsortes necessários, uma vez que a decisão a ser proferida em sede de rescisória alcançará a esfera jurídica destes (DIDIER JÚNIOR;CUNHA, 2009, p.372). Alexandre Câmara dispõe que "serão demandados na ação rescisória todos aqueles que tenham sido partes do processo original e não figurem já no pólo ativo desta nova relação processual." (CÂMARA, 2009, p.23).

2.3. Prazo para propositura

Em observância ao que dispõe o artigo 495 do Código de Processo Civil, a ação rescisória deverá ser ajuizada dentro do prazo decadencial de 2 (dois) anos, contados a partir do trânsito em julgado da decisão. Conforme explica Bernardo Pimentel, tal prazo é decadencial haja vista que a rescisória possui natureza de ação constitutiva (constitutiva negativa ou desconstitutiva) e versa sobre direito potestativo (SOUZA, 2008, p.186). Pelo exposto, tal prazo não pode ser prorrogado, suspenso ou interrompido.

Didier ensina que "o exercício do direito potestativo é modo pelo qual se impede a consumação da decadência; e esse exercício, no caso, se dá pela propositura da demanda rescisória" (DIDIER JÚNIOR;CUNHA, 2009, p.382). O citado doutrinador expõe ainda que a citação válida impede a efetivação da decadência, nos termos dos artigos 219 e 220 do CPC.

Em caso de ajuizamento da rescisória após o prazo de dois anos, a decadência deverá ser reconhecida de ofício pelo tribunal e a petição inicial deverá ser indeferida, uma vez que se trata de decadência legal (prevista em lei). Caso o reconhecimento de ofício não ocorra, o relator poderá detectar a decadência e extinguir o feito inclusive após a fase postulatória. Em última hipótese, a decadência poderá ser reconhecida quando do julgamento pelo colegiado, como preliminar ao exame da rescisória, situação que acarretará na extinção do processo sem julgamento de mérito (DIDIER JÚNIOR;CUNHA, 2009, p.382).

Ressalta-se aqui que o entendimento que prevalece no ordenamento jurídico atual quando ao termo inicial do prazo para ajuizamento de ação rescisória se dá a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, mesmo que a referida decisão verse sobre indeferimento de recurso interposto. (DIDIER JÚNIOR;CUNHA, 2008, p.384).

2.4. Da competência para processar e julgar

Regra geral será competente para processar e julgar a ação rescisória o próprio tribunal que proferiu a decisão a ser rescindida. Nas palavras de Fredie Didier, "os tribunais julgam as ações rescisórias de seus próprios julgados" (DIDIER JÚNIOR;CUNHA, 2008, p.374).

Em se tratando de decisão de mérito proferida por juiz de primeira instância, será responsável pelo processamento e julgamento da rescisória o tribunal ao qual se vincula ao juízo que proferiu a decisão. Em hipótese de decisão proferida por juiz estadual investido da jurisdição federal, será competente o Tribunal Regional Federal da respectiva região ((DIDIER JÚNIOR;CUNHA, 2008, p.374).

Sobre a questão, Fredie Didier expõe e conclui que:

Cabe, portanto ao tribunal processar e julgar as ações rescisórias de seus julgados, assim considerados quando proferidos em ações originárias ou no âmbito recursal, desde que conhecido o recurso e operado o efeito substitutivo previsto no art. 512 do CPC.

2.5. Hipóteses

O artigo 485 do Código de Processo Civil é taxativo (*numerus clausus*), e elenca as hipóteses nas quais será cabível a propositura da ação em estudo. Doutrina e jurisprudência se posicionam pacificamente no sentido de que o mencionado artigo deve ser interpretado de maneira restritiva, de forma a garantir a proteção ao instituto da coisa julgada, consoante previsão do inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição da República.

O inciso I do artigo 485 prevê a rescisão de decisão de mérito transitada em julgado quando esta tiver sido dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz. Tais crimes estão previstos no Código Penal e são praticados contra a Administração Pública.

⁴ Cf. Resolução n.137, in Diário de Justiça de 22 de agosto de 2005.

A prevaricação, caracterizada no artigo 319 do CP, consiste em "retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal". De acordo com o artigo 316, a concussão é definida como "exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida." Já a corrupção passiva, nos termos do artigo 317, consiste em "solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem".

Não é necessária a condenação prévia do magistrado em âmbito criminal para que a rescisória seja fundamentada no inciso I. O cometimento do crime poderá ser demonstrado na própria ação rescisória. Em se tratando de condenação anterior, o tribunal não poderá negar a rescisão por considerar que não foi praticado crime. Cabe salientar que será rescindível decisão proferida por órgão colegiado desde que um de seus componentes tenha praticado alguma das infrações penais descritas no citado inciso, desde que o voto deste tenha contribuído para a formação da maioria ou para o resultado final do julgamento.

A sentença proferida por juiz impedido ou juízo absolutamente incompetente também será passível de rescisão. Os impedimentos estão previstos no artigo 134 do CPC, e se configuram como obstáculos inultrapassáveis e impeditivos do pleno exercício jurisdicional por parte do juiz. Cabe ressaltar, nas palavras de Alexandre Freitas Câmara (2009, p.13), que "pela leitura do dispositivo em análise, que apenas o impedimento, e não a suspeição gera rescindibilidade." O impedimento do magistrado gera falta do pressuposto processual de validade, e configura vício gravíssimo. Quanto à incompetência do juízo, cabe aclarar que apenas a absoluta enseja ação rescisória, uma vez que a incompetência relativa, quando não arguida, acarreta a prorrogação da competência.

Hipótese prevista no inciso III do artigo em estudo prevê a rescisão da sentença transitada em julgado quando esta for resultado de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes com o objetivo de fraudar a lei. De acordo com o artigo 14 do anteriormente citado diploma legal, as partes têm, dentre outros, o dever de proceder com boa-fé e lealdade, e o descumprimento destes gera dolo processual. O mencionado dolo restará configurado sempre que a parte vencedora faltar aos citados deveres e, em virtude de tal, afastar o magistrado da verdade, bem como quando impossibilitar ou atrapalhar a atuação da parte vencida no processo.

Sentença transitada em julgado que configurar ofensa a coisa julgada também é passível do instituto ora em análise. Por ser imutável, a coisa julgada material impossibilita que se discuta em novo processo idêntico (mesmas partes, causa de pedir e pedido) algo já decidido por sentença em demanda anterior. Desta feita, se mesmo em face da sentença transitada, imutável e indiscutível, sobrevier nova decisão sobre o assunto já tratado, restará configurada ofensa à coisa julgada.

O julgado que viola literal disposição da lei, nos termos do artigo 485, inciso V do CPC poderá ser desconstituído. O professor Didier, tendo como base lições do doutrinador Sacripinella Bueno (DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2009, p.398), aclara que doutrina e jurisprudência concordam quanto à adoção da palavra *lei* em sentido amplo, envolvendo assim lei nacional, estrangeira, constitucional, infraconstitucional, processual e material. Estão então abrangidas nesta acepção as leis complementares, ordinárias, delegadas, as medidas provisórias, os decretos, regulamentos, regimentos internos dos tribunais e até mesmo as resoluções.

A afronta deverá se configurar em face a sua literalidade, e ressalta não ser possível a rescisão de julgado no qual a interpretação do texto legal tenha sua interpretação controvertida, nos termos da Súmula 343 do STF. Como exceção ao ponto anteriormente abordado, quando a discussão versar sobre texto constitucional, a mencionada Súmula 343 não terá aplicabilidade.⁵

Decisão transitada em julgado embasada em prova falsa também poderá ser desconstituída, de acordo com o disposto no artigo 485, inciso VI do CPC. A falsidade da prova deve ter sido apurada em processo judicial criminal, todavia pode também ser comprovada na própria ação rescisória. Aspecto importante para que reste configurada a hipótese prevista no supracitado diploma legal se faz no sentido de que a decisão cuja rescindibilidade se objetiva deve ter por base a prova falsa. Quando presente outro fundamento que seja suficiente para que o juízo decida a demanda que não a prova falsa, não será pleitear a rescisão do julgado (DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2009, p. 408).

Após proferida a sentença, pode o autor obter documento novo, nos moldes do inciso VII do artigo 485 do CPC, documento este cuja existência era ignorada ou do qual não se pôde fazer uso mas que todavia é capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável. Em suas lições sobre o tema, Pimentel ressalta-se que:

O documento novo é aquele já existente à época da prolação do julgado rescindendo, mas que não foi apresentado em juízo: a) por não ter o autor da rescisória conhecimento da existência do documento ao tempo do processo primitivo; ou b) por não ter sido possível ao autor da rescisória juntar o documento aos autos do processo primitivo, em virtude de momento estranho a sua vontade (SOUZA, 2008, p. 408).

Destarte, o documento novo, para que sirva como fundamento a ação rescisória, deverá fazer alusão a fatos controvertidos da demanda originária. Desta feita, se o fato em questão não foi anteriormente alegado tampouco foi objeto de controvérsia no processo, não há que se falar em ação rescisória fundamentada na hipótese de documento novo, prevista no inciso VII do artigo 485 do CPC.

A desconstituição do julgado por ação rescisória será possível "quando houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença", conforme dispõe o artigo 485, inciso VIII do CPC. A confissão que enseja rescisória está prevista no artigo 348 do Código de Processo Civil; trata-se da verdade real, resultado de dolo erro ou coação, e não da confissão ficta, que resulta da revelia. Cabe aclarar que a rescisória, em caso de confissão, será cabível quando transitada em julgada a decisão de mérito nela fundamentada. Caso contrário, se ainda estiver pendente de julgamento o processo no qual a confissão foi feita, a ação cabível será a ação anulatória.

⁵ Súmula 63 do TRF da 4ª Região. Diário de Justiça de 9 de maio de 2000, seção 2, p.657.

A desistência a que se refere o mencionado diploma legal se consubstancia na renúncia ao direito ao qual se funda a ação, e que tem como consequência a extinção do processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, V do CPC. A simples desistência da ação acarreta apenas extinção do processo sem resolução de mérito.

Quanto à transação, Costa Machado (2008, p.585) ressalta que “a jurisprudência tem entendido que a ação para desconstituir a transação homologada é a anulatória do art. 486 e não a rescisória.”

O § 2º do artigo 485 do CPC define o erro de fato ensejador de rescisória, que restará configurado “quando a sentença admitir um fato inexistente ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido”. Costa Machado (2008, p.585) ensina que o erro será revelado pelos documentos da causa, sendo estes revelados pelos autos do processo e explana que para que reste configurado o erro de fato, “é indispensável que o fato (existente desconsiderado) não tenha sido resultado de uma escolha ou uma opção do juiz diante de uma controversia, mas sim de uma desatenção.”

2.6. Procedimento

Como dito alhures, a rescisória é ação autônoma, e por tal motivo deve ser proposta por meio de petição inicial, nos moldes do disposto no artigo 282 do CPC. Na referida inicial, o autor, se for o caso, deverá cumular ao pedido de rescisão do julgado pedido de novo julgamento da causa. Acerca da questão esclarece o professor Costa Machado que:

O pedido de rescisão (ou desconstituição) da sentença ou acórdão é chamado de *rescindens*; o de novo julgamento da causa é denominado *rescissorium*. A norma sob comentário exige como requisito indispensável da inicial da rescisória a cumulação dos dois pedidos, caso o fundamento deduzido o autorize, como sói acontecer, *v.g.*, nas hipóteses de falsidade da prova, documento novo, invalidade de confissão, desistência ou transação, erro de fato [...] (MACHADO, 2008, p. 589)

Desta feita, não será possível cumular quesitos quando a rescisória fundamentar-se nas hipóteses previstas no artigo 485, incisos I, II e IV, haja vista que nas mencionadas hipóteses “a reapreciação da causa pode representar supressão de um grau de jurisdição, incompetência do próprio tribunal ou pura desnecessidade.” (MACHADO, 2008, p. 598).

O depósito majorado em 5% do valor da causa, previsto no inciso II do artigo 485 do CPC é *conditio sine qua non* ao ajuizamento da ação rescisória, devendo a guia comprobatória de pagamento ser anexada à inicial para instruí-la, sob pena de indeferimento do feito. Ressalta-se que antes do indeferimento, deverá ser concedida nova oportunidade para que o autor efetue ou complemente o depósito em atendimento ao artigo 284 do CPC (DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2009, p. 429).

No que concerne ao valor da causa, jurisprudência e doutrina pacificaram entendimento de que o valor a ser atribuído à ação rescisória corresponde ao valor da causa da demanda originária corrigido monetariamente (DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2009, p. 432).

2.7. Da querela nullitatis

2.7.1. Histórico do Instituto

Segundo Barbosa Moreira (2006, p.101) a *querela nullitatis* surgiu no direito intermédio com os estatutos italianos, onde se constatou a necessidade de criar um instituto, mais precisamente nas palavras do aludido doutrinador, um remédio especial, que pudesse ser exercido de forma autônoma e não necessariamente como ação para denunciar os *errores in procedendo*.

Anteriormente, ainda à época do direito romano, inexistia recurso ou até mesmo ação passível de propositura contra o *error in iudicando*, bem como não havia necessidade da denúncia deste: o *error in iudicando* determinava a inexistência jurídica da decisão, podendo ser alegado a qualquer tempo (MOREIRA *apud* RÊGO, 1998, p. 100).

Surge então no direito italo-canônico o instituto da *querela nullitatis*. Bruno Noura de Moraes Rêgo, baseando seu estudo nas lições de Othon Sidou, explica que o novo instituto, inspirado pelo direito romano, absorveu o princípio de que os *errores in procedendo* provocavam a nulidade da sentença enquanto os *errores in iudicando* poderiam ser impugnados em apelação (MOREIRA *apud* RÊGO, 1998, p.100).

A *querela nullitatis* comportava duas modalidades: a *querela nullitatis sanabilis* e a *querela nullitatis insanabilis*. A primeira era destinada a impugnação dos vícios sanáveis ao passo que a segunda era utilizada como meio de impugnação aos vícios graves (LIMA, 2010). Com o decorrer do tempo, na maioria dos ordenamentos jurídicos europeus a *querela nullitatis sanabilis* foi absorvida pela apelação, ao passo que a *querela nullitatis insanabilis* acabou por desaparecer e as razões de invalidação da sentença passaram a ser alegadas através de recursos (MOREIRA, 2006, p. 101).

2.7.2. A querela nullitatis no ordenamento jurídico brasileiro

Para melhor entendimento acerca do cabimento da *querela nullitatis* no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se extremamente necessário estabelecer a distinção entre sentença nula e sentença inexistente.

