REVISTA DOS ESTUDANTES DA FACULDADE DE DIREITO DA UFC (ONLINE)

Volume 5 – fevereiro/abril 2008

REVISTA DOS ESTUDANTES DA FACULDADE DE DIREITO DA UFC (ONLINE)

Ano II Volume 5 – Fevereiro/Abril 2008

Comissão Editorial

Bruno Cunha Weyne

Felipe Oliveira de Sousa

Gustavo Beviláqua Vasconcelos

Gustavo César Machado Cabral

Mário André Machado Cabral

Conselho Editorial

Fernando Basto Ferraz

João Luís Nogueira Matias

Juvêncio Vasconcelos Viana

Lília Maia de Morais Sales

Marcelo Lima Guerra

Nestor Eduardo Araruna Santiago

Paulo Antônio de Menezes Albuquerque

Uinie Caminha

Revista dos Estudantes da Faculdade de Direito. Versão Eletrônica.
v.5-2008-Fortaleza,n.trimestral.
Órgão oficial do Centro Acadêmico Clóvis Beviláqua.

ISSN - 1981-5387

1-Direito-periódico
1-Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito
Centro Acadêmico Clóvis Beviláqua

Sobre os Autores

Ary Salgueiro Euclides de Araújo
Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

Gabriel Vale Bedê
Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

Gustavo César Machado Cabral
Aluno da Graduação em Direito da Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Bolsista de Iniciação Científica do programa PIBIC-UFC.

Jânio Taveira Domingos
Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

Matheus Alves do Nascimento
Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Monitor da disciplina Ciência Política e Teoria do Estado.

Sumário

A Adoção no Brasil
Perfírio Mendes.....5

A Vedação Constitucional à Filiação Partidária dos Membros do Ministério Público
Rebeca Teixeira da Silveira.....11

Da Discussão da Constitucionalidade da Súmula Vinculante
Soraya Fontenele de Menezes.....27

Os Desafios da Educação no Brasil: Plenitude Pedagógica e Exigibilidade Judicial
Matheus Gomes Viana.....35

O Direito Comercial e as Compilações Mercantis na Idade Média
Camila da Silva Leal Medeiros.....46

Homoafetividade e Direito: Uma Busca por Garantias
Felipe Félix.....52

Mediação Familiar: Resolvendo o Conflito Sem Conflito
Gamaliel Pina da Silva.....62

A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL À FILIAÇÃO PARTIDÁRIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

RESUMO

Este artigo relata a importância funcional do Ministério Público e a incompatibilidade existente entre o exercício das funções ministeriais e a prática de atividades políticas e partidárias por parte de seus membros. Relata, também, as mudanças no posicionamento dos Tribunais Superiores sobre o tema com o advento da Emenda Constitucional n° 45/2004.

Palavras Chaves: Ministério Público. Atividades Políticas. Incompatibilidade.

ABSTRACT

This article reports the functional importance of the Office of Public Prosecutor and the incompatibility between the exercise of ministerial duties and practice of political activities and party from its members. Reporting also changes in the positioning of the Superior Courts on the subject with the advent of the Constitutional Amendment n° 45/2004.

Key-Words: Office of Public Prosecutor. Political Activities. Incompatibility.

> "Entre todos os ofícios judiciários, o mais árduo parece-me o do acusador público, o qual, como sustentador da acusação, deveria ser tão parcial quanto um advogado e, como guardião da lei, tão imparcial quanto um juiz. Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade: este é o absurdo psicológico em que o representante do Ministério Público, se não tiver um senso de equilíbrio especial, correrá o risco de perder a cada instante, por amor à serenidade, a generosa combatividade do defensor ou, por amor à polêmica, a desapaixonada objetividade do magistrado"[1].

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

[1] CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

O Ministério Público, desde o seu surgimento, está passando por um importante processo de reconstrução institucional. A Constituição de 1988 representou um marco jurídico desse processo. Ampliou direitos coletivos e difusos, consolidou e protegeu direitos fundamentais, arremessou as instituições judiciais à esfera política, quando deu ênfase as formas de controle de constitucionalidade de leis do Legislativo e atos do Executivo. Foi mais além quando retirou o Ministério Público da alçada do executivo, conferindo-lhe autonomia administrativa e independência funcional, deslocando-o da função de defender o Estado para a condição de fiscal e guardião dos direitos da sociedade, da ordem jurídica e do regime democrático.

No exercício das funções de garantidor, há de estar o Ministério Público atuando, também, na defesa de tudo o que diz respeito à ***"ordem jurídica eleitoral".***

A preservação desta "*ordem jurídica eleitoral"* é condição para o estabelecimento e efetivação do regime democrático, segundo a estrutura atual da República Federativa do Brasil. Para tanto, é necessário que esteja presente em todas as fases do processo eleitoral, desde as atividades meramente administrativas (alistamento eleitoral, nomeação de mesários, designação de local de votação, diplomação etc.), até as tipicamente jurisdicionais (ação de impugnação de registro de candidatura, representação, investigação judicial, ação de impugnação de mandato eletivo etc.), garantindo que os direitos conferidos aos cidadãos pela Constituição sejam respeitados.

No exercício de importantes funções, é imprescindível que os membros do Ministério Público atuem de maneira imparcial, distanciando-se de influências ideológicas particulares, alheias aos interesses públicos, que possam vir a interferir no decorrer do exercício funcional.

A Emenda Constitucional nº. 45/2004, promoveu incontáveis mudanças constitucionais, dentre elas, modificou o art. 128, § 5º, inc. II, alínea "e", retirando todas as ressalvas que eram feitas (LC 75/93 e LC 64/90) à vedação do exercício de atividades político-partidárias por parte de membros do Ministério Público. Percebe-se claramente que, com a EC 45/2004, o legislador reformador pretendeu exteriorizar o seu desejo em equiparar o Ministério Público à Magistratura, que já possuía essa vedação.

Na discussão, também está inserido o art. 29, § 3º, do ADCT[2], que para alguns, significava uma permissão para que membros do *Parquet* que ingressaram na carreira antes da Constituição Federal de 1988, pudessem optar pelo regime jurídico constitucional anterior, que permitia o exercício de atividades político-partidárias.

[2] ADCT, art. 29, § 3º: Poderá optar pelo regime anterior, no que respeita às garantias e vantagens, o membro do Ministério Público admitido antes da promulgação da Constituição, observando-se, quanto às vedações, a situação jurídica na data desta.

E assim foram surgindo os desentendimentos a cerca da matéria. Qual seria a melhor solução? Estão ou não vedados os membros do Ministério Público de exercerem atividades político-partidárias? É esta questão deveras relevante que será abordada no decorrer desta explanação.

2. O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

O Ministério Público vem se destacando cada vez mais na organização do Estado, dado o alargamento de suas funções de proteção e defesa dos direitos indisponíveis e dos interesses da coletividade. Com as mudanças constitucionais ocorridas no Brasil, o Ministério Público, que nos primórdios constitucionais do nosso país, mais exatamente na Carta Imperial de 1824 e na Constituição republicana de 1891, não chegou nem a ser mencionado como instituição, sofreu uma lenta e gradativa evolução constitucional até alcançar o seu status atual.

Com a promulgação da Constituição Federal vigente, a instituição ministerial encontrou seu apogeu. Possuindo capítulo especial na Constituição, com atribuições próprias e indispensáveis, é hoje uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. No âmbito constitucional positivo, nunca o *Parquet* foi tão valorizado como agora. Os princípios, as garantias de seus membros, as funções, as normas que delineiam as características da instituição, todos organizados e dispostos no texto constitucional de maneira inovadora. Paralelamente a isso, o campo funcional do Ministério público expandiu-se, propiciando que tal instituição autônoma *sui generis* ocupasse lugar de destaque no panorama do Estado Brasileiro. O art. 127 da Constituição Federal de 1988, ao definir o Ministério Público como *"instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis"* evidencia o quão importante para a atual organização do Estado é o Ministério Público.