Sentença nula é aquela que não apresenta todos os pressupostos processuais de validade (tanto pressupostos intrínsecos: petição inicial válida, competência do juízo, imparcialidade do juiz, capacidade e legitimidade processual e citação válida; quanto pressupostos

extrínsecos: litispendência, coisa julgada e cláusula compromissória); ao passo que a sentença inexistente carece de um dos pressupostos processuais de existência, quais sejam petição inicial, jurisdição, citação e capacidade postulatória do autor (FREITAS;ROCHA, 2010).

Desta feita, sentença nula não impugnada em sede recursal transitada em julgado poderá ser questionada em sede de ação rescisória (THEODORO JÚNIOR, 2007, p.230), assunto já abordado no presente trabalho. No tocante à sentença inexistente, será passível de ação declaratória de inexistência. Em seu trabalho Adriana Moreira Silveira Freitas (FREITAS, 2010) explana que “para as sentenças tidas por inexistentes, não se pode utilizar a ação rescisória, tampouco a anulatória, simplesmente porque não há o que rescindir ou anular em uma decisão que juridicamente não existe”.

Silvio Ferigato Neto (2010), acerca da *querela nullitatis*, explicita em seu escólio “tratar-se meio idôneo para requerer declare o Estado-juiz a inexistência de pressuposto processual de existência (petição inicial, jurisdição e citação) ou, até mesmo, condição da ação (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade da parte e interesse de agir.”

Cabe esclarecer a este ponto, que apesar de ser denominada sentença inexistente, a sentença faticamente existe e produz efeitos, todavia apresenta grave vício de forma, e reputa-se ineficaz no plano jurídico (GAIO JÚNIOR, 2010).

Em face do exposto, pode-se concluir que a *querela nullitatis*, também conhecida como ação declaratória de inexistência, é o instrumento jurídico adequado a extrair do universo jurídico sentença inexistente.

Acerca do explanado, em recente julgado o STJ entendeu que:

Administrativo e Processual Civil – Contrato firmado entre o município de Camaçari e construtora violação do art. 535 do CPC não caracterizada – deficiência na fundamentação: Súmula 284/STF – atos administrativos nulos – revisão – art. 54 da lei 9.784/1999 – jurisprudência da corte especial – decretação de nulidade do termo de transação – vício insanável – ausência de aprovação da câmara municipal – ação declaratória de inexistência de relação jurídica – imprescritibilidade – fundamentos do acórdão recorrido inatacados – súmula 283/STF.

1. Não há como esta Corte analisar violação do art. 535 do CPC quando o recorrente não aponta com clareza e precisão as teses sobre as quais o Tribunal de origem teria sido omissor. Incidência da Súmula 284/STF.
2. A Corte Especial firmou entendimento de que aplica-se o prazo prescricional de cinco anos, previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999, para a Administração revogar seus atos, nos casos em que lei local não dispuser de forma contrária.
3. Inviável o reconhecimento da prescrição no caso em apreço, em razão da decretação de nulidade do termo de transação firmado entre o Município de Camaçari e empresa particular, por vício insanável, relativo à ausência de aprovação da Câmara Municipal na formação do referido título.
4. A nulidade absoluta insanável é vício que, por sua gravidade, pode ser reconhecido mesmo após o trânsito em julgado, mediante simples ação declaratória de inexistência de relação jurídica (*querela nullitatis insanabilis*), não sujeita a prazo prescricional ou decadencial e fora das hipóteses taxativas do art. 485 do CPC (ação rescisória).
5. O recorrente não infirma os motivos ensejadores da nulidade do “Termo de Acordo”, os quais são suficientes para manutenção da conclusão adotada no acórdão recorrido. Incidência da Súmula 283/STF.
6. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (BRASIL. STJ, REsp 1199884/BA, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julg. 24/08/2010, DJe 08/09/2010).

No que diz respeito às hipóteses de cabimento da *querela nullitatis*, a doutrina mostra-se bastante divergente. No esteio de Fredie Didier, tal ação será cabível, por exemplo, contra decisão proferida em desfavor do réu, em processo que correu à revelia deste, quer porque o réu não foi citado, ou nos casos em que sua citação se deu de maneira defeituosa (DIDIER JÚNIOR;CUNHA, 2009, p.453). Mais uma vez, recorreremos às lições o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que assim se posicionou, corroborando as lições do doutrinador baiano:

Processual Civil - violação do art. 535 do CPC - inexistência - sentença impregnada de vício transrescisório - relativização da coisa julgada - querela nullitatis - arts. 475-L, I e 741, I, do CPC - Ação Civil Pública: adequabilidade - defesa do patrimônio público - legitimidade do Parquet.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, se o Tribunal de origem, para resolver a lide, analisa suficientemente a questão por fundamentação que lhe parece adequada e refuta os argumentos contrários ao seu entendimento.
2. A sentença proferida em processo que tramitou sem a citação de litisconsorte passivo necessário está impregnada de vício insanável (transrescisório) que pode ser impugnado por meio de ação autônoma movida após o transcurso do prazo decadencial para ajuizamento da ação rescisória. Querela nullitatis que encontra previsão nos arts. 475-L, I e 741, I, do CPC.
3. Por ação autônoma de impugnação (*querela nullitatis insanabilis*) deve-se entender qualquer ação declaratória hábil a levar a Juízo a discussão em torno da validade da sentença.
4. O Ministério Público detém legitimidade para atuar na defesa do patrimônio público.
5. A ação civil pública constitui instrumento adequado a desconstituir sentença lesiva ao erário e que tenha sido proferida nos autos de processo que tramitou sem a citação do réu. Precedente.
6. Recurso especial provido. (BRASIL. STJ, REsp 445.664/AC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julg. 24/08/2010, DJe 03/09/2010).

O próprio precedente do Colendo STJ nos remete a grande discussão presente na doutrina pátria acerca da previsão expressa do cabimento da ação em análise no ordenamento jurídico positivo brasileiro.

Alguns doutrinadores, dentre eles Fernando da Fonseca Gajardoni (2010), entendem que o ordenamento jurídico brasileiro não traz, em seu texto, previsão expressa da *querela nullitatis*:

Hoje não há previsão legal expressa, seja em relação à *querela nullitatis*, seja em relação à *restitutio in integrum*. Contudo, da análise das hipóteses de cabimento da ação rescisória – art. 485 do CPC – ainda é possível identificar quais teriam fisionomia mais parecida com a primeira, e quais com a outra. Indiscutível, por outro lado, que muito se perdeu com a ausência de previsão legal da ação de nulidade, seja em relação à algumas hipóteses de cabimento não contempladas pelo art.485 do CPC, seja em razão do prazo decadencial para ajuizamento e necessidade de análise pela superior instância.

Em sentido contrário, doutrinadores como Rogério Marrone Sampaio (2001) e Alexander dos Santos Macedo (2005) consideram que a demanda em questão encontra-se expressamente prevista no artigo 741, inciso I do CPC. Tal posicionamento se coaduna com a mais atual jurisprudência dos nossos tribunais, conforme se depreende do precedente acima trazido.

Brenda Corrêa Lima (2010), por sua vez, baseando-se em lições de Humberto Theodoro Júnior, acrescenta que as sentenças inconstitucionais são sentenças inexistentes, e não geram, assim, coisa julgada, não se sujeitando a ação rescisória. Tais sentenças, portanto, são passíveis de impugnação por meio de *querela nullitatis*.

Ao versar em sua obra sobre nulidade de sentença, o próprio Humberto Theodoro Júnior (2007, p.797) cita como exemplos de nulidade absoluta a falta ou nulidade da citação do réu revel, processo cujo curso e julgamento se deu sem a participação dos litisconsortes necessários, decisão proferida em inobservância a repartição jurisdicional constitucional.

Ainda sobre o tema, Theodoro Júnior conclui que, em que pese existir ação específica para tal finalidade, "as nulidades *ipso iure* devem ser reconhecidas e declaradas nulas independentemente de procedimento especial para esse fim, e podem sê-lo até mesmo incidentalmente em qualquer juízo ou grau de jurisdição [...]" (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 797).

Desta feita, *querela nullitatis* não possui prazo específico para sua propositura haja vista que, por se ação declaratória de inexistência, não se sujeita à decadência tampouco à prescrição. Por se tratar de nova ação, diversa da demanda que originou a decisão inconstitucional, a *querela nullitatis* faz parte do processo de conhecimento e tramita em rito ordinário.

3. CONCLUSÃO

Independentemente se transitada em julgado a decisão de mérito⁶ em face do esgotamento de prazo para interposição de recurso ou em razão do esgotamento das vias recursais, resta configurado, no momento do mencionado trânsito em julgado, o instituto da coisa julgada material.

A coisa julgada tem sustentáculo constitucional, sendo sua imutabilidade garantida por cláusula pétreia, nos termos do artigo 5º, inciso XXXVI ao passo que determina que a *lei não prejudicará a coisa julgada*. Além da previsão constitucional, a coisa julgada ainda é disciplinada pelo Código de Processo Civil, em seus artigos 467 a 475.

Segundo o que estabelece o artigo 267, inciso V, §3º do Código de Processo Civil, o juiz não deverá julgar a mesma causa quando configurada a coisa julgada material, devendo com tal embasamento declarar extinto o processo sem resolução de mérito.

O disposto no mencionado artigo preconiza o escopo do instituto, qual seja garantir a segurança jurídica nas relações, ao passo que impede rediscussão da matéria julgada mesmo que em processo diverso, uma vez que o conflito entre as partes já foi solucionado.

Em que pese a premissa trazida, em certas situações, vícios e nulidades incompatíveis com o atual Estado Democrático de Direito não podem (ou não deveriam) ter o condão de encerrar a discussão sobre determinado processo.

Isso porque, ao mesmo tempo em que o ordenamento jurídico pátrio impõe a proteção à coisa julgada, faz-se extremamente necessário extirpar do mundo jurídico sentenças maculadas de vícios, abusivas ou baseadas em inconstitucionalidade uma vez que estas, mesmo que inexistentes, produzem efeitos.

Em face do exposto, tratou o presente trabalho de explorar a rescindibilidade da coisa julgada, através dos institutos abordados neste artigo, quais sejam a ação rescisória e a *querela nullitatis*.

Buscou-se estudar tais institutos por meio de seus aspectos processuais, históricos e pragmáticos, abordando-se temas como legitimidade, cabimento, procedimento e aplicação prática, de modo a se entender, ao menos que superficialmente, o tema envolvendo a coisa julgada e sua rescindibilidade.

Assim, analisada a questão, imperativo afirmar-se que tanto o aviamento de ação rescisória quanto a apresentação de ação declaratória de nulidade, ou *querela nullitatis*, não consubstanciam afronta à proteção emanada da constituição. Portanto, a segurança jurídica deve ser buscada em observância de outros princípios como, por exemplo, os princípios da justiça, legalidade e moralidade.

⁶ Leia-se por decisão, sentença de mérito ou acórdão que julga a lide.

REFERÊNCIAS

- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Vol. II.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil, meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 7ª ed. Bahia: Jus Podivm, 2009. Vol.III.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil, meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2010. Vol. III.
- LIMA, Arnaldo Esteves; DYRLUND, Poul Erick. *Ação Rescisória*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- MACEDO, Alexander dos Santos. *Da querela nullitatis*, 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MACHADO, Antônio Cláudio Costa da. *Código de Processo Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 7ª ed. Baurueri, SP: Manole, 2008.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Vol. V.
- RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.
- SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. Querela nullitatis. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista de Magistratura*. São Paulo, vol. 2, n.4, p.97-113, mar./abr., 2001.
- SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Vol. I.
- FERIGATO NETO, Silvio. *Algumas diferenças entre a ação rescisória, a Querela Nullitatis e a ação anulatória*. Disponível em: <http://www.acarvalho.com.br/site/internas/automacao/Arquivos/artigos/algumas_diferencas_entre_a_acao_rescisoria_a_querela_nullitatis_e_a_acao_anulatoria.doc>. Acesso em: 23 de outubro de 2010.
- FREITAS, Adriana Moreira Silveira; ROCHA, Ana Maria Suares. *A querela nullitatis no sistema processual civil brasileiro*. Buscalegis. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewArticle/32363>>. Acesso em: 02 de agosto de 2010.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Sentenças inexistentes e "Querela Nullitatis"*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigos/Sentenças_inexistentes.pdf>. Acesso em: 23 de outubro de 2010.
- GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *A efetiva aplicabilidade da Querela Nullitatis*. Disponível em: <<http://www.gaiojr.adv.br/artigos.php?conteudo=16>>. Acesso em: 19 de outubro de 2010.

Recebido em: 08/07/2015

Aprovado em: 27/01/2016

OS ANSEIOS CONTEMPORÂNEOS ACERCA DO REGIME DE BENS

THE CONTEMPORARY DESIRES ABOUT THE MARITAL PROPERTY SYSTEM

GUILHERME ABREU LIMA DE OLIVEIRA¹

TAMER FAKHOURY FILHO²

RESUMO: O presente trabalho tem como foco a análise da separação de bens como o regime oficial supletivo mais adequado e compatível com as famílias contemporâneas. Para tanto, fez-se, *prima facie*, uma abordagem histórica acerca das famílias, apontando aspectos sociais e normativos. Constatou-se que, no passado, o silêncio das partes quanto à questão patrimonial conduzia a aplicação automatizada da comunhão universal de bens, sendo este o regime instituído por expressa previsão legal. Atualmente, o silêncio das partes enseja a aplicação do regime de comunhão parcial de bens. Estabelecidas as premissas fundamentais, o trabalho começa a questionar a inadequação do regime oficial ao contexto social, além de sua incompatibilidade com a família coetânea, caracterizada por ser extremamente mutável e suscetível ao intervencionismo estatal. O raciocínio remete ao comando automático da separação de bens como o mais adequado à família contemporânea, e impõe proposta para que se altere a legislação vigente, buscando a modificação do ordenamento jurídico para adequá-lo e compatibilizá-lo à realidade. Com o desenrolar do trabalho algumas indagações se fizeram inerentes: seria realmente o regime de separação de bens o mais adequado ao mundo moderno? Poderia de fato o regime da separação de bens substituir o atual regime oficial? Haveria outro meio mais pertinente a adequar o regime de bens ao contexto atual? Bem, em que pese estas questões se verem respondidas no bojo deste trabalho, a adequação do regime oficial de bens aos novos agrupamentos familiares é um tema instigante e, assim como o universo jurídico, está em perpétua evolução, razão pela qual, de indubitável importância seu estudo crítico e continuado.

Palavras-chave: Direito de Família. Anseios. Regime de Bens. Crítica. Famílias contemporâneas.