Ocorre que, em nosso país, vigora um regime democrático fundado no princípio da soberania popular, segundo o qual todo poder emana do povo, seja por meio de representantes ou diretamente. Sendo assim, podemos dizer que o constitucionalismo brasileiro adotou a *democracia representativa* que tem como sujeitos principais os partidos políticos e representantes eleitos, que vão ser os protagonistas quase exclusivos do jogo político, com temperos de princípios e institutos de *participação direta* dos cidadãos no processo decisório governamental.

Na prática, a participação popular no poder no nosso país, se dá pela forma da *democracia participativa*, seja por meio da utilização de alguns institutos de participação direta do povo nas funções de governo[3], seja a participação por via representativa[4], mediante representantes eleitos.

O Ministério Público, quando exerce suas atribuições no âmbito eleitoral, defende o regime democrático como clausula pétrea, cumprindo sua função de garantidor da democracia e dos preceitos constitucionais.

É certo que, estando incumbido de promover a defesa "da *ordem jurídica* e do *regime democrático"*, há de estar o Ministério Público presente em tudo o que diz respeito à ***"ordem jurídica eleitoral".*** A preservação desta é condição para o estabelecimento e efetivação do regime democrático, segundo a estrutura atual da República Federativa do Brasil.

Nesse contexto, é que desponta a necessidade de que, em todos os Estados democráticos de direito, exista uma instituição incumbida da defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e, cuja atuação, tenha como paradigma o projeto democrático delineado pela Constituição e seja pautada pelos princípios e objetivos fundamentais do Estado.

Essa instituição deve apresentar-se como uma das instituições construtoras da sociedade livre, justa e solidária, o que implica, necessariamente, o enfrentamento com aqueles setores da sociedade, que tentam conservar o *status quo.*

Não há negar, pois, que o Ministério Público se enquadra com perfeição nesse perfil. Evoluiu fabulosamente, deixando de ser um mero "procurador da coroa" para ser reconhecido como um autêntico "defensor da sociedade". As pesquisas de história do direito não apontam para a existência, no passado, de nenhuma outra instituição que tivesse as características que ela detém na atualidade e, ainda por cima, que fosse integrante da organização política do Estado. Se analisarmos a evolução histórica do Ministério Público, veremos que as funções por este exercidas, já que séculos atrás trabalhava exclusivamente na defesa dos interesses do Poder Público, sempre coincidentes com os interesses do seu titular, no caso, o Rei, e nem sempre com os do povo, hoje defende os interesses deste, quer sejam coincidentes ou não com os dos titulares do Poder. Tais constatações evidenciam que, o novo perfil do Ministério Público constitui uma verdadeira reviravolta no papel dessa Instituição, se considerarmos que, no passado, se prestava a atender exclusivamente aos interesses dos detentores do poder.

3. O MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO ELEITORAL

Segundo dispõe a Lei Complementar n. 75/93 (Estatuto do Ministério Público da União), em seu art. 72, o "Ministério Público Eleitoral", que integra o Ministério Público Federal, atua "em

[3] Art. 1º, § único, 10, 31, § 3º, 194, VII, 206, VI.
[4] Art. 1º, § único, 11, 14, 17, 5º, XXI, 8º, III.

todas as fases e instâncias do processo eleitoral", na tutela de interesses dos partidos políticos, coligações e candidatos (CÂNDIDO, 1998:65).

A indispensabilidade da atuação do Ministério Público nas causas eleitorais se tornou evidente a partir do art. 127 da Constituição Federal, citado anteriormente, que, ao definir as funções da instituição, mostrou a importância da participação do Ministério Público em toda e qualquer fase do processo eleitoral, desde as atividades meramente administrativas (alistamento eleitoral, nomeação de mesários, designação de local de votação, diplomação etc.), até as tipicamente jurisdicionais (ação de impugnação de registro de candidatura, representação, investigação judicial, ação de impugnação de mandato eletivo etc.).

Em decorrência da exigência feita pelo ordenamento constitucional de que seja garantida a lisura do processo eleitoral, como pressuposto da observância da ordem jurídica e da manutenção do regime democrático de direito, surge o Ministério Público como defensor, por excelência, do interesse público, garantindo que cada cidadão possa votar livremente, e que os resultados das urnas coincidam com a vontade popular.

A função constitucional-eleitoral, conferida ao órgão em questão para dirigir as atividades de fiscalização do processo eleitoral (em todas as suas fases), obriga-o a atuar de ofício e intervir na persecução criminal, nas lides decorrentes da propaganda política eleitoral, partidária, no registro de candidatos e outras.

A atuação do Ministério Público deve ocorrer em todas as eleições, sejam nacionais, estaduais, municipais, plebiscitárias, nos referendos e, inclusive, nas que escolhem membros para o Conselho Tutelar previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que permitem a aplicação subsidiária da legislação eleitoral (neste último caso, a intervenção se dá pelos Promotores da Infância e da Adolescência, e não pelos promotores eleitorais).

A Lei Complementar nº. 75/93, no art. 78 diz que: "As funções do Ministério Público Federal perante os Juízes e Juntas eleitorais serão exercidas pelo promotor eleitoral". Interpretando tais afirmações, entende-se que cabe ao promotor eleitoral atuar com os juízes e juntas eleitorais, exercendo suas atribuições em todas as fases do processo eleitoral (alistamento, votação, apuração e diplomação), compreendendo, ainda, as etapas do registro de candidatos, propaganda política eleitoral e prestação de contas dos candidatos e dos partidos políticos.

A Constituição Federal de 1988 não incluiu o Ministério Público Eleitoral dentre as modalidades distintas da Instituição, conforme se depreende do art. 128. Assim sendo, **não há um Ministério Público Eleitoral de carreira e com quadro institucional próprio**, como ocorre com o Ministério Público do Trabalho e o Ministério Público Militar.

As **funções institucionais** e a competência do Ministério Público da União estão descritas nos art. 5º e 6º do Estatuto do Ministério Público da União (LC 75/93). Dentre elas podemos destacar as seguintes:

- Na defesa da ordem jurídica e do regime democrático, deverão ser considerados, dentre outros, os fundamentos e princípios constitucionais discriminados (inc. I e alíneas).
- No que se refere aos instrumentos utilizados, promoverá ações necessárias ao exercício das funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto ao *Estado de direito* e às *instituições democráticas*, podendo, para atingir tais finalidades, agir de diversas maneiras, como por exemplo, preservando a autonomia dos partidos políticos e garantindo a igualdade de sufrágio (inc. XIV e alíneas no art. 6º).
- Poderá intervir em qualquer fase processual, quando entender existente interesse em causa que o justifique (inc. XV do art. 6º), assistindo-lhe, ainda a iniciativa processual no ajuizamento de ações cabíveis para (inc. XVII, alíneas "a" e "c", do art. 6º):

- perda ou suspensão dos direitos políticos, nos casos previstos na Constituição Federal;
- dissolução de partidos políticos, nos casos previstos na Constituição Federal.

As **funções eleitorais** do Ministério Público Federal estão dispostas genericamente no art. 37 da LC 75/93, que preceitua dever este atuar nas causas de competência dos Tribunais e Juízes Eleitorais. Dentre as funções institucionais do MPF está a fiscalização da execução da pena nos processos de competência da Justiça Eleitoral. As funções eleitorais específicas do Ministério Público Federal estão discriminadas nos art. 72 a 80, da Lei Complementar 75/93:

- No art. 72, verifica-se a presença do princípio da federalização, ou seja, é o Ministério Público Federal, a priori, quem está atribuído do exercício das funções perante a Justiça Eleitoral, atuando em todas as fases e instâncias do processo eleitoral;
- No art. 72, § único, é dada legitimidade para propositura de ações que busquem a decretação de nulidade de negócios jurídicos ou atos da Administração Pública, infringentes de vedações legais destinadas a proteger a normalidade e legitimidade das eleições, contra a influência do poder econômico ou o abuso do poder político ou administrativo.