ABSTRACT: The present work is focused on the analysis of separate marital property regime as an official law regime most adequate and compatible with the contemporary families. To achieve this scope, we took *prima facie* into deep consideration about families and their historical developments, to analyse the marital property system in the past, and about now a days. In the past, the silence of the parties about patrimony automatically generated the community marital property system, the legal system of law. Currently, the silence of the parties entails the application of partial marital property system. Once these fundamentals are established, the work begins to question the inadequacy of the legal system of law to the social, and the incompatibility with the contemporary family, characterized by being extremely changeable and susceptible to state interventionism. Thought refers to automatic control of separation of property as the most appropriate to the contemporary family, requiring proposal to change the law now in force to change the law to now a days reality. During the article some questions came: It would be really the separation marital property regime best suited to the modern world? The separate marital property regime can replace the actual legal regime? Is there another way to adapt the marital property regime to current context? So, despite these situations were answered on the scope of this article, the adaptation of legal marital property regime to contemporary families are a very inciting theme and, like the universe of law, it is in perpetual evolution. Therefore of such a great importance its critical and continuous study.

Keywords: Family law. Desires. Marriage regime. Criticism. Contemporary families.

¹ Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Universidade FUMEC/MG. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Milton Campos/MG. Professor Universitário na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Advogado. E-mail: guilhermeabreu@abreuelanna.com.br

² Mestrando em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Universidade FUMEC/MG. Pós-graduado em Gestão Estratégica de Empresas pelo Centro Universitário Newton Paiva/MG. Graduado em Direito pela Universidade FUMEC. Graduado em Administração pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Advogado. E-mail: tamer.fak@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A separação de bens como o regime oficial supletivo mais adequado e compatível com as famílias contemporâneas, em consonância com o vigente Direito Civil Constitucional, é tema que merece atenção.

No passado, o silêncio das partes quanto à questão patrimonial conduzia a aplicação automatizada da comunhão universal de bens, sendo este o regime instituído por expressa previsão legal, nos termos do artigo 258 do Código Civil de 1916.

Atualmente, o silêncio das partes enseja a aplicação do regime de comunhão parcial de bens, no qual apenas os bens adquiridos na constância do casamento são considerados comuns, sendo, portanto, objeto de partilha. Logo, como dito, em não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará quanto aos bens entre cônjuges o regime da comunhão parcial; é o que dispõe o artigo 1.640 do Código Civil de 2002.

Haverá comunicabilidade apenas dos bens que sobrevierem ao casal na constância do casamento, respeitadas as exceções dispostas em lei. Isto representa que, excluem-se os bens advindos de doação, sucessão ou os sub-rogados, sendo estes caracterizados como bens particulares, e não comunicáveis. Também significa ser lícito aos nubentes, antes de celebrado o contrato de casamento, estipular quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

O atual regime supletivo atinge muitos negócios jurídicos e obrigacionais que, em razão disso, deixam de ser celebrados ou são indevidamente realizados por estarem adstritos ao intervencionismo estatal no patrimônio familiar. Num país de dimensões continentais, particularidades regionais e realidades distintas, quanto menor a intervenção estatal na vida do cidadão e das famílias, maior será a harmonia de suas relações.

Não se crê que o regime de comunhão parcial de bens seja o mais adequado ao mundo moderno, e neste sentido insta apresentar proposta para a alteração do regime legal supletivo vigente, vez que, entende-se que a alteração do regime legal de comunhão parcial de bens para separação total de bens não desampara ou desprotege os cônjuges, companheiros ou conviventes, e sim, os estimula a elaborar planejamento familiar e sucessório prévios, educando esses personagens, moldando a sociedade.

Outra consequência positiva da alteração proposta diz respeito à desnecessidade de outorga uxória ou marital por parte dos integrantes da família, uma vez que estes manterão sua autonomia e liberdade para realizarem seus negócios, havendo outros institutos já dispostos em lei para que se protejam direitos de terceiros. Nesse mesmo sentido, há mecanismos de proteção daquele familiar que sofre as consequências de eventuais atos praticados em desconformidade com a proteção à família e seus integrantes.

Para fundamentar a proposta que nos ocupa a atenção, se faz essencial abordar a evolução histórica da família e do regime de bens, para na sequência demonstrar que o regime de bens oficial é inadequado e incompatível com as famílias da atualidade, e então, sustentar a separação de bens como o regime oficial mais adequado e compatível com a família contemporânea.

2. FAMÍLIA E REGIME DE BENS: APONTAMENTOS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

2.1 Apontamentos Iniciais quanto à família e suas questões patrimoniais

Definir o quem vem a ser família é tarefa árdua, uma vez que não há unicidade quanto ao seu significado. Com o passar do tempo, o conceito de família foi reinventado, levando-se em consideração os movimentos de uma sociedade dinâmica, objeto de mutações constantes.

A instituição família, numa concepção moderna e atual, consiste na pluralidade de formas de sua constituição e reconhecimento. O conceito de família, expresso na Constituição da República, está atrelado aos direitos e garantias fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo, pois, inconcebível a distinção entre modelos familiares, não havendo como restringi-las a formas predefinidas. (TJMG, Apelação Cível nº 1.0145.07.411192-6/001, Rel^a Des^a. Evangelina Castilho Duarte, 14^a Câmara Cível, public. 09/03/2010).

O Direito de Família contempla vários tipos de agrupamentos entre pessoas, que por sua vez recebiam a devida tutela jurídica canalizada pelo Estado. Embasada em vínculos jurídicos e afetivos, a família se traduz numa das mais importantes instituições de toda a humanidade. O afeto decorre da valorização constante da dignidade humana e da solidariedade. (LÔBO, 2008, p. 47).

Fato é que o princípio da afetividade acima mencionado traduz a maior das características inerentes à natureza das famílias contemporâneas, constituindo-se em sua essência. Todavia, também merecem atenção questões de ordem patrimonial, especificamente as relacionadas ao regime de bens. Dito isto, imperioso explicitar o contexto histórico social e normativo inerente à família e ao seu patrimônio.

2.2 Histórico social

O matrimônio, união entre duas pessoas, constituído pelo casamento entre homem e mulher, era a forma tradicional de se estabelecer uma família legítima. Tempos atrás, nessa relação, a mulher era vítima de preconceito, além de constantemente preterida no mercado de trabalho. Seu papel se limitava ao contexto familiar e aos cuidados com a economia do lar, colaborando diretamente com a criação dos filhos e permitindo ao seu homem que trabalhasse para provê-los.

Desta feita, a mulher não detinha os meios necessários ou as oportunidades para construir patrimônio enquanto casada, uma vez que irremediavelmente cumpria função delimitada e restrita ao ceio familiar.

Todavia, a contribuição da mulher nesse contexto era de suma importância para a manutenção e prosperidade da entidade familiar, e

sabedor disso, o legislador, a fim de protegê-la, primou pelo regime da comunhão universal de bens, elegendo-o como o aplicável no silêncio das partes, garantindo-se direitos àquela que se dedicava a causa tão nobre quando constituído o matrimônio.

Com o passar do tempo, a mulher despontou no cenário econômico, demonstrando toda sua capacidade laboral e, por consequência, passando a auferir maior renda e patrimônio, equilibrando e equacionando assim a relação homem e mulher no plano familiar.

Em consonância com esse movimento, o conjunto normativo inerente ao Direito de Família caminhou no sentido de promover as alterações irrefutáveis de modo a atender a nova sistemática. O silêncio das partes ao contrair matrimônio agora ensejava na aplicação da comunhão parcial de bens. A evolução traduzia o caráter de igualdade entre os casados, que agora se submetiam, caso não dispusessem ao contrário, ao regime que primava pelo patrimônio comum, ou seja, constituído após o casamento e com esforço de ambos.

O Estado democrático de Direito chancelado pela Constituição da República de 1988, exprimia a igualdade mencionada, assim como promovia o respeito a outros direitos fundamentais inarredáveis. Desse modo, persistiu-se a metamorfose social, o que ensejou no surgimento de novas hipóteses de formação de agrupamentos familiares, refletindo a necessidade de adaptar novamente a legislação.

O Direito de Família não mais dispunha de suas características retrogradadas, sendo agora tratado como Direito das Famílias³, devido ao reconhecimento de novas estruturas de família geradas pela sociedade.

2.3 Histórico normativo

Apontados os breves traços históricos sociais quanto à família, imprescindível indicar as modificações normativas introduzidas ao longo desse período, além de destacar a nova ordem constitucional instaurada em 1988, partindo-se da regulamentação inerente ao casamento, forma tradicional de constituição da família.

Dito isto, restringe-se o sucinto esboço a apresentar o conjunto normativo construído e disposto nos séculos XX e XXI vigente no Brasil, a fim de contextualizar de forma singela a sistemática inerente ao tema. De início, aponta-se para o Código Civil de 1916, que se caracterizou pelo fato de atender mais aos anseios individuais do que aos coletivos. O patriarcalismo imperava nas relações familiares em detrimento dos demais membros da família, outrora bastante clássica.

Ao contrair o matrimônio, o silêncio das partes quanto à questão patrimonial conduzia a aplicação automatizada da comunhão universal de bens, sendo este o regime instituído por expressa previsão legal à época, nos termos dos arts. 258 e 259 do mencionado texto.

Desse modo, comunicava-se todo o patrimônio pretérito e futuro dos cônjuges, assim como suas dívidas, refletindo-se em uma unidade patrimonial familiar. Não se pode olvidar que naquele tempo, grande parte da sociedade se submeteu ao mencionado comando normativo, vez que aplicável automaticamente na ausência de manifestação distinta dos nubentes.

A imposição legal implicava em uma feroz e contundente intervenção estatal, uma vez que o casamento criava laços não só de ordem conjugal/afetiva, mas também, de cunho patrimonial, cujos reflexos seriam percebidos ao longo da vida e por definitivo. Isto, pois na época em comento, imperava o princípio da irrevogabilidade ou imutabilidade do regime de bens, impedindo-se que os cônjuges, depois de celebrado o casamento, respeitados os requisitos legais impostos, promovessem sua alteração sob o argumento de proteger o interesse dos próprios contraentes, assim como os de terceiros. A escolha do regime de bens era imutável e irrevogável, não tendo valor qualquer cláusula, mesmo no pacto antenupcial, que visasse alterá-lo, subordinando-o a condição ou a termo. (PEREIRA, 2015, p. 120).

Ademais, o patriarcalismo e a postura submissa da mulher predominavam na relação familiar. Todavia, a hegemonia masculina foi rompida parcialmente no ano de 1962, em razão da edição da Lei n. 6.121. O denominado Estatuto da Mulher Casada permitiu que a mulher desenvolvesse suas capacidades a fim de colaborar na administração da sociedade conjugal.

Não dispondo as partes em contrário e por meio de pacto antenupcial, dispensou-se a autorização marital para o trabalho da esposa e instituiu-se os bens reservados da mulher, que consistiriam pelo fruto do seu trabalho, não sendo incluídos nas dívidas pelas quais o marido respondesse, salvo as que em benefício da família. O pacto antenupcial constitui um contrato formal e solene pelo qual as partes regulamentam as questões patrimoniais relativas ao casamento. (RODRIGUES, 2006, p. 137).

Com o advento da denominada Lei do Divórcio (Lei n. 6.515 de 1977), a separação e o divórcio foram regulamentados, além de outros temas que aqui não serão esmiuçados. Tratava-se de um diploma que dispunha de normas de cunho material e processual, estabelecendo os comandos para que se pusesse fim à sociedade conjugal, assim como a ruptura do vínculo conjugal. Entretanto, o que se destaca com a referida produção é mais uma modificação promovida no Código Civil, cuja redação quanto ao regime de bens passou a dispor que não havendo convenção, ou sendo esta nula, vigoraria, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

Dessa forma, o regime oficial de bens selecionado pelo legislador no art. 258 foi alterado pelo art. 50 da Lei do Divórcio, passando a vigorar o regime da comunhão parcial de bens. Neste regime, apenas os bens adquiridos na constância do casamento são considerados comuns, e, portanto são objeto de partilha, excluindo-se assim os bens advindos de doação, sucessão ou os sub-rogados em seu lugar, sendo estes caracterizados como bens particulares e não comunicáveis.

O regime da comunhão parcial é o regime legal ou supletório, que valerá e terá eficácia para o casamento se silentes os cônjuges ou se nulo ou mesmo ineficaz o pacto antenupcial, conforme aduz o artigo 1.640 do Código Civil. (TARTUCE, 2015, p. 159).

Destaca-se também que até então, o ordenamento jurídico pátrio não tutelava, a contento, as relações extrapatrimoniais, as relações extrapatrimoniais decorrentes de adultério ou união de fato entre pessoas não casadas, sendo essa prática rejeitada pela sociedade, pelo legislador e até mesmo pelo Poder Judiciário. Do mesmo modo, outros agrupamentos entre pessoas não eram objeto de tutela.

³ No que se refere ao termo direito das famílias, Maria Berenice Dias destaca: [...] a expressão direito das famílias melhor atende à necessidade de enlaçar, no seu âmbito de proteção, as famílias, todas elas, sem discriminação, sem preconceitos. (DIAS, 2011, p.28).

Ocorre que, posteriormente, após a promulgação da Constituição da República de 1988 novos parâmetros foram traçados em relação ao Direito das Famílias, consagrando inúmeros preceitos de ordem fundamental às demandas sociais e a realidade do seu tempo, nos moldes estabelecidos pelo disposto no texto constitucional, art. 226 e parágrafos. O patriarcalismo não mais constituía a base da família, que teve reconhecida sua natureza plural, assim como a igualdade de seus membros, em todos os contextos e cenários a que estão submetidos.

Em aparente consonância com o diploma constitucional e suas premissas, em 2002 editou-se o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002)⁴, passando a vigorar em 2003, trazendo uma releitura de institutos, a fim de dar proteção ao ser humano de modo abrangente, defendendo a dignidade e primando por direitos num âmbito familiar cada vez mais complexo e dinâmico.

O regime da comunhão parcial de bens foi mantido como o regime aplicável no silêncio dos nubentes. Esse mesmo regime agora se aplicaria também às uniões de fato, denominadas uniões estáveis⁵, reconhecidas como entidades familiares. Desse modo, passou-se a tutelar interesses que anteriormente encontravam-se à margem do alcance do ordenamento jurídico.

A alteração do regime de bens também passou a ser possível mediante autorização judicial e pedido motivado de ambos os cônjuges, resguardados direitos de terceiros.⁶ Nesse viés histórico, menciona-se que súmulas e enunciados foram editados pelos órgãos do Judiciário, assim como novos diplomas legais e emendas à Constituição pelo legislador, a fim de preencher lacunas e elucidar algumas das questões não abrangidas ou devidamente atendidas pelo ordenamento vigente.

Insta citar que, com o intuito de promover "maior" adequação entre a norma e seus destinatários, encontra-se em construção o denominado Estatuto das Famílias, PL n. 6.583/13. Entretanto, o referido projeto de lei é bastante controverso, uma vez que traz evoluções no plano das famílias, mas também apresenta-se antiquado no que diz respeito a algumas de suas previsões. De todo modo, não se tem o propósito de esmiuçar esse tema, mas apenas destaca-lo, de modo a evidenciar a existência de propostas voltadas para o fim específico desse debate.

3. O REGIME DE BENS OFICIAL E SUA INADEQUAÇÃO E INCOMPATIBILIDADE COM AS FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS

É lícito aos nubentes, antes de celebrado o negócio jurídico, estipular quanto aos seus bens o que lhes aprouver. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará quanto aos bens entre cônjuges o regime da comunhão parcial. Neste regime, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dispostas em lei.

Também se aplica o regime supramencionado às uniões estáveis, conforme se verifica pelo disposto no art. 1.724 do Código Civil, que o elege, no que couber, às relações patrimoniais entre os companheiros, salvo nos casos em que estes estabeleçam de modo diferente.

O casamento e a união estável, previstos no texto constitucional e devidamente reconhecidos como família, efetivam-se por meio de relações entre homossexuais e heterossexuais. Dito isto, não se pode negar que nos últimos anos houveram inúmeros avanços no plano da tutela da família, promovidos principalmente pela nova ordem constitucional e, por que não, pela nova legislação civil.

Todavia, a aparente consonância do arcabouço normativo para com a latente demanda social não reflete as discrepâncias entre o regime vigente e as expectativas, necessidades e realidades de seus tutelados. Com o passar do tempo, a sociedade evolui, se modifica, sofre transformações. Neste passo, exige-se que o conjunto normativo instituído em um Estado democrático de Direito acompanhe esse movimento, a fim de regular as relações sociais oriundas desse fenômeno.

Infelizmente, o Estado não fomenta os integrantes das famílias contemporâneas a realizarem um planejamento antes de estabelecerem seus vínculos. A falta de informação e conhecimento prévios faz com que muitos acabem ingressando numa relação cujos efeitos patrimoniais certamente serão ditados à margem da vontade dos indivíduos, uma vez que o silêncio destes impera quando se trata de debater as questões patrimoniais da família, gerando incompatibilidades e inadequações.

No âmbito do Direito da Família e Sucessório, não há incentivo para que se faça um planejamento, utilizando-se de institutos vetores de pacificação, como o pacto antenupcial, o contrato de convivência, o testamento, dentre outros. Se as ferramentas acima fossem utilizadas com critério, discernimento e orientação profissional, as famílias contemporâneas não estariam envolvidas em tantos debates, litígios e desgastes relacionados ao seu plano econômico.

A falta de informação, a ausência de conhecimento prévio de seus direitos e deveres, a falta de estruturação e a dinâmica das constituições e desconstituições das famílias exige que os personagens desse movimento não sejam submetidos por força de lei a um regime patrimonial, mas sim, que se preserve seu *status quo ante*, ou seja, mantendo-se as partes e seu patrimônio isentos de interferências e repercussões em razão do casamento ou da união de fato, sendo essa sistemática a mais adequada ao contexto.

Ademais, essa mesma ignorância impede que seja eleito regime distinto do automático, que impera em nossa sociedade como o de maior aplicação prática, ensejando em inúmeras demandas em razão disso. Constata-se que o Estado tem o dever de proteger a base da sociedade, ou seja, a família. No entanto, ao eleger o regime supletivo às partes, desprovidas do conhecimento necessário para discernirem

4 O Projeto do Código Civil foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 1984, após longos debates de 1.063 emendas. Depois, fora enviado ao Senado Federal, que ali permaneceu até Novembro de 1.997, quando fora aprovado com outras 332 emendas. Foi publicado no Diário Oficial da União, em 11 de Janeiro de 2002, sob a nomenclatura de Lei 10.406/2002, que "institui o Código Civil". (YOKOHAMA, 2005).

5 A união de fato, nos moldes do art. 1.723 do Código Civil de 2002, é reconhecida como entidade familiar, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Aplica-se atualmente às relações fáticas heteroafetivas e homoafetivas.

6 § 2º do art 1.639 do Código Civil: É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

sobre as questões patrimoniais na constituição de suas famílias, impõe-se um ônus ao cidadão, que sofre as consequências nefastas desse ato invasivo.

Verifica-se que ao estabelecer o instituto do casamento no art. 1.511 do Código Civil, que o institui como a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, o mesmo diploma traz a proibição de qualquer pessoa, seja de direito público ou de privado, de intervir na comunhão de vida instituída pela família.

Porém, não é o que ocorre na prática. O Estado, ao eleger a comunhão parcial de bens àqueles que se silenciam quanto ao regime no momento em que se casam, interfere e atinge frontalmente os direitos dos envolvidos, em flagrante incompatibilidade com a própria legislação citada e com o contexto social. Isto porque, em regra, grande parte dos nubentes não são devidamente orientados quanto aos desdobramentos de ordem patrimonial após o casamento, levando-os involuntariamente a aceitar e declarar o regime automático. No "silêncio" das partes não é razoável haver qualquer modificação na esfera patrimonial dos cônjuges, uma vez que, inertes, deveriam permanecer da mesma forma que ingressaram no casamento, ou seja, titulares únicos e exclusivos de seu patrimônio. O mesmo raciocínio se aplica às uniões de fato, principalmente as não reconhecidas judicialmente ou por contrato.

É dessa exagerada interferência estatal que nascem inúmeras fraudes, uma vez que, infelizmente, há pessoas que se utilizam do instituto do casamento e da união de fato para obter vantagem econômica quando do divórcio ou da dissolução e consequente partilha de bens comuns.

Nesse raciocínio encontra-se o dever do oficial do registro em esclarecer aos nubentes a respeito dos fatos que podem ocasionar a invalidade do casamento e sobre os diversos regimes de bens, disposto no art. 1.528 do diploma em comento, que por sua vez e infelizmente não se traduz em efetiva informação e elucidação de questões essenciais a quem, pela falta de sapiência, não tem conhecimento dos efeitos patrimoniais que irá absorver após contrair o matrimônio.

Ainda nesse sentido, destaca-se a Lei n. 11.441/07, que promoveu a desjudicialização de procedimentos, quais sejam: inventário, partilha, separação e divórcio, trazendo ao cidadão mais uma opção para tratar de temas intrinsecamente ligados ao Direito das Famílias e Sucessório.

A fim de corroborar com os ditames fundamentais presentes no texto constitucional, extirpando-se a burocracia involucra nos feitos daqueles interessados em dissolver o matrimônio, editou-se também a Emenda Constitucional 66, promulgada em 2010. O dispositivo em comento permite a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo-se o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

Desta feita, majoritariamente entende-se que a separação perdeu sua aplicabilidade no cenário prático, uma vez que não mais precederia ao divórcio, que passou a ser uma opção mais adequada, não havendo requisitos a serem cumpridos, bastando a vontade de uma das partes.

Detectado o fim do afeto que unia o casal, não há sentido em se tentar forçar uma relação que não se sustentaria mais. Inere-se, pois, com tranquilidade que, tendo em mira o realce na proteção avançada da pessoa humana, o ato de casar e o de não permanecer casado constituem, por certo, o verso e o reverso da mesma moeda: a liberdade de auto-determinação afetiva. (FARIAS;ROSENVALD, 2009, p.277).

Urge destacar que, mesmo com o advento da Emenda n. 66, persistem as diferenças entre o divórcio e a separação. (TEPEDINO;BARBOZA;MORAES, 2014, p.129). Fato é que, apesar da intenção do legislador ter sido a de facilitar o trâmite de procedimentos ligados ao casamento e às uniões de fato, o que ocorre na prática é uma banalização dos institutos mencionados, uma vez que se estabelecem e dissolvem vínculos sem a observância devida das consequências patrimoniais nesse intersício.

Pelo exposto, constata-se que o atual regime de bens supletivo permite "golpes" por parte de um cônjuge ou convivente com fins meramente patrimoniais na relação. A incompatibilidade do regime supletivo é ainda mais flagrante na união estável não precedida de contrato particular ou escritura pública, e, na prática, diz respeito a não exigência de outorga uxória ou marital do convivente, agindo esse como se separado fosse.

A outorga uxória⁷ ou marital aqui mencionada são autorizações em que um dos cônjuges permite que o outro pratique determinados atos. Essa autorização se chama outorga uxória, se da mulher ao marido, e outorga marital, se do marido à mulher. Genericamente, pode dizer-se vênica ou outorga conjugal. É o que seria adequado nos casamentos homoafetivos. (FIUZA, 2014, p. 1180)

Bem, e por qual razão deve-se então aplicar a comunhão parcial? A sistemática não se demonstra harmônica e igualitária. Outrossim, o atual regime supletivo também atinge muitos negócios jurídicos e obrigacionais, que por sua vez deixam de ser celebrados ou são indevidamente realizados por estarem adstritos ao intervencionismo estatal no patrimônio da família. Num país de dimensões continentais, particularidades regionais e realidades distintas, quanto menor a intervenção estatal na vida do cidadão e das famílias, maior será a harmonia de suas relações.

Desta feita, exige-se do Estado dispositivos normativos menos invasivos, afim de que se estabeleça maior adequação e compatibilidade da legislação junto aos seus endereçados. Nesse sentido, Maria Berenice Dias *apud* Rodrigo da Cunha Pereira: "É preciso demarcar o limite de intervenção do direito na organização familiar para que as normas estabelecidas não interfiram em prejuízo da liberdade do "ser" sujeito". (DIAS, 2011, p. 30).

Porém, nem sempre o legislador consegue absorver todas as exigências originadas desse cenário, afastando-se da realidade e peccando na produção de regramentos adequados. Sobre essa deficiência, Maria Berenice Dias assevera:

O legislador não consegue acompanhar a realidade social nem contemplar as inquietações da família contemporânea. A sociedade evolui, trans-

⁷ Uxor, em latim, significa esposa.

forma-se, rompe com tradições e amarras, o que gera a necessidade de constante oxigenação das leis. A tendência é simplesmente proceder à atualização normativa, sem absorver o espírito das silenciosas mudanças alcançadas no meio social, o que fortalece a manutenção da conduta de apego à tradição legalista, moralista e opressora da lei. (DIAS, 2011, p. 29).

O raciocínio remete ao comando automático da separação de bens como o mais adequado à família contemporânea, e impõe proposta para que se altere a legislação vigente a fim de modificar o ordenamento jurídico, adequando-o e compatibilizando-o à realidade.

4. DA SEPARAÇÃO DE BENS COMO REGIME SUPLETIVO

No plano do Direito das Famílias, o atual regime de bens supletivo não atende às exigências oriundas aos agrupamentos familiares contemporâneos, não se amoldando a estes. Partindo dessa constatação, a alteração do regime oficial eleito pelo legislador é medida imperiosa para que se instaure o regime da separação de bens como o supletivo regente no silêncio das partes.

A referida modificação implicaria em consequências nos mais diversos terrenos relacionados ao tema, alterando-se disposições quanto ao casamento, à união estável, outros agrupamentos familiares, bem como quanto à sucessão.

4.1 Quanto ao casamento

No que tange ao casamento, dever-se-ia alterar alguns dispositivos diretamente ligados ao instituto em questão, mantendo-se a maioria do disposto na atual legislação, não impactando em maiores intervenções. Todavia, excluir-se-iam outros regramentos que já se encontram em dissonância com a realidade e o texto constitucional, mas que por sua vez não constituem objeto específico da proposta em tela, e por isso não serão aqui pormenorizados.

Retomando-se, o art. 1.640 passaria a dispor que, não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da separação de bens. Manter-se-iam as possibilidades de confecção de pacto antenupcial, nos moldes já estabelecidos e vigentes.

Outra importante consequência da proposta de alteração diz respeito à denominação atualmente que o regime da separação obrigatória recebe. Mormente conhecida como separação legal, deixaria de ser nomeada dessa forma, uma vez que a separação legal passaria a figurar como regime oficial e supletivo, ou seja, no silêncio das partes, vigoraria o regime da separação de bens (não mais a comunhão parcial), mas não o obrigatório, acima mencionado.

Portanto, a fim de não serem confundidos os mencionados institutos, a denominação legal reportar-se-ia apenas ao regime da separação, sendo este agora o oficial e supletivo. Promover-se-ia uma maior adequação do texto civil aos ditames constitucionais, extirpando-se debates de ordem prática atualmente pujantes quanto a constitucionalidade desses institutos, principalmente no que tange aos maiores de 70 anos de idade serem obrigados a se casarem conforme o Estado estabelece, nos termos que exara o artigo 1.641, II.

4.2 Quanto à união estável e homoafetiva

Às uniões de fato se aplica o disposto nos arts. 1.723 a 1.727 do Código Civil. Devidamente reconhecidas como entidades familiares, recebem a tutela jurídica derivada da nova ordem constitucional. Permite-se aos companheiros na união estável que celebrem contrato a fim de que acordem quanto às questões patrimoniais inerentes à relação. Na ausência desse pacto, rege a comunhão parcial de bens.

Ocorre que, conforme já explanado, não há lógica na aplicação desse regime nos casos de ausência de contrato e silêncio entre os companheiros. Dito isto, a proposta em questão afetaria a união estável, de modo a alterar o dispositivo previsto no art. 1.725, para que na ausência de contrato escrito entre os companheiros vigore o regime da separação de bens, não intervindo o Estado na esfera patrimonial dos personagens desse contexto.

Manter-se-iam as possibilidades de confecção de contrato escrito, seja particular ou por meio de escritura pública, em respeito aos regramentos já existentes.

4.3 Quanto a outros agrupamentos familiares

No que diz respeito aos demais agrupamentos familiares, em princípio, não se vislumbra maiores consequências ou modificações, uma vez que as disposições inerentes ao casamento e à união estável disciplinam e orientam os demais arranjos familiares existentes.

O que se verifica é uma menor intervenção estatal na esfera patrimonial dos cidadãos e das famílias, permitindo-se a estes maior mobilidade para tratar dessas questões, exigindo-se cada vez mais um planejamento condizente com a complexidade dos arranjos familiares atuais, mormente dinâmicos e peculiares.

4.4 Quanto à sucessão e os demais diplomas vigentes

Na esfera sucessória, a medida proposta encontra-se em consonância com o disposto na legislação pátria, frise-se, muito pouco didática quanto ao tema. Neste cenário destaca-se o disposto no art. 1.829 do Código Civil, que em seu inciso I diz:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Diante dessa premissa, o que se verifica num primeiro momento é a possibilidade de revogação das disposições contrárias à proposta em foco, qual seja, a de que o regime da separação seja o automático e oficial no silêncio das partes. Quanto aos demais diplomas vigentes, também seriam revogadas as disposições contrárias à modificação proposta, a fim de adequar e compatibilizar todo o ordenamento jurídico ao novo regime supletivo.