Para o efetivo cumprimento das funções supracitadas, existem normas de atuação, que dispõem, também, sobre a organização e distribuição dos membros do Ministério Público que venham a ter exercício na Justiça Eleitoral. A Lei nº. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) dispõe, em seu art. 32, inciso III, que:

"Compete aos promotores de justiça, dentro de suas esferas de atribuições, oficiar perante a Justiça Eleitoral de primeira instância, com as atribuições do Ministério Público Eleitoral previstas na Lei Orgânica do Ministério Público da União que forem pertinentes, além de outras estabelecidas na legislação eleitoral e partidária".

Percebe-se que os Promotores Eleitorais atuam, sejam como fiscais da lei ou parte autônoma, no processo eleitoral perante a Justiça Eleitoral de primeira instância. Os Procuradores Regionais Eleitorais, por sua vez, atuam perante as causas de competência do TRE, dirigindo as atividades do setor no Estado ou Distrito Federal. Já o Procurador-Geral Eleitoral é o Procurador-Geral da República, que exercerá suas funções nas causas de competência do TSE.

No exercício de suas funções eleitorais, não há de falar-se em unidade hierárquica, mas em unidade funcional de atribuições cujo objetivo é o de proteger a normalidade e legitimidade das eleições, combatendo os abusos do poder econômico e político, fraudes e captações ilícitas de sufrágio.

4. A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL À FILIAÇÃO PARTIDÁRIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

4.1. O impedimento ao exercício da função eleitoral

Anteriormente à EC 45/2004, a discussão maior, referente ao tema em tela, incidia sobre duas situações de impedimento do exercício da função eleitoral por membros do Ministério Público.

A Lei Complementar 64/90, no seu art. 3º, §2º, estabelece um prazo de quatro anos de afastamento de atividades político-partidárias, retroativo da data de análise do pedido de registro de candidaturas, da disputa de cargo eletivo, integração de diretório de partido ou exercício de atividade político-partidária, para que possam ser exercidas as funções eleitorais. De outro modo, a Lei Complementar 75/93, no seu art. 80, estabelece que a filiação partidária constitui impedimento absoluto para o exercício das funções eleitorais, vigente até dois anos da data do cancelamento da filiação.

Há uma situação de conflito, pois cada uma das leis traz um prazo diferente. Mesmo que a primeira lei trate de matéria restrita à legitimidade para impugnação de registro de candidato, o escopo de ambas as lei é o mesmo. Trata-se de não prejudicar a credibilidade necessária aos que exercem funções eleitorais.

O doutrinador Joel José Cândido entende, de maneira acertada, que o art. 80 da LC 75/93 derrogou o art. 3º, §2º, da LC 64/90.

É a melhor solução a ser adotada, pois a LC 75/93, além de ser posterior e de igual patamar hierárquico, é norma mais ampla, incumbida do estabelecimento de impedimento funcional.

4.2. A Emenda Constitucional 45/2004 e o art. 128, § 5º, inc. II, alínea e, da Constituição Federal.

Após as modificações decorrentes da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, a discussão que ganhou destaque foi outra. Com a modificação do art. 128, § 5º, inc. II, alínea e, da Constituição Federal, o exercício de atividades político-partidárias por parte de membros do Ministério Público se tornou tema controverso, gerando diferentes posicionamentos no poder judiciário, mas acredita-se que, depois de um período nebuloso envolvendo tal discussão, os Tribunais Eleitorais tenham chegado a um entendimento pacífico a cerca desse assunto.

A Emenda Constitucional 45/2004, publicada no DJU de 31.12.2004, alterou 27 artigos da Constituição Federal, acrescentou outros três e vários parágrafos, incisos e alíneas, e revogou outras disposições do texto constitucional. E já é objeto de várias ADIs, com decisões, regulamentação pela via de Resolução dos Tribunais etc.

Ocorre que, dentre as mudanças instituídas pela referida emenda, está a alteração da alínea e, do inciso II, do parágrafo 5º, do art. 128, da Constituição Federal, que ao proibir que membros do *Parquet* exercessem atividades político-partidárias, ressalvava as exceções previstas em lei.

A propósito, o art. 237, inciso V, da Lei Complementar 75/1993 preceitua que é vedado ao membro do Ministério Público Federal: "exercer atividade político-partidária, ressalvada a filiação e o direito de afastar-se para exercer cargo eletivo ou a ele concorrer". Por isso, os membros do Ministério Público podiam candidatar se a cargos eletivos.

De acordo com a redação anterior, bastava apenas o afastamento temporário do membro, por meio da 'licença', e a satisfação da condição de elegibilidade de filiação partidária até seis meses antes das eleições, para que os mesmos pudessem se candidatar a cargos eletivos, diferentemente do que se verificava em relação aos magistrados, aos quais já era vedada, em caráter absoluto a filiação partidária (art. 95, § único, inc. III).

A Suprema Corte Eleitoral entende como sendo 'licença' o instituto jurídico por meio do qual o membro do Ministério Público deverá se afastar de suas atividades institucionais para que viabilize sua futura candidatura, somente podendo a elas retornar, comprovando a desfiliação partidária.

A distinção existente entre os membros da Magistratura e os do Ministério Público, por conta das disposições antes adotadas, foi bem retratada na Resolução nº. 20.886 (Consulta nº. 725) do E. Tribunal Superior Eleitoral[5].

Sobreveio, então, a EC n°. 45, que, vindo ao encontro do anseio das diversas entidades representativas dos membros do Ministério Público, estabeleceu uma ampla e inédita equiparação do regime jurídico do Ministério Público ao da Magistratura, no que fosse pertinente. Nesse sentido, acrescentou-se, ao art. 129 da Constituição Federal, o § 4°, que tornou aplicável ao membro do Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93 da Constituição Federal.

A equiparação que aqui mencionamos também pode ser verificada se analisarmos o § 6º do art. 128[6]. Mais uma inovação trazida pela EC n°. 45 que ressalta o desejo do legislador em promover a equiparação, em alguns pontos, entre Magistratura e Membros do Ministério Público, que nos termos em que foi feita (conferindo maiores garantias para o correto e isento exercício das relevantes funções cometidas aos membros do MP), não foi além do que, de fato, já deveria ter sido proposto. Nada mais justo quando estamos falando de uma instituição que, nas últimas décadas, cresceu de tal forma que se tornou indispensável para a manutenção do Estado.

A atual redação do art. 128, § 5º, inc. II, alínea e, após as alterações da EC 45, vedou, sem ressalvas, o exercício de atividades político-partidárias por parte de membros do Ministério Público.

Vê-se, com isso, a nítida preocupação dos reformadores da Constituição Federal com o aprimoramento do Estado Democrático de Direito. Com efeito, nada mais avesso ao exercício das funções constitucionais do Ministério Público – dentre elas a defesa da ordem jurídica e do Estado Democrático de Direito – que a contaminação de seus membros por paixões político-partidárias.

Uma atividade político-partidária pressupõe um envolvimento muito maior do agente ministerial e, nesse caso, há que se reconhecer, é possível que ocorra uma drástica deturpação de sua independência e imparcialidade, não só frente aos correligionários, companheiros e colegas de partido político, cujas estruturas ostentam certo grau de hierarquia, mas também em relação aos eleitores. Há, ainda, o problema bastante delicado das campanhas eleitorais, com todas suas implicações econômico-financeiras, além dos envolvimentos correlatos, com favores e relações de amizade interessada que se travam no curso desses processos, de um modo mais intenso do que noutras esferas.

Em virtude da natureza precípua da função ministerial é que se faz necessário a existência da vedação à filiação partidária dos membros do Ministério Público, evitando que interesses privados maculem a instituição.

[5] Rel. Min. Ellen Gracie; v. u., j. em 4-10-2001, DJU 15-2-2002.
[6] Art,. 128, § 6°: Aplica-se aos membros do Ministério Público o disposto no art. 95, parágrafo único, V.