Do mesmo modo e principalmente, o Estatuto da Família, ainda em construção, já traria em seu bojo as alterações para que se instaure um novo regime de bens oficial eleito pelo Estado, por meio do legislador, em harmonia com os agrupamentos familiares contemporâneos. Desse modo, construir-se-ia uma legislação mais atual, adequada e compatível aos novos parâmetros sociais.

5. A SEPARAÇÃO DE BENS COMO O REGIME OFICIAL MAIS ADEQUADO E COMPATÍVEL COM A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

De estalo, remete-se ao disposto no texto constitucional que traduz em capítulo próprio, especificamente em seu art. 226, *caput*, a família como a base da sociedade, sendo a ela dispensada proteção especial por parte do Estado. O dispositivo citado deve ser interpretado com cautela, face às particularidades implícitas em seu conteúdo.

Tendo em vista a amplitude do que se considera família na atualidade, ao estabelecê-la como a base da sociedade, deve a prática estatal com intuito protetivo abranger todo e qualquer cidadão que se encontre contextualizado nesse plano, sem discriminações de quaisquer naturezas, sendo imperiosa a produção normativa adequada e compatível.

Dito isto, verifica-se que a separação de bens como regime supletivo oficial é medida que prima pela autonomia da vontade no âmbito da família, desestimulando o litígio patrimonial.

O princípio da autonomia privada, evolução do antigo princípio da autonomia da vontade, consiste na liberdade de as pessoas regularem, através de contratos, seus interesses, respeitados os limites legais. A autonomia privada é a esfera de liberdade em que às pessoas é dado estabelecer normas jurídicas para reger seu próprio comportamento. (FIUZA; OLIVEIRA, 2012).

A alteração de regime proposta não desampara ou desprotege os cônjuges, companheiros ou conviventes, mas sim, os estimula a elaborar um planejamento familiar e sucessório prévios, educando esses personagens, moldando a sociedade.

Com o propósito de medida de justiça, assevera Maria Berenice Dias quanto à separação de bens: "Como ambos os cônjuges devem concorrer para a manutenção da família na proporção de seus bens (CC 1.688), comunicam-se as dívidas ou empréstimos contraídos na compra do necessário à economia doméstica (CC, 1.643e 1.644)." (DIAS, 2011, p. 246). Ou seja, a separação de bens não inibe ou exime o cônjuge de participar na manutenção de sua família.

É o que corrobora Ana Paula Corrêa Patiño, que em sua obra quanto ao direito de família traduz: "Os cônjuges podem, no pacto antenupcial, estipular como cada um irá contribuir para a manutenção do lar. Na falta de convenção, cada cônjuge contribui na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens (CC, art. 1.688)". (PATIÑO, 2012, p. 66).

Desta feita, verificam-se deveres e obrigações dos cônjuges na manutenção da família, independentemente do regime de bens. O mesmo raciocínio se aplica às uniões de fato. Noutra senda, rompido o vínculo conjugal, os debates que por ventura permanecerem quanto às questões patrimoniais restarão amparados por planejamento estratégico, na forma de pactos antenupciais, contratos, escrituras públicas e até mesmo testamentos, instrumentos pouco utilizados atualmente pela sociedade brasileira em razão do regime da comunhão parcial automático que não incentiva o uso dessas ferramentas, e muitas vezes as dispensa.

Outra consequência positiva da alteração proposta diz respeito à desnecessidade de outorga uxória ou marital por parte dos integrantes da família, uma vez que estes manterão sua autonomia e liberdade para realizarem seus negócios, havendo outros institutos já dispostos em lei para que se protejam direitos de terceiros. Nesse mesmo sentido, há mecanismos de proteção daquele familiar que sofre as consequências de eventuais atos praticados em desconformidade com a proteção à família e seus integrantes. É o caso dos instrumentos de contrato, procurações, testamentos, usufrutos, cláusulas específicas de proteção, cessões de direito e de crédito, testamentos, contratos de seguro, dentre outros.

Nesse diapasão, em respeito aos novos preceitos normativos, também seriam estabelecidos divórcios, dissoluções, inventários e partilhas mais céleres e menos litigiosos, já que a alteração em tela prestigia a estruturação patrimonial familiar e sucessória, minimizando os impactos da ruptura do vínculo entre os personagens da família.

Não obstante, manter-se-ia a possibilidade de mutabilidade quanto ao regime de bens, respeitados os requisitos já existentes para promoção dessa medida, pela via judicial. Em termos práticos, fomentar-se-ia a consultoria junto a profissionais da advocacia, não mais para litigância, mas sim, em busca de orientação e consultoria, no intuito de realizar o planejamento familiar e sucessório, uma vez que o debate quanto a essas questões não mais se instalaria como tabu e de difícil e delicada abordagem.

6. CONCLUSÃO

A família contemporânea se caracteriza pela sua mutabilidade e pelas facetas que apresenta, reinventando-se constantemente e exigindo que o regimento pertinente acompanhe esse movimento.

O patriarcalismo não mais constitui a base da família, que teve reconhecida sua natureza plural, assim como a igualdade de seus membros, em todos os contextos e cenários a que estão submetidos.

Em aparente consonância com o diploma constitucional e suas premissas, editou-se o novo Código Civil, trazendo novos institutos a fim de dar proteção ao ser humano de modo abrangente, defendendo a dignidade e primando por direitos no âmbito familiar, cada vez mais complexos e dinâmicos.

Todavia, obsoleta, a legislação civil em vigor manteve o regime da comunhão parcial como o aplicável no silêncio das partes, não levando em consideração todas as hipóteses de constituição de família e seus agentes, apesar de consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres.

A sociedade e seus novos personagens formam novas entidades familiares, cuja intervenção estatal exacerbada não corresponde mais aos anseios e ao melhor tratamento jurídico exigível.

Por todo exposto, o que se verifica atualmente é a inadequação do regime oficial, qual seja, o da comunhão parcial de bens, ao contexto social, além de sua incompatibilidade com a família contemporânea, caracterizada por ser extremamente mutável e suscetível ao intervencionismo estatal.

O Estado, ao eleger a comunhão parcial de bens àqueles que se silenciam quanto ao regime no momento em que se casam, interfere e atinge frontalmente os direitos dos envolvidos em flagrante incompatibilidade com a própria legislação e o contexto social.

O raciocínio remete ao comando automático da separação de bens como o mais adequado à família contemporânea, e impõe proposta para que se altere a legislação vigente a fim de modificar o ordenamento jurídico, adequando-o e compatibilizando-o à realidade.

Tal modificação, em termos práticos, ainda iria fomentar a consultoria junto a profissionais da advocacia, não mais para litigância, mas sim, em busca de orientação e consultoria, no intuito de realizar o planejamento familiar e sucessório, uma vez que, o debate quanto a essas questões não mais se instalaria como tabu, e de difícil e delicada abordagem.

Dito isto, verifica-se que a separação de bens como regime supletivo oficial é medida que prima pela autonomia da vontade no âmbito da família, desestimulando o litígio patrimonial.

Noutra senda, a alteração de regime proposta não desampara ou desprotege os cônjuges, companheiros ou conviventes, mas sim, os estimula a elaborar um planejamento familiar e sucessório prévios, educando esses personagens, moldando a sociedade.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei nº 10.406, de 11 de janeiro de 2002. Institui o código civil. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 março 2014.
- BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2005.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FIUZA; César; OLIVEIRA, Guilherme Abreu Lima de. Principiologia contratual por uma nova compreensão de velhos princípios. In: célia Barbosa Abreu; Roberto Senise Lisboa; Elcio Nacur Rezende. (Org.). *Direito civil*. Florianópolis/Sc: FUNJAB, 2012, v., p.127-151.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PATÍÑO, Ana Paula Corrêa. *Direito civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituição de direito civil*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código Civil da família anotado*. Curitiba: Juruá, 2009.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Direito de Família*. 28. ed. 3. São Paulo: Saraiva, 2006.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito de família*. 10. ed., São Paulo: Método, 2015.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- YOKOHAMA, Izaura Uliana. Os princípios dos regimes de bens no NCC. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 553, 11 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6167>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

Recebido em: 27/11/2015

Aprovado em: 31/01/2016

BREVE ANÁLISE DOS REQUISITOS LEGAIS E NORMATIVOS DESCRITOS NO INSTRUMENTO DE AVALIAÇÃO DE CURSOS DE GRADUAÇÃO PRESENCIAL E A DISTÂNCIA DO INEP/MEC

BRIEF ANALYSIS OF THE LEGAL AND REGULATORY REQUIREMENTS DESCRIBED IN ATTENDANCE UNDERGRADUATE COURSE ASSESSMENT TOOL AND THE DISTANCE FROM INEP / MEC

EMERSON LUIZ DE CASTRO ¹

RESUMO: O estudo pretende relacionar e descrever os requisitos legais e normativos contidos nos instrumentos de avaliação de cursos de graduação presencial do INEP/MEC, elencando suas características e relevância nos processos avaliativos e de atendimento aos referenciais de qualidade da educação superior.

Palavras chave: Direito Educacional. Requisitos Legais e Normativos. INEP/MEC.

ABSTRACT: The study aims to relate and describe the legal and regulatory requirements contained in the assessment tools-campus undergraduate courses INEP/MEC, listing their characteristics and importance in the evaluation processes and compliance with quality references of higher education.

Keywords: Educational Law. Legislative and Regulatory Requirements. INEP / MEC.

¹ Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos/MG. Especialista em Direito de Empresa pela PUC Minas. Especialista em Psicopedagogia pela Universidade FUMEC/MG. Especialista em Gestão Educacional. Coordenador Geral da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Professor. Advogado. E-mail: emersoncastro@newtonpaiva.br

1. INTRODUÇÃO

O Direito Educacional consolida sua área de abrangência a partir da inserção de vários textos normativos para a regulação de aspectos do cotidiano acadêmico sejam referentes às atividades das entidades mantenedoras sejam referentes às atividades das entidades mantidas.

Assim, constituem-se como fontes do Direito Educacional a Constituição Federal, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, as Resoluções do Conselho Nacional de Educação e Conselhos Estaduais de Educação, as Portarias do Ministério da Educação e Secretarias Estaduais de Educação, dentre outras.

Nesse sentido, o próprio instrumento de avaliação² do INEP³/MEC⁴ traz em seu escopo a observação do cumprimento de determinados requisitos legais e normativos, essencialmente regulatórios, como pontos a serem considerados quando das avaliações *in loco* das instituições de educação superior e de seus cursos.

A avaliação considera os requisitos legais e normativos, como atendidos ou não sendo que, os avaliadores fazem apenas o registro do cumprimento ou não do dispositivo legal e normativo por parte da instituição para que o Ministério da Educação, de posse dessa informação, possa tomar as decisões cabíveis abrindo ou não diligências. Cabe ainda ressaltar que pode ser utilizada pelos avaliadores a expressão "não se aplica" dependendo do curso avaliado e dos requisitos legais e normativos.

Portanto, objetiva o presente estudo elencar os requisitos legais e normativos, buscando esclarecer por meio da análise de cada um, suas origens e características, possibilitando que as instituições de educação superior conheçam e dominem a temática dos requisitos e normas legais para uma melhor gestão dos seus processos avaliativos e regulatórios, incluindo-se nessa gestão os documentos norteadores da prática educacional, ou sejam, o Plano de Desenvolvimento Institucional - PDI e o Projeto Pedagógico de Curso - PPC.

2. DIRETRIZES CURRICULARES NACIONAIS⁵

São normas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Educação - CNE que asseguram a flexibilidade, a criatividade e a responsabilidade das IES na elaboração dos Projetos Pedagógicos de seus cursos.

As Diretrizes Curriculares Nacionais têm origem na LDB⁶ e constituem referenciais para as IES na organização de seus programas de formação, permitindo flexibilidade e priorização de áreas de conhecimento na construção dos currículos plenos, possibilitando definir múltiplos perfis profissionais e privilegiando as competências e habilidades a serem desenvolvidas (Parecer CNE/CES 67/2003).

Os currículos dos cursos devem apresentar coerência com as Diretrizes Curriculares Nacionais no que tange à flexibilidade, à interdisciplinaridade e à articulação entre teoria e prática, assim como aos conteúdos obrigatórios, à distribuição da carga horária entre os núcleos de formação geral/básica e profissional, às atividades complementares e às atividades desenvolvidas no campo profissional, não se aplicando, no entanto àqueles cursos que não têm Diretrizes Curriculares Nacionais.

3. DIRETRIZES CURRICULARES DA EDUCAÇÃO BÁSICA⁷

A Resolução CNE/CEB nº 4, de 13 de julho de 2010, definiu as Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais para a Educação Básica, tendo como fundamento o Parecer CNE/CEB nº 7/2010, homologado pelo Ministério da Educação com publicação no DOU em 9 de julho de 2010.

No texto estão explicitadas as Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais para o conjunto orgânico, sequencial e articulado das etapas e modalidades da Educação Básica, baseado no direito de toda pessoa ao seu pleno desenvolvimento, à preparação para o exercício da cidadania e à qualificação para o trabalho, na vivência e convivência em ambiente educativo, e tendo como fundamento a responsabilidade que o Estado brasileiro, a família e a sociedade têm de garantir a democratização do acesso, a inclusão, a permanência e a conclusão com sucesso das crianças, dos jovens e adultos na instituição educacional, a aprendizagem para continuidade dos estudos e a extensão da obrigatoriedade e da gratuidade da Educação Básica.

2 Versão de junho de 2015.

3 Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira.

4 Ministério da Educação.

5 Frauches (2008).

6 Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

7 Resolução CNE/CEB no. 4/2010, com base no Parecer CNE/CEB no. 7/2010, aprovado em 07/04/2010.

4. DIRETRIZES CURRICULARES NACIONAIS PARA EDUCAÇÃO DAS RELAÇÕES ÉTNICO-RACIAIS E PARA O ENSINO DE HISTÓRIA E CULTURA AFRO-BRASILEIRA, AFRICANA E INDÍGENA⁸

A Resolução nº 1, de 17 de junho de 2004, instituiu as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana, com fundamentação no Parecer CNE/CP 3/2004, de 10 de março de 2004, homologado pelo Ministro da Educação em 19 de maio de 2004. Resolve a Resolução citada que:

Art. 1º A presente Resolução institui Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana, **a serem observadas pelas Instituições de ensino, que atuam nos níveis e modalidades da Educação Brasileira** e, em especial, por Instituições que desenvolvem programas de formação inicial e continuada de professores.

§ 1º As Instituições de Ensino Superior incluirão nos conteúdos de disciplinas e atividades curriculares⁹ **dos cursos que ministram, a Educação das Relações Étnico-Raciais, bem como o tratamento de questões e temáticas que dizem respeito aos afrodescendentes, nos termos explicitados no Parecer CNE/CP 3/2004.**

§ 2º O cumprimento das referidas Diretrizes Curriculares, por parte das instituições de ensino, será considerado na avaliação¹⁰ das condições de funcionamento do estabelecimento.

Art. 2º As Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africanas constituem-se de orientações, princípios e fundamentos para o planejamento, execução e avaliação da Educação, e têm por meta, promover a educação de cidadãos atuantes e conscientes no seio da sociedade multicultural e pluriétnica do Brasil, buscando relações étnico-sociais positivas, rumo à construção de nação democrática.

§ 1º A Educação das Relações Étnico-Raciais tem por objetivo a divulgação e produção de conhecimentos, bem como de atitudes, posturas e valores que eduquem cidadãos quanto à pluralidade étnico-racial, tornando-os capazes de interagir e de negociar objetivos comuns que garantam, a todos, respeito aos direitos legais e valorização de identidade, na busca da consolidação da democracia brasileira.

§ 2º O Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana tem por objetivo o reconhecimento e valorização da identidade, história e cultura dos afro-brasileiros, bem como a garantia de reconhecimento e igualdade de valorização das raízes africanas da nação brasileira, ao lado das indígenas, europeias, asiáticas.

§ 3º Caberá aos conselhos de Educação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios desenvolver as Diretrizes Curriculares Nacionais instituídas por esta Resolução, dentro do regime de colaboração e da autonomia de entes federativos e seus respectivos sistemas.

Art. 3º A Educação das Relações Étnico-Raciais e o estudo de História e Cultura Afro Brasileira, e História e Cultura Africana será desenvolvida por meio de conteúdos, competências, atitudes e valores, a serem estabelecidos pelas Instituições de ensino e seus professores, com o apoio e supervisão dos sistemas de ensino, entidades mantenedoras e coordenações pedagógicas, atendidas as indicações, recomendações e diretrizes explicitadas no Parecer CNE/CP 003/2004.

§ 1º Os sistemas de ensino e as entidades mantenedoras incentivarão e criarão condições materiais e financeiras, assim como proverão as escolas, professores e alunos, de material bibliográfico e de outros materiais didáticos necessários para a educação tratada no "caput" deste artigo.

§ 2º As coordenações pedagógicas promoverão o aprofundamento de estudos, para que os professores concebam e desenvolvam unidades de estudos, projetos e programas, abrangendo os diferentes componentes curriculares.

§ 3º O ensino sistemático de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana na Educação Básica, nos termos da Lei 10.639/2003, refere-se, em especial, aos componentes curriculares de Educação Artística, Literatura e História do Brasil.

§ 4º Os sistemas de ensino incentivarão pesquisas sobre processos educativos orientados por valores, visões de mundo, conhecimentos afro-brasileiros, ao lado de pesquisas de mesma natureza junto aos povos indígenas, com o objetivo de ampliação e fortalecimento de bases teóricas para a educação brasileira.

Art. 4º Os sistemas e os estabelecimentos de ensino poderão estabelecer **canais de comunicação**¹¹ com grupos do Movimento Negro, grupos culturais negros, instituições formadoras de professores, núcleos de estudos e pesquisas, como os Núcleos de Estudos Afro-Brasileiros, com a finalidade de buscar subsídios e trocar experiências para planos institucionais, planos pedagógicos e projetos de ensino.

Art. 5º Os sistemas de ensino tomarão providências no sentido de garantir o direito de alunos afrodescendentes de frequentarem estabelecimentos de ensino de qualidade, que contenham instalações e equipamentos sólidos e atualizados, em cursos ministrados por professores competentes no domínio de conteúdos de ensino e comprometidos com a educação de negros e não negros, sendo capazes de corrigir posturas, atitudes, palavras que impliquem desrespeito e discriminação.

⁸ A Resolução CNE/CP 1/2004, fundamentada no parecer CNE/CP 3/2004, aborda o tema para todos os níveis e modalidades da educação brasileira, incluindo a graduação e pós-graduação.

⁹ Neste sentido vemos a possibilidade, além de conteúdos de disciplinas, de projetos/cursos de extensão, atividades complementares, visitas técnicas, projetos de pesquisa.

¹⁰ Motivo da inclusão como requisito legal.

¹¹ Possibilidade de termos de cooperação e desenvolvimento de atividades conjuntas.

Art. 6º Os órgãos colegiados¹² dos estabelecimentos de ensino, em suas finalidades, responsabilidades e tarefas, incluirão o previsto, o exame e encaminhamento de solução para situações de discriminação, buscando-se criar situações educativas para o reconhecimento, valorização e respeito da diversidade.

§ Único: Os casos que caracterizem racismo serão tratados como crimes imprescritíveis e inafiançáveis, conforme prevê o Art. 5º, XLII da Constituição Federal de 1988.

Art. 7º Os sistemas de ensino orientarão e supervisionarão a elaboração e edição de livros e outros materiais didáticos, em atendimento ao disposto no Parecer CNE/CP 3/2004.

Art. 8º Os sistemas de ensino promoverão ampla divulgação do Parecer CNE/CP 003/2004 e dessa Resolução, em atividades periódicas, com a participação das redes das escolas públicas e privadas, de exposição, avaliação e divulgação dos êxitos e dificuldades do ensino e aprendizagens de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana e da Educação das Relações Étnico-Raciais.

§ 1º Os resultados obtidos com as atividades mencionadas no caput deste artigo serão comunicados de forma detalhada ao Ministério da Educação, à Secretaria Especial de Promoção da Igualdade Racial, ao Conselho Nacional de Educação e aos respectivos Conselhos Estaduais e Municipais de Educação, para que encaminhem providências, que forem requeridas.

5. DIRETRIZES NACIONAIS PARA A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS ¹³

A Resolução nº 1, de 30 de maio de 2012, com fundamento no Parecer CNE/CP 8/2012, estabeleceu as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos.

A presente Resolução levou em consideração o que dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Declaração das Nações Unidas sobre a Educação e Formação em Direitos Humanos (Resolução A/66/137/2011), a Constituição Federal de 1988, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996), o Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos (PMEDH 2005/2014), o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3/Decreto nº 7.037/2009), o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNE-DH/2006) e as diretrizes nacionais emanadas pelo Conselho Nacional de Educação, bem como outros documentos nacionais e internacionais que visem assegurar o direito à educação a todos(as).

O texto regulamenta que:

Art. 1º A presente Resolução estabelece as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos (EDH) a serem observadas pelos sistemas de ensino e suas instituições.

Art. 2º A Educação em Direitos Humanos, um dos eixos fundamentais do direito à educação, refere-se ao uso de concepções e práticas educativas fundadas nos Direitos Humanos e em seus processos de promoção, proteção, defesa e aplicação na vida cotidiana e cidadã de sujeitos de direitos e de responsabilidades individuais e coletivas.

§ 1º Os Direitos Humanos, internacionalmente reconhecidos como um conjunto de direitos civis, políticos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sejam eles individuais, coletivos, transindividuais ou difusos, referem-se à necessidade de igualdade e de defesa da dignidade humana.

§ 2º Aos sistemas de ensino e suas instituições cabe a efetivação da Educação em Direitos Humanos, implicando a adoção sistemática dessas diretrizes por todos(as) os(as) envolvidos(as) nos processos educacionais.

Art. 3º A Educação em Direitos Humanos, com a finalidade de promover a educação para a mudança e a transformação social, fundamenta-se nos seguintes princípios:

- I - dignidade humana;
- II - igualdade de direitos;
- III - reconhecimento e valorização das diferenças e das diversidades;
- IV - laicidade do Estado;
- V - democracia na educação;
- VI - transversalidade, vivência e globalidade;
- VII - sustentabilidade socioambiental.

Art. 4º A Educação em Direitos Humanos como processo sistemático e multidimensional, orientador da formação integral dos sujeitos de direitos, articula-se às seguintes dimensões:

¹² Quando se cita órgãos colegiados podemos deduzir o Conselho Superior, Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão, Colegiados de Curso e Núcleos Docentes Estruturantes. Mas a forma disso ser sistematizada seria dentro do Regimento Geral ou Interno especificando as situações providências a serem tomadas.

¹³ Parecer CNE/CP nº. 8/2012 que originou a Resolução CNE/CP no. 1, de 30/05/2012.

- I - apreensão de conhecimentos historicamente construídos sobre direitos humanos e a sua relação com os contextos internacional, nacional e local;
- II - afirmação de valores, atitudes e práticas sociais que expressem a cultura dos direitos humanos em todos os espaços da sociedade;
- III - formação de uma consciência cidadã capaz de se fazer presente em níveis cognitivo, social, cultural e político;
- IV - desenvolvimento de processos metodológicos participativos e de construção coletiva, utilizando linguagens e materiais didáticos contextualizados;
- V - fortalecimento de práticas individuais e sociais que gerem ações e instrumentos em favor da promoção, da proteção e da defesa dos direitos humanos, bem como da reparação das diferentes formas de violação de direitos.

Art. 5º A Educação em Direitos Humanos tem como objetivo central a formação para a vida e para a convivência, no exercício cotidiano dos Direitos Humanos como forma de vida e de organização social, política, econômica e cultural nos níveis regionais, nacionais e planetário.

§ 1º Este objetivo deverá orientar os sistemas de ensino e suas instituições no que se refere ao planejamento e ao desenvolvimento de ações de Educação em Direitos Humanos adequadas às necessidades, às características biopsicossociais e culturais dos diferentes sujeitos e seus contextos.

§ 2º Os Conselhos de Educação definirão estratégias de acompanhamento das ações de Educação em Direitos Humanos.

Art. 6º A Educação em Direitos Humanos, de modo transversal, deverá ser considerada na construção dos Projetos Político Pedagógicos (PPP), dos Regimentos Escolares, dos Planos de Desenvolvimento Institucionais (PDI), dos Programas Pedagógicos de Curso (PPC) das Instituições de Educação Superior, dos materiais didáticos e pedagógicos, do modelo de ensino, pesquisa e extensão, de gestão, bem como dos diferentes processos de avaliação.

Art. 7º A inserção dos conhecimentos concernentes à Educação em Direitos Humanos na organização dos currículos da Educação Básica e da **Educação Superior** poderá ocorrer das seguintes formas:

- I - pela transversalidade, por meio de temas relacionados aos Direitos Humanos e tratados interdisciplinarmente;
- II - como um conteúdo específico de uma das disciplinas já existentes no currículo escolar;
- III - de maneira mista, ou seja, combinando transversalidade e disciplinaridade.

Parágrafo único. Outras formas de inserção da Educação em Direitos Humanos poderão ainda ser admitidas na organização curricular das instituições educativas desde que observadas as especificidades dos níveis e modalidades da Educação Nacional.

Art. 8º A Educação em Direitos Humanos deverá orientar a formação inicial e continuada de todos(as) os(as) profissionais da educação, sendo componente curricular obrigatório nos cursos destinados a esses profissionais.

Art. 9º A Educação em Direitos Humanos deverá estar presente na formação inicial e continuada de todos(as) os(as) profissionais das diferentes áreas do conhecimento.

Art. 10 Os sistemas de ensino e as instituições de pesquisa deverão fomentar e divulgar estudos e experiências bem sucedidas realizados na área dos Direitos Humanos e da Educação em Direitos Humanos.

Art. 11 Os sistemas de ensino deverão criar políticas de produção de materiais didáticos e paradidáticos, tendo como princípios orientadores os Direitos Humanos e, por extensão, a Educação em Direitos Humanos.

Art. 12 As Instituições de Educação Superior estimularão ações de extensão voltadas para a promoção de Direitos Humanos, em diálogo com os segmentos sociais em situação de exclusão social e violação de direitos, assim como com os movimentos sociais e a gestão pública.

6. PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA¹⁴

A Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012, instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista e alterou o § 3º do Art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

O texto normativo assim define:

Art. 1º Esta Lei institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista e estabelece diretrizes para sua consecução.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, é considerada pessoa com transtorno do espectro autista aquela portadora de síndrome clínica caracterizada na forma dos seguintes incisos I ou II:

¹⁴ Lei no. 12.764 de 27/09/2012.

I - deficiência persistente e clinicamente significativa da comunicação e da interação sociais, manifestada por deficiência marcada de comunicação verbal e não verbal usada para interação social; ausência de reciprocidade social; falência em desenvolver e manter relações apropriadas ao seu nível de desenvolvimento;

II - padrões restritivos e repetitivos de comportamentos, interesses e atividades, manifestados por comportamentos motores ou verbais estereotipados ou por comportamentos sensoriais incomuns; excessiva aderência a rotinas e padrões de comportamento ritualizados; interesses restritos e fixos.

§ 2º A pessoa com transtorno do espectro autista é considerada pessoa com deficiência, para todos os efeitos legais.

Art. 2º São diretrizes da Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista:

I - a intersetorialidade no desenvolvimento das ações e das políticas e no atendimento à pessoa com transtorno do espectro autista;

II - a participação da comunidade na formulação de políticas públicas voltadas para as pessoas com transtorno do espectro autista e o controle social da sua implantação, acompanhamento e avaliação;

III - a atenção integral às necessidades de saúde da pessoa com transtorno do espectro autista, objetivando o diagnóstico precoce, o atendimento multiprofissional e o acesso a medicamentos e nutrientes;

IV - (VETADO);

V - o estímulo à inserção da pessoa com transtorno do espectro autista no mercado de trabalho, observadas as peculiaridades da deficiência e as disposições da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

VI - a responsabilidade do poder público quanto à informação pública relativa ao transtorno e suas implicações;

VII - o incentivo à formação e à capacitação de profissionais especializados no atendimento à pessoa com transtorno do espectro autista, bem como a pais e responsáveis;

VIII - o estímulo à pesquisa científica, com prioridade para estudos epidemiológicos tendentes a dimensionar a magnitude e as características do problema relativo ao transtorno do espectro autista no País.

Parágrafo único. Para cumprimento das diretrizes de que trata este artigo, o poder público poderá firmar contrato de direito público ou convênio com pessoas jurídicas de direito privado.

Art. 3º São direitos da pessoa com transtorno do espectro autista:

I - a vida digna, a integridade física e moral, o livre desenvolvimento da personalidade, a segurança e o lazer;

II - a proteção contra qualquer forma de abuso e exploração;

III - o acesso a ações e serviços de saúde, com vistas à atenção integral às suas necessidades de saúde, incluindo:

a) o diagnóstico precoce, ainda que não definitivo;

b) o atendimento multiprofissional;

c) a nutrição adequada e a terapia nutricional;

d) os medicamentos;

e) informações que auxiliem no diagnóstico e no tratamento;

IV - o acesso:

a) à educação e ao ensino profissionalizante;

b) à moradia, inclusive à residência protegida;

c) ao mercado de trabalho;

d) à previdência social e à assistência social.