4.3. Da incompatibilidade existente entre o exercício de atividade político-partidária e das funções perante o Ministério Público

É certo que aos magistrados (como já foi dito) já existia essa vedação, como medida assecuratória da imparcialidade e independência dos magistrados. Com a promulgação da EC 45, restou bastante evidente a intenção do legislador em aproximar, em certo ponto, o Ministério Público da magistratura.

No que diz respeito ao assunto, vale ressaltar que, aos juízes e aos promotores, como cidadãos que são, não se deve proibir que tenham opinião político-partidária.

Mas ter uma opinião formada sobre determinado assunto e diferente de integrar e fazer parte de algo. É incompatível com suas funções públicas que se filiem aos partidos políticos, pertençam a órgãos de direção partidária, exerçam qualquer ação direta em favor de um partido, ou mesmo participem das campanhas eleitorais.

É importante, ainda, que se abstenham de fundar partido político, de praticar qualquer ato de propaganda ou de adesão pública a programas de qualquer corrente ou partido político, de promover ou participar de desfiles, passeatas, comícios e reuniões de partidos políticos, que sejam proibidos de exercer ou até mesmo concorrer aos cargos eletivos correspondentes, pois para tanto não se dispensa a militância político-partidária e o engajamento ideológico.

É-lhes vedada, inclusive, a suplência de cargo político eletivo (membro do Legislativo ou Executivo), pois já representa atuação político-partidária. Tanto é que a aceitação do cargo de membro do Ministério Público ou de juiz de Direito significa renúncia tácita à suplência. Até mesmo o registro de candidatura é inequívoco exercício de atividade político-partidária, até porque, para tanto, é imprescindível prova de filiação partidária.

Diante disso, as vedações são garantias para um correto e isento exercício das relevantes funções cometidas a seus membros, sejam magistrados ou membros do *Parquet,* e longe estão de representar uma diminuição à cidadania, como alguns procuram incorretamente vê-las, apenas para depreciá-las e tentar contorná-las. As vedações devem ser idênticas nessas instituições.

Em face da tradição social e cultural de nosso país, cremos que o exercício de atividade político-partidária por parte de membros do Ministério Público não se justifica, porque absorve, desvia e desprofissionaliza seus agentes. Quando assumem posturas político-partidárias, aproximam-se demasiadamente de tendências e grupos políticos, de forma incompatível com uma atuação isenta. O exercício de atividade político-partidária, a disputa de cargos eletivos e o financiamento de campanhas também levam a compromissos e aproximação a grupos econômicos. Ademais, até mesmo antes da candidatura, não raro o membro da instituição já começa a comportar-se em função de eventuais interesses eleitorais.

As vinculações político-partidárias incluem compromissos e esquemas do poder econômico e político, dos quais dificilmente se desvencilha o membro do Ministério Público, mesmo quando quer abandonar essa atividade, que pode comprometer sua independência funcional, ou, quando não, ao menos concorre para desmerecer a credibilidade pública de sua atuação, tanto que há muito é corretamente vedada na Magistratura, com raros e isolados posicionamentos em contrário.

O Tribunal Superior Eleitoral, através da Resolução nº. 22.012/05, se posicionou determinando que, com o advento da Emenda Constitucional nº. 45, a situação dos membros do Ministério Público da União se equipare como a dos magistrados, que para dedicar-se à atividade político-partidária, têm de desvincular-se definitivamente de suas funções, ou seja, pedir exoneração do cargo, e não mais licença.

Em relação ao prazo de filiação e o de desincompatibilização, os membros do Ministério Público, por se enquadrarem na mesma condição dos magistrados, estão submetidos à vedação constitucional de filiação partidária, dispensados de cumprir o prazo de filiação fixado em lei ordinária, devendo satisfazer tal condição de elegibilidade até seis meses antes das eleições, de acordo com o art. 1°, inciso II, letra j, da LC 64/90. Já o prazo para desincompatibilização, dependerá do cargo para o qual o candidato concorrer (prazos previstos na LC no 64/90).

Deve-se entender como desincompatibilização, *stricto sensu*, a denominação que se deve reservar ao afastamento definitivo, por renúncia, exoneração, dispensa ou aposentadoria, do mandato eletivo, cargo ou emprego público gerador de inelegibilidade'.

Em síntese, o membro do Ministério Público só se torna elegível se satisfizer a condição de elegibilidade de filiação partidária até seis meses antes das eleições. O que, nos moldes da Emenda Constitucional nº. 45, só se torna possível com a exoneração das suas funções.

Consolidando o entendimento defendido, que no tocante ao exercício de atividade político-partidária, equipara a situação jurídica dos membros do Ministério Público à dos magistrados, o TSE editou a **Resolução nº. 22.156**, de 3.3.2006, que, em seu art. 13, dispõe que os magistrados, os membros dos tribunais de contas e os do Ministério Público devem filiar-se a partido político e afastar-se definitivamente de suas funções até seis meses antes das eleições.

A incompatibilidade existente entre o exercício de atividade político-partidária e das funções perante o Ministério Público já foi demonstrada como sendo inequívoca, senão indiscutível, de forma que, quaisquer decisões que venham corroborar com o posicionamento aqui defendido, evitarão que uma importante instituição, com uma missão tão relevante perante o Estado, tenha sua atuação desvirtuada para finalidades por demais diversas das que são necessárias à proteção e defesa do regime democrático e da ordem jurídica.

4.4. O art. 29, § 3º, do ADCT, e a situação dos membros do Ministério Público com ingresso na carreira antes da Constituição de 1988.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988 engloba estipulações quanto às providencias a serem adotadas no período de transição entre a ordem constitucional pregressa e a promulgada em 05 de outubro de 1988. Consigna mandamentos que se extinguirão por terem cumprido sua tarefa no tempo e no espaço. Tais disposições transitórias veiculam-se através de atos, que se exteriorizam por um conjunto de normas, incumbidas de cuidar do direito transitório ou intertemporal. O ADCT evidencia aquelas normas que desapareceram por já terem realizado a função para qual foram criadas. São normas de eficácia exaurida e aplicabilidade esgotada.

O art. 29, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), dispõe que "*poderá optar pelo regime anterior no que diz respeito às garantias e vantagens, o membro do Ministério Público admitido antes da promulgação da Constituição, observando-se, quanto às vedações, a situação jurídica na data desta".*

O entendimento anterior era de que, as hipóteses cobertas pela norma do art. 29, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ou seja, aqueles casos de membros do Ministério Público que tenham ingressado antes da promulgação da Constituição de 88 e tenham optado pelo regime anterior, poderiam exercer atividades político-partidárias.

O próprio TSE, no julgamento de um Recurso Ordinário (RO 999), firmou entendimento de que os integrantes do Ministério Público que ingressaram na carreira anteriormente à Constituição de 1988 e que, também, tivessem optado pelo regime anterior poderiam, sim, desempenhar atividades político-partidárias.

Os reflexos das alterações constitucionais no processo eleitoral foram objetos de um primeiro exame do Tribunal Superior Eleitoral quando do julgamento, em 12.04.2006, da Consulta nº. 1.143[7], que gerou a Resolução nº. 22.012.

Acontece que, em tal oportunidade, o TSE deixou de se pronunciar em resposta a um dos questionamentos formulados, justamente aquele que se referia aos membros do Ministério Público que ingressaram na carreira em data anterior a promulgação da EC 45, poderiam exercer atividade político-partidária. O TSE, à época, não se considerou competente para responder a essa indagação, alegando ser a matéria de ordem constitucional.

Posteriormente, o TSE, após ser consultado sobre o mesmo assunto, reexaminou a situação e afirmou, então, a sua competência para responder ao questionamento, afirmando que:

[7] Relator: Ministro Luiz Carlos Madeira; v. u., j. em 12-04-2005, DJU 26-4-2005.

"A EC 45 tem aplicação imediata, porquanto, no tocante à proibição de atividade político-partidária por integrante do Ministério Público, não trouxe qualquer disposição transitória, ressalvando a situação daqueles que, à época da promulgação, já se encontravam integrados ao órgão. Está-se diante de uma norma imperativa, de envergadura maior, a apanhar, de forma linear, relações jurídicas continuadas, pouco importando a data de ingresso do cidadão no Ministério Público".