Parágrafo único. *Em casos de comprovada necessidade, a pessoa com transtorno do espectro autista incluída nas classes comuns de ensino regular, nos termos do inciso IV do art. 2º, terá direito a acompanhante especializado.*

Art. 4º A pessoa com transtorno do espectro autista não será submetida a tratamento desumano ou degradante, não será privada de sua liberdade ou do convívio familiar nem sofrerá discriminação por motivo da deficiência.

Parágrafo único. Nos casos de necessidade de internação médica em unidades especializadas, observar-se-á o que dispõe o art. 4º da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001.

Art. 5º A pessoa com transtorno do espectro autista não será impedida de participar de planos privados de assistência à saúde em razão de sua condição de pessoa com deficiência, conforme dispõe o art. 14 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.

Art. 6º (VETADO).

Art. 7º O gestor escolar, ou autoridade competente, que recusar a matrícula de aluno com transtorno do espectro autista, ou qualquer outro tipo de deficiência, será punido com multa de 3 (três) a 20 (vinte) salários-mínimos.

§ 1º Em caso de reincidência, apurada por processo administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa, haverá a perda do cargo.

§ 2º (VETADO).

7. TITULAÇÃO DO CORPO DOCENTE¹⁵

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional determina em seu Art. 66 que:

A preparação para o exercício do magistério superior far-se-á em nível de pós-graduação, prioritariamente em programas de mestrado e doutorado.

Parágrafo único. O notório saber, reconhecido por universidade com curso de doutorado em área afim, poderá suprir a exigência de título acadêmico.

Nesse sentido, a titulação do corpo docente deverá observar a classificação de professores com títulos de especialistas, obtidos em cursos de pós-graduação *lato sensu*, de mestres, obtidos em programas pós graduação *stricto sensu*, de mestrado acadêmico ou profissional, e de doutorado. É também facultada a utilização de título de notório saber, expedido por universidade com curso de doutorado. Nos instrumentos de avaliação estabelece-se critérios de classificação quanto ao percentual de docentes com titulação obtida em cursos de pós-graduação *stricto sensu*. Importante ressaltar a obtenção de títulos em programas internacionais, cujos diplomas não tenham obtido a convalidação/validação em instituições nacionais, que não a tendo, não terão validade.

Outro aspecto importante quanto à titulação, é o que trata do percentual de mestres e doutores mínimo para que a instituição de educação superior se torne uma Universidade, ou Centro Universitário.

Para se tornar uma universidade a LDB determina que:

Art. 52. As universidades são instituições pluridisciplinares de formação dos quadros profissionais de nível superior, de pesquisa, de extensão e de domínio e cultivo do saber humano, que se caracterizam por:

II - um terço do corpo docente, pelo menos, com titulação acadêmica de mestrado ou doutorado;

Ainda, com relação à titulação do corpo docente a Resolução nº 1, de 17 de junho de 2010 do CONAES, que trata da formação do Núcleo Docente Estruturante - NDE impõe:

Art. 3º As instituições de educação superior, por meio dos seus colegiados superiores, devem definir as atribuições e os critérios de constituição do NDE, atendidos, no mínimo, os seguintes:

II - ter pelo menos 60% de seus membros com titulação acadêmica obtida em programas de pós-graduação *stricto sensu*.

8. NÚCLEO DOCENTE ESTRUTURANTE¹⁶

O Parecer nº 4, de 17 de junho de 2010, do CONAES, entende *que todo curso que tem qualidade possui (ainda que informalmente) um grupo de professores que, poder-se-ia dizer, é a alma do curso. Em outras palavras, trata-se de um núcleo docente estruturante.*

Por isso a Resolução nº 01, de 17 de junho de 2010, do CONAES, normatizou o Núcleo Docente Estruturante, da seguinte forma:

Art. 1º O Núcleo Docente Estruturante (NDE) de um curso de graduação constitui-se de um grupo de docentes, com atribuições acadêmicas de acompanhamento, atuante no processo de concepção, consolidação e contínua atualização do projeto pedagógico do curso.

Parágrafo único. O NDE deve ser constituído por membros do corpo docente do curso, que exerçam liderança acadêmica no âmbito do mesmo, percebida na produção de conhecimentos na área, no desenvolvimento do ensino, e em outras dimensões entendidas como importantes pela instituição, e que atuem sobre o desenvolvimento do curso.

Art. 2º São atribuições do Núcleo Docente Estruturante, entre outras:

I - contribuir para a consolidação do perfil profissional do egresso do curso;

II - zelar pela integração curricular interdisciplinar entre as diferentes atividades de ensino constantes no currículo;

III - indicar formas de incentivo ao desenvolvimento de linhas de pesquisa e extensão, oriundas de necessidades da graduação, de exigências do mercado de trabalho e afinadas com as políticas públicas relativas à área de conhecimento do curso;

IV - zelar pelo cumprimento das Diretrizes Curriculares Nacionais para os Cursos de Graduação.

Art. 3º As instituições de educação superior, por meio dos seus colegiados superiores, devem definir as atribuições e os critérios de constituição do NDE, atendidos, no mínimo, os seguintes:

I - ser constituído por um mínimo de 5 professores pertencentes ao corpo docente do curso;

II - ter pelo menos 60% de seus membros com titulação acadêmica obtida em programas de pós-graduação *stricto sensu*;

¹⁵ Art. 66 da Lei nº 9.394/96.

¹⁶ Resolução no. 1 de 17/06/2010, da Comissão Nacional de Avaliação da educação Superior – CONAES, com base no Parecer no. 4 de 17/06/2010 também do CONAES.

- III - ter todos os membros em regime de trabalho de tempo parcial ou integral, sendo pelo menos 20% em tempo integral;
- IV - assegurar estratégia de renovação parcial dos integrantes do NDE de modo a assegurar continuidade no processo de acompanhamento do curso.

9. DENOMINAÇÃO DOS CURSOS SUPERIORES DE TECNOLOGIA¹⁷

A Portaria Normativa nº 12, de 14 de agosto de 2006, dispõe sobre a adequação da denominação dos cursos superiores de tecnologia ao Catálogo Nacional de Cursos Superiores de Tecnologia, nos termos do Art. 71, §1º e 2º, do Decreto nº 5.773, de 2006.

O texto determina:

Art. 1º - As instituições que ofertem cursos superiores de tecnologia terão prazo de sessenta dias, a contar da publicação desta Portaria, para requerer o aditamento dos atos de autorização, de reconhecimento ou renovação de reconhecimento, adequando sua denominação à constante do Catálogo Nacional dos Cursos Superiores de Tecnologia, aprovado, em extrato, pela Portaria nº 10, de 28 de julho de 2006, publicada no Diário Oficial da União de 31 de julho de 2006, seção 1, página 12.

§ 1º - A alteração da denominação é facultativa para os cursos autorizados ou reconhecidos até a data da edição da Portaria nº 10, de 28 de julho de 2006, nos termos do Art. 71, § 1º do Decreto 5.773, de 2006.

§ 2º - As instituições que possuam pedidos de autorização ou reconhecimento em trâmite nos órgãos do MEC deverão requerer a adequação da denominação, na forma do caput, ou alternativamente, a oferta em caráter experimental, nos termos do art. 81 da Lei nº 9.394, de 1996, combinado com o Art. 44, III, do Decreto nº 5.773, de 2006.

Art. 2º - Recebido o pedido de que trata o caput do Art. 1º, a SETEC, dentro do prazo de 30 dias, preparará o aditamento à portaria de autorização ou reconhecimento em vigor, a ser firmada pelo Secretário de Educação Profissional e Tecnológica, tendo em vista a competência outorgada pelo Art. 5º, § 3º, inciso II, combinado com o Art. 44 do Decreto 5.773, de 2006.

Art. 3º - As instituições de educação superior deverão promover as adequações ao projeto pedagógico, em decorrência da alteração da denominação do curso, bem como a eventual complementação de carga horária, garantindo a manutenção dos padrões de qualidade.

§ 1º - As instituições cujos cursos tiverem suas denominações alteradas deverão assegurar aos estudantes regularmente matriculados o direito à conclusão de seu curso, conforme o projeto pedagógico vigente anteriormente à adesão ao Catálogo, pelo prazo correspondente à duração do curso.

§ 2º - Poderá ser facultada aos estudantes regularmente matriculados a opção pela nova denominação de curso, com respectivo projeto pedagógico, decorrente da adesão ao Catálogo.

10. CARGA HORÁRIA MÍNIMA, EM HORAS PARA CURSOS SUPERIORES DE TECNOLOGIA¹⁸

A carga horária mínima, em horas, dos cursos superiores de tecnologias, está definida no Catálogo Nacional de Cursos Superiores de Tecnologia disponíveis no site eletrônico do MEC.

11. CARGA HORÁRIA MÍNIMA, EM HORAS PARA BACHARELADOS E LICENCIATURAS¹⁹

A Resolução nº 2, de 18 de junho de 2007, dispõe sobre carga horária mínima e procedimentos relativos à integralização e duração dos cursos de graduação, bacharelados, na modalidade presencial, cuja operacionalização do cumprimento de duração dos mesmos ficaram instituídas na forma do Parecer CNE/CES nº 8/2007.

Os estágios e atividades complementares dos cursos de graduação, bacharelados, na modalidade presencial, não deverão exceder a 20% (vinte por cento) da carga horária total do curso, salvo nos casos de determinações legais em contrário.

As instituições de educação superior deverão fixar os tempos mínimos e máximos de integralização curricular por curso, bem como sua duração, tomando por base as seguintes orientações:

I - a carga horária total dos cursos, ofertados sob regime seriado, por sistema de crédito ou por módulos acadêmicos, atendidos os tempos letivos fixados na Lei nº 9.394/96, deverá ser dimensionada em, no mínimo, 200 (duzentos) dias de trabalho acadêmico efetivo;

II - a duração dos cursos deve ser estabelecida por carga horária total curricular, contabilizada em horas, passando a constar do respectivo Projeto Pedagógico;

¹⁷ Portaria Normativa 12/2006.

¹⁸ Portaria 10 de 28/07/2006, Portaria 1.024 de 11/05/2006 e Resolução CNE/CP 3 de 18/12/2002.

¹⁹ Resolução CNE/CES 02/2007 (Graduação, Bacharelado Presencial), Resolução CNE/CES 04/2009 (Área de Saúde, Bacharelado, Presencial), Resolução CNE/CP 1/2015 (Licenciaturas), Resolução CNE/CP 1/2006 (Pedagogia), Resolução CNE/CP 1/2011 (Letras).

III - os limites de integralização dos cursos devem ser fixados com base na carga horária total, computada nos respectivos Projetos Pedagógicos dos Cursos, observados os limites estabelecidos nos exercícios e cenários apresentados no Parecer CNE/CES nº 8/2007.

A Resolução nº 4, de 6 de abril de 2009, dispõe sobre carga horária mínima e procedimentos relativos à integralização e duração dos cursos de graduação em Biomedicina, Ciências Biológicas, Educação Física, Enfermagem, Farmácia, Fisioterapia, Fonoaudiologia, Nutrição e Terapia Ocupacional, bacharelados, na modalidade presencial, sendo que os estágios e as atividades complementares desses cursos de graduação não deverão exceder a 20% (vinte por cento) da carga horária total do curso, salvo nos casos de determinações específicas contidas nas respectivas Diretrizes Curriculares.

A Resolução nº 2, de 01 de julho de 2015, define as Diretrizes Curriculares Nacionais para a formação inicial e continuada em nível superior de profissionais do magistério para a Educação Básica, definindo princípios, fundamentos, dinâmica formativa e procedimentos a serem observados nas políticas, na gestão e nos programas e cursos de formação, bem como no planejamento, nos processos de avaliação e de regulação das instituições de educação que as ofertam, definindo que:

Art. 13 Os cursos de formação inicial de professores para a educação básica em nível superior, em cursos de licenciatura, organizados em áreas especializadas, por componente curricular ou por campo de conhecimento e/ou interdisciplinar, considerando-se a complexidade e multirreferencialidade dos estudos que os englobam, bem como a formação para o exercício integrado e indissociável da docência na educação básica, incluindo o ensino e a gestão educacional, e dos processos educativos escolares e não escolares, da produção e difusão do conhecimento científico, tecnológico e educacional, estruturam-se por meio da garantia de base comum nacional das orientações curriculares.

§ 1º Os cursos de que trata o caput terão, no mínimo, 3.200 (três mil e duzentas) horas de efetivo trabalho acadêmico, em cursos com duração de, no mínimo, 8 (oito) semestres ou 4 (quatro) anos, compreendendo:

I - 400 (quatrocentas) horas de prática como componente curricular, distribuídas ao longo do processo formativo;

II - 400 (quatrocentas) horas dedicadas ao estágio supervisionado, na área de formação e atuação na educação básica, contemplando também outras áreas específicas, se for o caso, conforme o projeto de curso da instituição;

III - pelo menos 2.200 (duas mil e duzentas) horas dedicadas às atividades formativas estruturadas pelos núcleos definidos nos incisos I e II do Art. 12 da Resolução, conforme o projeto de curso da instituição;

IV - 200 (duzentas) horas de atividades teórico-práticas de aprofundamento em áreas específicas de interesse dos estudantes, conforme núcleo definido no inciso III do Art. 12 da Resolução, por meio da iniciação científica, da iniciação à docência, da extensão e da monitoria, entre outras, consoante o projeto de curso da instituição.

Os portadores de diploma de licenciatura com exercício comprovado no magistério e exercendo atividade docente regular na Educação Básica poderão ter redução da carga horária do estágio curricular supervisionado até o máximo de 100 (cem) horas.

12. TEMPO DE INTEGRALIZAÇÃO ²⁰

A Resolução nº 2, de 18 de junho de 2007, dispõe sobre carga horária mínima e procedimentos relativos à integralização e duração dos cursos de graduação, bacharelados, na modalidade presencial.

Já a Resolução nº 4, de 6 de abril de 2009 dispõe sobre carga horária mínima e procedimentos relativos à integralização e duração dos cursos de graduação em Biomedicina, Ciências Biológicas, Educação Física, Enfermagem, Farmácia, Fisioterapia, Fonoaudiologia, Nutrição e Terapia Ocupacional, bacharelados, na modalidade presencial.

E ainda, a Resolução nº 2, de 01 de julho de 2015 instituiu a duração e a carga horária dos cursos para a formação inicial em nível superior (cursos de licenciatura, cursos de formação pedagógica para graduados e cursos de segunda licenciatura) e para a formação continuada.