Em uma nova Consulta (nº. 1.154)[8], o TSE reafirmou a inexistência de distinção na situação jurídica dos membros do Ministério Público, tendo em vista a data de ingresso na carreira, decidindo que a aplicação da EC n° 45/2004 é imediata e sem ressalvas, abrangendo tanto aqueles que adentraram nos quadros do Ministério Público antes, como depois da referida emenda à Constituição.

No mesmo sentido, o TSE respondeu à Consulta nº. 1.153[9], afirmando que a proibição do exercício de atividade político-partidária ao membro do Ministério Público tem aplicação imediata e linear, apanhando todos aqueles que o integram, pouco importando a data de ingresso.

Como podemos perceber, a Emenda Constitucional nº. 45 têm aplicação imediata, porquanto, no tocante à proibição de atividade político-partidária por integrante do Ministério Público, não trouxe qualquer disposição transitória, ressalvando a situação daqueles que, à época da promulgação, já se encontravam integrados ao órgão. Está-se diante de norma imperativa, de envergadura maior, a apanhar, de forma linear, relações jurídicas continuadas, pouco importando a data do ingresso do cidadão no Ministério Público.

A questão está pacífica no TSE, que tem apresentado julgados sempre unânimes, não deixando margem a qualquer dúvida de que a vedação alcança por igual os membros do Ministério Público que ingressaram na carreira antes de 5 de outubro de 1988, não podendo estes, portanto, ser excepcionados do alcance da vedação estabelecida pela EC nº. 45/2004.

A possibilidade de optar por um regime constitucional seria ilícita, puramente política, para acomodar interesses privados, em descompasso com o princípio da impessoalidade administrativa. É profundamente equivocado submeter a hermenêutica constitucional, aqui girando em torno a uma instituição democrática, à interesses particulares, sem equilíbrio com os interesses gerais pertinentes.

Em síntese, tem-se que é imprescindível o afastamento definitivo de suas funções do membro do Ministério Público que queira candidatar-se a cargo eletivo, independente da data de ingresso na carreira – a exemplo do que se exige dos membros da Magistratura.

[8] Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha; v. u., j. em 04.10.2005., DJU 24.10.2005.
[9] Relator: Ministro Marco Aurélio; v. u., j. em 02.08.2005., DJU 26.08.2005.

4.5. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal a cerca da questão

A questão que aqui se discute é relevante e polêmica, como vimos anteriormente. Além de uma contenda sobre se há ou não incompatibilidade entre o exercício de atividades de cunho político-partidário com as funções institucionais de um membro do *Parquet,* o que se discute aqui é uma questão de haver prejuízo ou não da atuação do Ministério Público perante a sociedade e o Estado, como garantidor de direitos coletivos e indisponíveis, do regime essencialmente democrático e da ordem jurídica.

São situações particulares que refletem em todos os âmbitos da organização de nossa sociedade, que caso sejam decididas de maneira prejudicial aos interesses públicos, além de minarem a Instituição, estarão gerando um retrocesso na evolução constitucional democrática, que tanto já avançou, ao criar uma situação propícia àqueles que, na constância do exercício funcional público, possam vir a privilegiar interesses particulares em detrimento de interesses públicos.

O STF, tradicionalmente, vinha adotando um posicionamento que, antes da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, era, também, o entendimento dos Tribunais Eleitorais.

Como a EC 45/2004 ainda não tinha sido elaborada, as decisões, tanto do STF quanto do TSE, eram embasadas nas Leis Complementares que dispunham sobre a matéria em cheque (LC 75/93 e LC 64/90). Desta forma, não havia ainda a discussão sobre a vedação ao exercício de atividade político-partidária por membro do Ministério Público, que só veio à tona após a promulgação da referida emenda.

Afirmando seu posicionamento pretérito, decidiu o STF no sentido de que, a filiação partidária de membro do Ministério Público da União, somente pode efetivar-se nas hipóteses de afastamento de suas funções institucionais, mediante licença[10].

Portanto, o entendimento do STF era de que os membros do Ministério Público poderiam exercer atividades político-partidárias, desde que afastados das funções institucionais, mediante licença.

Em relação ao art. 29, §3º, do ADCT, e à possibilidade de escolha do regime jurídico por parte de membros do Ministério Público que ingressaram na instituição antes da Constituição de 1988, o STF decidiu que:

"a única exegese admissível para dar sentido plausível a essa frase final desse parágrafo será a de considerar que, independentemente da opção, quanto às vantagens e ás garantias a que alude a parte inicial do dispositivo, as vedações ora criadas, mesmo com relação aos que não optaram por vantagens e garantias anteriores que afastem algumas delas ou todas elas, não se aplicam de imediato, mas se deverá respeitar a

[10] ADI 2.534-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 13/06/0.

situação jurídica existente no momento da promulgação da Constituição enquanto ela não se extinga por força mesmo do ato inicial de que resultou"[11].

Assim, o STF se posicionou a favor de que, os membros do Ministério Público, admitidos antes da promulgação da Constituição, poderiam optar pelo regime jurídico a que queriam submeter-se.

Espera-se que o STF, acompanhando o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, em julgamentos posteriores, passe a julgar de maneira diversa, se posicionando a favor da vedação do exercício de atividade político-partidária por membro do Ministério Público, que, como já foi dito, é o entendimento mais acertado.

4.6. O posicionamento do Conselho Nacional do Ministério Público

O CNMP, em 20.03.2006, editou a Resolução nº. 5, em que se limitava a afirmar a vedação ao exercício de atividade político-partidária aos membros do Ministério Público que ingressaram na carreira após a publicação da EC nº 45/2004.

No entanto, entende-se não ser o CNMP o foro adequado para apreciar a adequação de tal entendimento restritivo ao texto constitucional, uma vez que a regulação do processo eleitoral trata-se de matéria de competência da Justiça Eleitoral, pertinente aos Tribunais Eleitorais, cabendo a última palavra sobre o assunto ao Tribunal Superior Eleitoral.

Portanto, prevalece o que decidiu o TSE, na Resolução nº. 22.156, de 03.03.2006.

5. CONCLUSÕES E PERSPECTIVAS

Por muitos anos, foi permitido que membros do Ministério Público exercessem atividades político-partidárias, mesmo ainda compondo o quadro da instituição. Não eram raros casos de promotores, procuradores que se licenciavam de suas funções para se filiarem a partidos políticos. Muitos chegavam até a serem eleitos. Mergulhavam nas ideologias da jogatina política. Entravam no jogo político não só como telespectadores, mas como personagens da luta inescrupulosa de interesses que é a política brasileira. E com o término de seus mandatos, retornavam ao exercício das funções ministeriais. Muitas vezes, negociações e acordos ocorridos quando eleitos, ou até

[11] RE 127.246, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19/04/96.

mesmo quando se candidatavam, mas não eram eleitos, ainda produziam seus efeitos mesmo já tendo retornado essa pessoa às funções institucionais. O que é um absurdo.

O legislador constituinte foi bastante sábio ao utilizar-se da Emenda Constitucional nº. 45/2004 para instituir normativamente o que, de fato, já estava acontecendo, desde que a Constituição de 1988 erigiu o Ministério Público ao posto que ocupa atualmente na sociedade.

Equiparar, em certos pontos, o Ministério Público e a Magistratura foi uma forma encontrada para conferir aos membros do *Parquet* a mesma proteção à imparcialidade e à independência funcional de que já gozavam os magistrados.

A vedação ao exercício de atividades político-partidárias por membros do Ministério Público, sem dúvida, se faz necessária a uma Instituição que assumiu papel tão importante perante a sociedade.

O Tribunal Superior Eleitoral, que é competente para decidir na seara eleitoral, competentemente agiu ao amadurecer seus posicionamentos sobre o tema editar a Resolução nº. 22.156, decidindo pela vedação, sem ressalvas, ao exercício de atividades político-partidárias por membro do Ministério Público.

Espera-se que a discussão sobre o tema continue, e que outros órgãos julgadores, além do Tribunal Superior Eleitoral, reflitam e decidam sobre o tema não só com embasamentos legalistas, mas com olhares voltados para a o bem-estar social.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CÂNDIDO, Joel José. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 7. ed. Bauru: Edipro, 1998.

LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Reforma do Poder Judiciário** – Comentários iniciais à EC 45/2004. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SOBREIRO NETO, Armando Antônio. **Direito Eleitoral** – teoria e prática. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2005.

http://www.stf.gov.br

http://www.tse.gov.br

TÍTULO: Da discussão da constitucionalidade da súmula vinculante.

Resumo

A súmula vinculante, introduzida pela Emenda Constitucional nº 45, tem como objetivo salvaguardar a segurança jurídica do ordenamento através de um entendimento jurisprudencial pacificado sobre questão constitucional controversa. Por ser oriunda do Supremo Tribunal Federal, a súmula traz a toma a discussão da possível usurpação da competência legiferante atribuída ao Poder Legislativo. Nesse sentido, o instituto tem sua constitucionalidade também questionada no que tange ao conflito com o preceito constitucional do livre convencimento do juiz. Esse artigo, posicionando-se a favor da súmula, busca uma das possíveis interpretações para tal problema.

Palavras Chave: Súmula Vinculante, Jurisprudência, Poder Judiciário.

Abstract

The binding summary, introduced by Constitutional Amendment No. 45, aims to safeguard the legal certainty of the laws through a peaceful jurisprudential understanding on controversial constitutional issues. Made by the Supreme Federal Court, the summary brings to the discussion the possible misuse of legislating competence assigned to the Legislative Power. In this context, the institute has its constitutionality also questioned regarding the conflict with the constitutional precept of free conviction of the judge. This article, placing itself in favour of the summary, searches one of the possible interpretations for this problem.

Key Words: Binding Summary; Jurisprudence; Judiciary.

1. Introdução ao instituto súmula vinculante

O objetivo da Reforma do Judiciário, introduzida pela Emenda Constitucional nº45, é desafogar o Judiciário e dar celeridade ao desenrolar dos processos, combatendo o descrédito da sociedade na eficiência na Justiça.

Nesse sentido, a súmula vinculante, situada entre a lei e a sentença, vem gerando grande polêmica sobre a sua legitimidade e constitucionalidade, pois além de limitar o livre entendimento do juiz, entraria na seara legisferante destinada ao Legislativo.

Essas críticas vêm sendo combatidas com o argumento de que toda lei pressupõe um ato interpretativo e que, em caso de controvérsia no entendimento de uma lei que esteja causando prejuízo a segurança jurídica, é cabível que o Supremo Tribunal Federal (STF), guardião máximo da Constituição, emita um parecer vinculante para cessar as divergências resultantes dos entendimentos diversos daquela norma, garantindo o princípio da isonomia.

2. Limitações da súmula vinculante

A súmula é claramente limitada pela Emenda nº. 45/2004 e pela lei nº 11.417/2006, em uma tentativa de prevenir arbitrariedades e abusos de poder. Para sua criação, é necessário que se tenham todos os elementos propostos no caput do artigo 103-A da emenda constitucional nº. 45, evitando-se, assim, que esse importante instituto seja usado levianamente, como acontece hoje com as medidas provisórias.

As súmulas vinculantes devem tratar de matérias constitucionais controversas. Como órgão máximo protetor da Constituição, cabe ao Supremo Tribunal Federal lançá-las com a aprovação de pelo menos oito de seus ministros, o equivalente a dois terços de seus membros.

Para a criação de uma súmula vinculante é necessário que haja, por parte do STF, um parecer sólido acerca da questão tratada. Para tornar-se vinculante, a posição do tribunal sobre aquela questão constitucional precisa estar pacificada. Exige-se então a existência de "reiteradas decisões em um mesmo sentido", garantindo um maior amadurecimento do problema. A própria natureza jurisprudencial que embasa as súmulas impede que essas sejam criadas com base em uma única decisão dessa Corte, como acontece nos assentos portugueses.

Cabe também ressaltar que é mister haver uma controvérsia que cause grave insegurança jurídica e grande multiplicação de processos no mesmo sentido. Não se faz necessária a criação de uma súmula vinculante sobre questão já pacificada ou mesmo não-problemática. Essa controvérsia deve ser no âmbito dos órgãos judiciários e da administração pública, pois é justamente sobre esses que a súmula atua, seja na esfera federal, estadual ou municipal.

Embora pareça restrita ao Supremo Tribunal Federal, a lei garante vários legitimados para propor a criação da súmula vinculante. Ela pode ser solicitada ou provocada basicamente pelas mesmas pessoas e agentes que podem ajuizar uma ação direta de inconstitucionalidade. A lei 11.417/2006 ampliou os legitimados a participar desse processo, adicionando à lista: Defensor Público Geral da União, Tribunais Superiores, Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, Tribunais Regionais: do Trabalho, Eleitorais e Militares. Os Municípios só podem participar incidentalmente durante o processo em que sejam parte.

Por fim, as súmulas não visam estagnar o entendimento de questões polêmicas, mas sim elucidá-las. Caso seja preciso, podem ser revistas, editadas e até mesmo canceladas pelo Supremo Tribunal Federal.

3. Institutos vinculantes no Direito Comparado: os Assentos e o *Stare Decisis*

A comparação das súmulas vinculantes com institutos jurídicos integrantes de outros ordenamentos jurídicos e de funções semelhantes – porém não análogas – é importante para que sejam superadas certas críticas levianas feitas ao modelo de consolidação da jurisprudência adotado no Brasil.

Os assentos têm uma grande participação na história do Direito em Portugal, já estando presentes nas Ordenações Filipinas e sendo consagrados pelo Código de Processo Civil Português de 1939, embora tenham sofrido algumas alterações no decorrer do tempo.

Pode-se dizer que as súmulas e os assentos têm o mesmo fundamento *eidético*: a cristalização do entendimento de questões polêmicas no âmbito de matérias constitucionais pelo órgão máximo de justiça de cada país. Tais decisões têm, conforme regula lei específica, obrigatoriedade assegurada.

Não obstante tais pontos em comum, os dois institutos têm seus elementos fundamentais muito divergentes. As súmulas têm como base a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF): conjunto de decisões reiteradas sobre determinada matéria constitucional. Os assentos são produto de uma única decisão do Supremo Tribunal de Justiça, não havendo espaço para um maior amadurecimento do assunto abordado.

Outro ponto que põe em cheque a credibilidade dos assentos é o fato de que estes não podem ser revistos pelo órgão que os elaborou. Uma vez estabelecido pelo STJ, o assento só pode ser alterado através do Legislativo, através da elaboração de uma lei específica que supere aquilo versado anteriormente pelo instituto.

Por fim, uma característica que chama atenção nos assentos, diferindo-os ainda mais das súmulas, é a natureza do seu órgão emissor. Em Portugal, existem os Tribunais Constitucionais, supostos guardiões máximos da Constituição. Quem lança os assentos, entretanto, é o Supremo Tribunal de Justiça, que não está sujeito a nenhum mecanismo regulador quanto à consonância entre os princípios constitucionais vigentes e o seu entendimento estabelecido no assento.

Outro instituto jurídico freqüentemente comparado à súmula é o *stare decisis*, proveniente do *common law*. Uma comparação precipitada, sem levar em conta as diferenças históricas entre o direito brasileiro – regido pelo *civil law* – não permite o entendimento da lógica particular de cada um.