13. CONDIÇÕES DE ACESSIBILIDADE PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA OU MOBILIDADE REDUZIDA ²¹

Para garantir a acessibilidade a IES deve verificar as seguintes modalidades de acessibilidade:

i. Acessibilidade arquitetônica - Condição para utilização, com segurança e autonomia, total ou assistida, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos serviços de transporte e dos dispositivos, sistemas e meios de comunicação e informação, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida (Art. 8º, Decreto nº 5.296/04, Lei 10.098/00).

ii. Acessibilidade atitudinal - Refere-se à percepção do outro sem preconceitos, estigmas, estereótipos e discriminações. Todos os demais tipos de acessibilidade estão relacionados a essa, pois é a atitude da pessoa que impulsiona a remoção de barreiras.

²⁰ Resolução CNE/CES 02/2007 (Graduação, Bacharelado, Presencial), Resolução CNE/CP 2/2002 (Licenciaturas).

²¹ Conforme disposto na CRF/88, art. 205, 206 e 208, na NBR 9050/2004, da ABNT, na Lei 10.098/2000, nos Decretos 5.296/2004, 6.949/2009, 7.611/2011 e na Portaria 3.284/2003.

iii. **Acessibilidade pedagógica** - Ausência de barreiras nas metodologias e técnicas de estudo. Está relacionada diretamente à concepção subjacente à atuação docente: a forma como os professores concebem conhecimento, aprendizagem, avaliação e inclusão educacional irá determinar, ou não, a remoção das barreiras pedagógicas.

iv. **Acessibilidade nas comunicações** - Eliminação de barreiras na comunicação interpessoal (face a face, língua de sinais), escrita (jornal, revista, livro, carta, apostila etc.), incluindo textos em Braille, grafia ampliada, uso do computador portátil e virtual (acessibilidade digital).

v. **Acessibilidade digital** - Direito de eliminação de barreiras na disponibilidade de comunicação, de acesso físico, de tecnologias assistivas, compreendendo equipamentos e programas adequados, de conteúdo e apresentação da informação em formatos alternativos.

14. DISCIPLINA DE LIBRAS²²

O Decreto nº 5.626 de 22 de dezembro de 2005 regulamenta a Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002, e o Art. 18 da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, considerando como pessoa surda aquela que, por ter perda auditiva, compreende e interage com o mundo por meio de experiências visuais, manifestando sua cultura principalmente pelo uso da Língua Brasileira de Sinais - Libras.

Considera, ainda, como deficiência auditiva a perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz e inclui a LIBRAS como disciplina curricular.

O Art. 3º determina que a disciplina Libras deve ser inserida como disciplina **curricular obrigatória** nos cursos de formação de professores para o exercício do magistério, em nível médio e superior, e nos cursos de Fonoaudiologia, de instituições de ensino, públicas e privadas, do sistema federal de ensino e dos sistemas de ensino dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Já nos cursos da educação superior²³ e na educação profissional a disciplina Libras constitui-se em disciplina curricular optativa, porém obrigatória na estrutura curricular.

15. PREVALÊNCIA DE AVALIAÇÃO PRESENCIAL PARA EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA²⁴

Caracteriza-se a educação a distância como modalidade educacional na qual a mediação didático-pedagógica nos processos de ensino e aprendizagem ocorre com a utilização de meios e tecnologias de informação e comunicação, com estudantes e professores desenvolvendo atividades educativas em lugares ou tempos diversos.

Segundo a legislação vigente, a educação a distância organiza-se segundo metodologia, gestão e avaliação peculiares, para as quais deverá estar prevista a obrigatoriedade de momentos presenciais para avaliações de estudantes, dentre outros.

A avaliação do desempenho do estudante para fins de promoção, conclusão de estudos e obtenção de diplomas ou certificados dar-se-á no processo, mediante:

I - cumprimento das atividades programadas; e

II - realização de exames presenciais, sendo estes elaborados pela própria instituição de ensino credenciada, segundo procedimentos e critérios definidos no projeto pedagógico do curso ou programa, sendo que seus resultados **devem prevalecer** sobre os demais resultados obtidos em quaisquer outras formas de avaliação a distância.

16. INFORMAÇÕES ACADÊMICAS²⁵

Na LDB, no Art. 47²⁶ e incisos temos a indicação de conteúdo e a forma que compõem as informações acadêmicas, tal como:

Art. 47 Na educação superior, o ano letivo regular, independente do ano civil, tem, no mínimo, duzentos dias de trabalho acadêmico efetivo, excluído o tempo reservado aos exames finais, quando houver.

§ 1º As instituições informarão aos interessados, antes de cada período letivo, os programas dos cursos e demais componentes curriculares, sua duração, requisitos, qualificação dos professores, recursos disponíveis e critérios de avaliação, obrigando-se a cumprir as respectivas condições, e a publicação deve ser feita, sendo as 3 (três) primeiras formas concomitantemente:

I - em página específica na internet no sítio eletrônico oficial da instituição de ensino superior, obedecido o seguinte:

a) toda publicação a que se refere esta Lei deve ter como título "Grade e Corpo Docente";

b) a página principal da instituição de ensino superior, bem como a página da oferta de seus cursos aos ingressantes sob a forma de vestibulares, processo seletivo e outras com a mesma finalidade, deve conter a ligação desta com a página específica prevista neste inciso;

22 Decreto no. 5.626 de 22/12/2005.

23 Deve-se avaliar se há obrigação de inclusão da disciplina LIBRAS como disciplina optativa, também nos cursos de pós-graduação, uma vez integrarem a educação superior.

24 Dec. 5626/2005, art. 4, inciso II, parágrafo 2.

25 Portaria Normativa 40 de 12/12/2007, alterada pela Portaria Normativa MEC 23 de 01/12/2010, publicada em 29/12/2010.

26 Alterado pela lei nº 13.168, de 2015.

- c) caso a instituição de ensino superior não possua sítio eletrônico, deve criar página específica para divulgação das informações de que trata esta Lei;
- d) a página específica deve conter a data completa de sua última atualização;
- II - em toda propaganda eletrônica da instituição de ensino superior, por meio de ligação para a página referida no inciso I;
- III - em local visível da instituição de ensino superior e de fácil acesso ao público;
- IV - deve ser atualizada semestralmente ou anualmente, de acordo com a duração das disciplinas de cada curso oferecido, observando o seguinte:
 - a) caso o curso mantenha disciplinas com duração diferenciada, a publicação deve ser semestral;
 - b) a publicação deve ser feita até 1 (um) mês antes do início das aulas;
 - c) caso haja mudança na grade do curso ou no corpo docente até o início das aulas, os alunos devem ser comunicados sobre as alterações
- V - deve conter as seguintes informações:
 - a) a lista de todos os cursos oferecidos pela instituição de ensino superior;
 - b) a lista das disciplinas que compõem a grade curricular de cada curso e as respectivas cargas horárias;
 - c) a identificação dos docentes que ministrarão as aulas em cada curso, as disciplinas que efetivamente ministrará naquele curso ou cursos, sua titulação, abrangendo a qualificação profissional do docente e o tempo de casa do docente, de forma total, contínua ou intermitente.

A Portaria Normativa nº 40, de 12 de dezembro de 2007, em seu Art. 32, estabelece que as instituições com cursos autorizados devem informar:

Art 32. Após a autorização do curso, a instituição compromete-se a observar, no mínimo, o padrão de qualidade e as condições em que se deu a autorização, as quais serão verificadas por ocasião do reconhecimento e das renovações de reconhecimento.

§ 1º A instituição deverá afixar em local visível junto à Secretaria de alunos, as condições de oferta do curso, informando especificamente o seguinte:

- I - ato autorizativo expedido pelo MEC, com a data de publicação no Diário Oficial da União;
 - II - dirigentes da instituição e coordenador de curso efetivamente em exercício;
 - III - relação dos professores que integram o corpo docente do curso, com a respectiva formação, titulação e regime de trabalho;
 - IV - matriz curricular do curso;
 - V - resultados obtidos nas últimas avaliações realizadas pelo Ministério da Educação, quando houver;
 - VI - valor corrente dos encargos financeiros a serem assumidos pelos alunos, incluindo mensalidades, taxas de matrícula e respectivos reajustes e todos os ônus incidentes sobre a atividade educacional.
- § 2º A instituição manterá em página eletrônica própria, e também na biblioteca, para consulta dos alunos ou interessados, registro oficial devidamente atualizado das informações referidas no § 1º, além dos seguintes elementos:
- I - projeto pedagógico do curso e componentes curriculares, sua duração, requisitos e critérios de avaliação;
 - II - conjunto de normas que regem a vida acadêmica, incluídos o Estatuto ou Regimento que instruíram os pedidos de ato autorizativo junto ao MEC;
 - III - descrição da biblioteca quanto ao seu acervo de livros e periódicos, relacionada à área do curso, política de atualização e informatização, área física disponível e formas de acesso e utilização;
 - IV - descrição da infraestrutura física destinada ao curso, incluindo laboratórios, equipamentos instalados, infraestrutura de informática e redes de informação.

§ 3º O edital de abertura do vestibular ou processo seletivo do curso, a ser publicado no mínimo 15 (quinze) dias antes da realização da seleção, deverá conter pelo menos as seguintes informações:

- I - denominação e habilitações de cada curso abrangido pelo processo seletivo;
- II - ato autorizativo de cada curso, informando a data de publicação no Diário Oficial da União, observado o regime da autonomia, quando for o caso;
- III - número de vagas autorizadas, por turno de funcionamento, de cada curso e habilitação, observado o regime da autonomia, quando for o caso;
- IV - número de alunos por turma;
- V - local de funcionamento de cada curso;
- VI - normas de acesso;
- VII - prazo de validade do processo seletivo.

Também deverão ser disponibilizadas todas as informações relativas ao Programa Universidade para Todos - PROUNI e programa de financiamento estudantil - FIES.

17. POLÍTICAS DE EDUCAÇÃO AMBIENTAL²⁷

O Decreto nº 4.281 de 25 de junho de 2002 estipulou a inclusão da Educação Ambiental em todos os níveis e modalidades de ensino. Nesse sentido recomendou:

- I - a integração da educação ambiental às disciplinas de modo transversal, contínuo e permanente; e
- II - a adequação dos programas já vigentes de formação continuada de educadores.

Para o cumprimento do estabelecido no Decreto, impôs que deverão ser criados, mantidos e implementados, sem prejuízo de outras ações, programas de educação ambiental integrados a todos os níveis e modalidades de ensino.

18. CONCLUSÃO

A observância por parte das instituições de educação superior, quanto ao cumprimento dos requisitos legais e normativos as coloca dentro do padrão de qualidade desejável pelo Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior, o SINAES.

Importante ressaltar que todos os gestores acadêmicos, desde o(a) Coordenador(a) de Curso, o(a) Secretário(a) Acadêmico(a) e o(a) Procurador(a) Institucional são responsáveis em alertar e acompanhar o cumprimento desses requisitos junto à direção da IES para que a regularidade dos cursos possa se efetivar.

Tais parâmetros também servem de ponto de observação e acompanhamento das Comissões Próprias de Avaliação (CPA) e dos Núcleos Docentes Estruturantes (NDE) a fim de acompanhar o efetivo cumprimento dos requisitos legais e normativos.

Certo é que o entendimento e a discussão permanente dos requisitos legais e normativos, bem como o cumprimento dos mesmos, contribuem para o crescimento e a qualidade dos serviços prestados pelas IES e seus cursos, não obstante, não ser objeto do presente estudo a avaliação da pertinência e suficiência dos requisitos legais e normativos para a mensuração da qualidade dos cursos da educação superior.

REFERÊNCIAS

SSindicato das Escolas Particulares de Minas Gerais (SINEP/MG). *Ensino Superior: Legislação e Normas (2013)*. Disponível em: <<http://www.sinepe-mg.org.br/>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

FRAUCHES, Celso da Costa. *Diretrizes Curriculares para os Cursos de Graduação*. Brasília: ABMES Editora, 2008.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de Dezembro de 1996. Dispõe sobre a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 05 dez. 2015.

Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). Disponível em: <<http://www.inep.gov.br/>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

Associação Brasileira de Mantenedoras de Ensino Superior (ABMES). Disponível em: <<http://www.abmes.org.br/>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

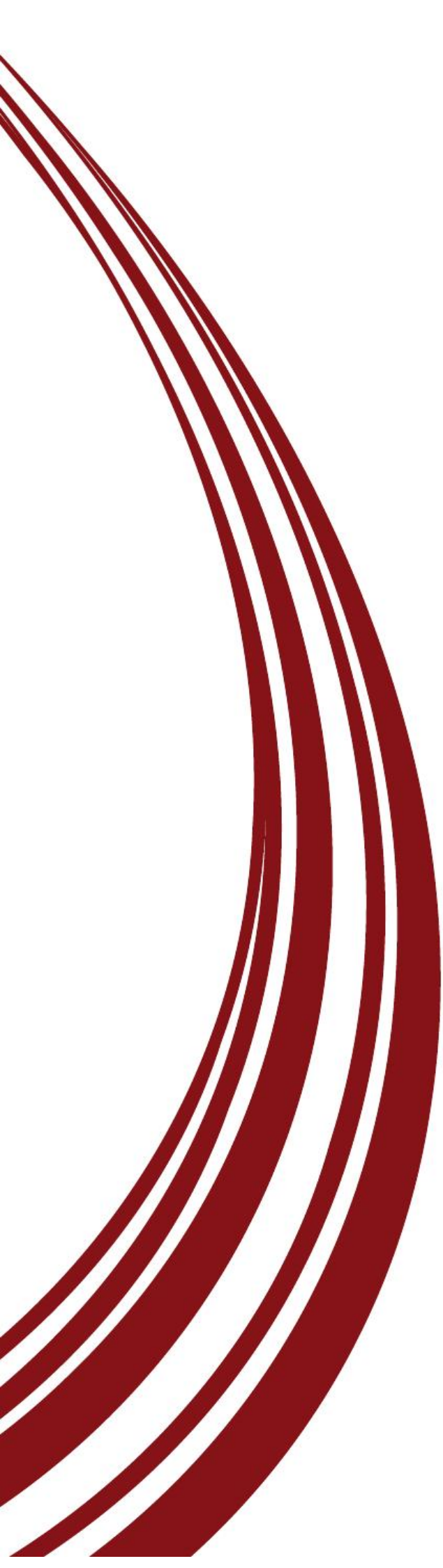
Ministério da Educação. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

Recebido em: 22/12/2015

Aprovado em: 04/02/2016

²⁷ Lei 9.795 de 27/04/1999 e Decreto nº 4.281 de 25/06/2002.

 **Newton**





Quem se prepara, não para.