Nos países que adotam o *common law*, é característico que as constituições sejam históricas, sintéticas e essencialmente principiológicas. Tomando como exemplo os Estados Unidos, que ainda quando colônia sofriam as arbitrariedades do parlamento inglês, criaram certa relutância em atribuir poderes excessivos ao Legislativo. As decisões dos juízes das cortes de recurso passaram, então, a ter grande importância como fontes do direito, sendo encaradas como precedentes para os próximos casos a serem julgados sobre aquela matéria. Essa prática é perfeitamente explicada na máxima *stare decisis et nom quieta movere* (mantenha-se a decisão e não se perturbe o que já foi decidido). Os precedentes são dinâmicos, podendo ser revistos mediante inadequação a lei ou com a realidade.

O direito brasileiro, por outro lado, herdeiro do *civil law,* é marcado pela hipertrofia do ordenamento jurídico. Essa é uma característica peculiar da América Latina, região

marcada pela instabilidade política, no qual o Legislativo ganhou cada vez mais força devido à necessidade de garantir, pela força da lei, segurança jurídica.

A súmula vinculante é considerada por alguns doutrinadores como uma tentativa de introduzir no Brasil uma prática típica do *common law,* bem distante da nossa realidade jurídica. Sobre o assunto, Glauco Salomão Leite esclarece:

> (...) as súmulas não devem ser vistas como uma espécie de transposição equivocada do instituto do *stare decisis* para o Direito brasileiro, sendo mais correto afirmar que ele serviu, no máximo, de inspiração para o instituto brasileiro. Sendo assim, é preciso identificar a súmula vinculante como um elemento adicional a fazer parte do nosso sistema de jurisdição constitucional misto, que agrega componentes do modelo difuso e do concentrado, em cujo âmbito, reitere-se, as decisões já se revestem de efeito vinculante. Portanto, nada mais fazem do que aperfeiçoar um modelo já existente de garantia judicial da Constituição. [1]

4. Controvérsias acerca da constitucionalidade da súmula vinculante

4.1 Afronta ao princípio do livre convencimento do juiz

Uma das críticas mais severas que súmula vinculante recebe é a lesão ao princípio da não vinculação do juiz, assegurado pela Constituição. A partir de uma breve exposição dessas críticas, buscaremos um outro entendimento da relação da súmula com o entendimento do juiz.

O princípio da independência do juiz, nas palavras de José Albuquerque Rocha, é o traço mais relevante do juiz, o elemento essencial à função de julgar, constituindo, mesmo, a pedra angulas do chamado Estado de Direito. Para o autor, o juiz deve estar livre de quaisquer pressões internas e externas ao próprio Judiciário, devendo submeter-se exclusivamente à lei, efetivando assim o princípio da legalidade e dando legitimidade ao Judiciário. [2]

A súmula vinculante relativizaria o princípio do livre convencimento do juiz, desprezando a autonomia hermenêutica desses e a relevância das particularidades de cada caso julgado. Assim defende Luiz Flávio Gomes:

---

[1] LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 132.

[2] ROCHA, José Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*, São Paulo: Malheiros, 1995. P. 28-29.

> Na verdade, independência judicial e súmula vinculante são inconciliáveis. Uma afasta a outra. São termos aporéticos.Urge a descoberta de alguma solução diferente para o problema dos Tribunais, sem que se tenha que pagar um preço inusitado (qual seja, o fim da independência dos juízes). A rebelião ou revolta ou irresignação dos juízes contra a súmula vinculante não pode, segundo um equivocado ponto de vista, ser encarada como manutenção de algum privilégio, defesa dos direitos pessoais, corporativismo, 'ativismo judicial' que só desacredita a Justiça, relutância infundada ou uma 'tola discussão sobre a liberdade hermenêutica e decisória do juiz'. Essa é uma visão incorreta da independência judicial, que existe para a garantia do próprio Estado Constitucional e Democrático de Direito. Urge compreender que é da essência da independência da função de julgar (que é expressão da soberania estatal) a possibilidade de interpretar o texto jurídico imaginando para a solução do caso concreto. Retirada essa autonomia do juiz, subordinando-o ao mesmo tempo a um entendimento pré-configurado único, já não é preciso um 'juiz' para julgar a causa: um funcionário qualquer é *quantum satis* para carimbá-la, dando-lhe a solução estampada na súmula.[3]

As concepções defendidas acima partem do pressuposto de a lei ser a única fonte legítima do Direito. Há um aparente conflito entre essa tradição legalista herdada do direito europeu continental e a tradição do *common law,* na qual o juiz exerce uma atividade legislativa ativa quando lança sua sentença, criando os precedentes.

.Essa argumentação parte da premissa de que somente a lei é fonte legítima do Direito, relutando-se a aceitar a força dos parecerem jurisprudenciais. O princípio da independência do juiz é, de fato, assegurado pela Constituição. Não se pode, entretanto, confundi-lo com liberdade absoluta para julgar de maneira arbitrária conforme as convicções pessoais de cada magistrado. Com as súmulas vinculantes pretende-se que o juiz submeta-se à lei, à Constituição e também à interpretação delas resultante, em reiterados casos, do exercício da jurisdição Constitucional pelo STF.

As súmulas não visam criar leis, muito menos deturpa-las, mas sim dirimir conflitos hermenêuticos, garantindo a aplicação isonômica da lei e afastando a insegurança da aplicação da lei.

Seguindo esse raciocínio, Glauco Salomão Leite afirma:

---

[3] GOMES, Luiz Flávio. *Súmulas vinculantes e independência judicial*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 739, maio 1997. P.15.

> Portanto, diante de um órgão judicial como o Supremo Tribunal Federal, que representa a última instância decisória da jurisdição constitucional brasileira, a obediência às súmulas vinculantes, nesse diapasão, não representa ofensa à livre convicção dos juízes na aplicação da lei e da Constituição, não se podendo afirmar que estes só se submetem às leis produzidas pelo Congresso Nacional e não à jurisprudência constitucional daquela Corte.[4]

Superior ao texto das lei é, sem dúvida, a norma jurídica que dele emana. A súmula vinculante visa nortear e esclarecer o entendimento dessas normas. Ao magistrado, mediante um conflito no direito subjetivo, sempre caberá a tarefa de analisar as peculiaridades de cada processo e de avaliar se aquela situação enquadra-se perfeitamente no que é abordado na súmula.

4.2 Afronta ao equilíbrio dos três poderes através da ação legislativa do Judiciário

Há uma grande controvérsia a respeito da natureza da súmula vinculante, aparentemente situada entre a lei e a jurisprudência.

Seus enunciados gerais e abstratos, além de sua obrigatoriedade, aproximariam a súmula vinculante da lei que emana do Legislativo. A partir desse entendimento, o instituto geraria um desequilíbrio entre a harmonia dos poderes (art 2º, CF), já que ao Supremo Tribunal Federal – órgão emissor desse tipo de súmula - são destinadas competências jurisdicionais, não legislativas.

A equiparação entre lei e súmula vinculante é um tanto equivocada. Enquanto a primeira é a própria expressão das normas jurídicas abstratas, a última é somente uma interpretação dessas.

Embora tenha pontos em comum com esta, a súmula não é lei, tendo não só origem, mas como limitações materiais e formais bem distintas dessa. Não pode ser criada aleatoriamente nem estabelecer novas diretrizes constitucionais, além de precisar estar inserida em um contexto no qual represente uma orientação sobre a interpretação das normas já existentes face aos preceitos constitucionais. A súmula vinculante é, na verdade, um assentamento de natureza jurisprudencial sobre questão constitucional controversa.

---

[4] LEITE, Glauco Salomão. Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 107.

O monopólio da criação das leis pelo Legislativo é, como já foi dito, herança do modelo continental europeu. Seguindo o entendimento de André Ramos Tavares, o Direito não é produzido somente pelo referido poder, pois a aplicação de qualquer lei é precedida por uma interpretação. Esse ato hermenêutico transforma o magistrado em criador do Direito, sendo superada a concepção de juiz como mero aplicador das leis.

Mediante o exposto, a súmula vinculante não se de trata atividade normativa produzida pelo Judiciário, mas sim de uma "atividade interpretativo-criadora inerente ao exercício da jurisdição constitucional".[5] Não há, portanto, violação da competência do Poder Legislativo ou dano ao equilíbrio entre os poderes.

5. Conclusão

Vem sendo gradualmente implantada, ao longo da última década, a Reforma do Poder Judiciário, fruto de debates já longínquos que ainda devem se estender por muitos anos. É tarefa das mais difíceis combater os problemas que assolam esse Poder, além de reverter sua imagem perante a sociedade, maculada por escândalos e tradicionalmente associada à lentidão e à ineficiência.

Além da insegurança que paira o Judiciário, há a insegurança na sociedade como um todo, onde nem os Direitos Fundamentais não são assegurados pelo Estado à maioria da população, sendo comum ter que recorrer-se à Justiça para pleitear a sua efetivação.

No contexto das mudanças propostas para solucionar – ou ao menos mascarar – o colapso do Poder Público em garantir o que é de direito dos cidadãos, a súmula vinculante aparece para oferecer maior segurança jurídica e garantir o princípio da isonomia. Mas atrelado a esse instituto surgiram diversas críticas bem fundamentadas sobre a sua legitimidade e constitucionalidade, tema que abordamos brevemente nesse artigo.

Cabe ressaltar que com a súmula vinculante há enorme economia processual, evitando que processos se arrastem pelo judiciário por anos, podendo receber de imediato a mesma sentença que receberia chegasse ao Supremo Tribunal Federal.

O que se observa hoje é uma relutância por parte da doutrina e da magistratura em aceitar a súmula vinculante, assim como uma extrema cautela por parte do Supremo

[5] LEITE, Glauco Salomão. Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 98.

Tribunal Federal em editar tais medidas, só havendo, até o presente momento, três súmulas vinculantes vigentes.

Resta a dúvida se esse instituto conseguirá consolidar-se no Direito Brasileiro, dando força à interpretação jurisdicional da lei e assegurando a isonomia na aplicação dessas pelo Judiciário.

6. Bibliografia

ABRANTES, Giorgia Petrucce Lacerda e Silva. **A súmula vinculante e a garantia constitucional de independência jurídica dos Magistrados**. Dissertação (Mestrado) em Direito Constitucional - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2002.

FREITAS, Márcio Vieira. Considerações sobre a intitulada "súmula vinculante". **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 503, 22 nov. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5969>. Acesso em: 17 mar. 2008.

GOMES, Luiz Flávio. "Súmulas Vinculantes e independência judicial". **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 739 , maio 1997.

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12ª ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Os desafios da educação no Brasil: plenitude pedagógica e exigibilidade judicial

Autor: Mateus Gomes Viana, aluno da Graduação em Direito da UFC.

RESUMO

Este trabalho aspira a demonstrar a relevância de uma educação plena em meio à revolução científico-tecnológica e ao capitalismo globalizado, com ênfase no papel dos juristas na efetivação do direito a essa educação. Após a exposição dos fundamentos desta pesquisa, observa-se uma descrição da nova educação proposta. Em seguida, uma apreciação histórica do direito à educação no Brasil leva à identificação dele como direito público subjetivo. Finalmente, o artigo ressalta a essencial atuação conjunta entre Poder Judiciário e sociedade na consecução desse direito fundamental.

Palavras-chave: Direito à Educação. Plenitude pedagógica. Exigibilidade judicial.

ABSTRACT

This work aspires to demonstrate the relevance of a complete education among the scientific-technological revolution and the global capitalism, with emphasis on the function of jurists on the achievement of this education. After the exposition of the basis of this research, it is observed a description of the new education that is proposed. Afterwards, a historic appreciation of the right to education in Brazil convey to the identification of him as a public subjective right. Finally, the article stands out the essential actuation between Judicial Power and society on the accomplishment of this fundamental right.

Keywords: Right to education. Pedagogical plenitude. Judicial demand.

Dados do autor: Mateus Gomes Viana, estudante. Rua João Cordeiro, 212, apto:201, Praia de Iracema. CEP: 60110-300. Fortaleza-CE. Fones: 32193856 e 88053757. E-mail: mgomesviana@yahoo.com.br.

1. Introdução

A relevância da educação em nossa sociedade é indiscutível. A instrução se constitui em instrumento essencial, básico e determinante para a capacitação ao trabalho e para a formação da consciência cidadã nas comunidades humanas. O atual estágio do capitalismo, pautado na revolução científico-tecnológica e na globalização, implica atenção ainda maior à educação.

O nível de formação de uma população é condição *sine qua non* para que haja desenvolvimento, econômico e social, sustentável em qualquer nação. Parece cada vez mais evidente que a solução para a violência, a alienação, o incipiente desenvolvimento econômico ou para as desigualdades sociais é a educação.

Deve-se especificar, entretanto, que educação é essa e os meios pelos quais ela pode ser, de forma universal, alcançada. Este trabalho intenta, nesse sentido, caracterizar a educação plena e demonstrar a intrínseca correlação entre ela e o Direito.

A plenitude pedagógica consiste num conjunto de planos de ação dos educadores. O processo educacional deve abranger não só o âmbito cognitivo, mas também o afetivo e o psicomotor. Ademais, ao discente devem ser concedidas as adequadas lições sobre tecnologia, com a apropriada infra-estrutura de laboratórios de ciências e de Informática. Por fim, os espíritos investigativo e empreendedor devem ser formados nos alunos.

A consolidação da educação como direito fundamental embasa-se no princípio da dignidade humana e a efetividade desse direito junto à sociedade é primordial para o alcance da justiça social. Assim, o presente trabalho visa a analisar, do ponto de vista jurídico, o histórico do direito à educação no Brasil. O tratamento dado ao assunto nas Constituições brasileiras culmina com seu patamar de direito público subjetivo.

Destarte, fica clara a exigibilidade judicial da educação. A efetivação do direito à educação é dever do Estado, de forma concorrente entre os Poderes Executivo, Legislativo e, em destaque, Judiciário – com a aplicação da legislação existente. O alcance dos níveis educacionais de que o Brasil necessita passa pelos instrumentos de controle e fiscalização da sociedade e pela aplicação da tutela jurisdicional prevista por parte dos operadores do Direito.

2. O caráter inseparável entre educação e desenvolvimento

Há um rol de benefícios inerentes à educação, o qual pode ser dividido em proveitos ao indivíduo, às empresas e ao país, todos eles com atuação convergente ao desenvolvimento.

A educação representa requisito necessário para a capacitação profissional do indivíduo, além de embasar a cidadania cívica, política, econômica e social dele. As idéias de que a educação potencializa as oportunidades de emprego, a renda e o prestígio social da pessoa são consensuais entre a população.

É sabido que existe, em todo lugar, relação entre escolaridade e salário. Quanto maior é o nível educacional do trabalhador, maiores são suas competências e aptidões laborativas e, em decorrência disso, mais elevado é seu salário. Isso explica muito da desigualdade verificada no Brasil. Segundo pesquisa da UNESCO[1], esse foi o país com maior discrepância na comparação entre salários de empregados com nível superior dos rendimentos de pessoas com conclusão apenas do ensino fundamental.

Desde a abertura da economia, nos anos 90, as exigências das empresas por escolaridade da força de trabalho aumentaram substancialmente. Como as empresas precisam de mais competência, exigem mais escolaridade, o que implica que a renda da maioria da população será determinada pelo investimento feito em educação.

Além disso, educação de qualidade nos níveis fundamental e médio permite a evolução dos mercados de trabalho e de consumo. A educação propicia às empresas mão-de-obra mais esclarecida e especializada. Assim, profissionais qualificados podem ser distribuídos ao longo das atividades econômicas, o que permite a ampliação da indústria, o aumento do valor agregado dos produtos e o incremento da produtividade. O próprio mercado consumidor é beneficiado com a oferta de níveis de educação mais altos. Trabalhadores qualificados, cujos salários são dignos, relacionam-se com um consumo mais intenso, o que incrementa os lucros das empresas.

As conseqüências da educação não se verificam apenas em termos econômicos. Antônio Góis, jornalista da *Folha de São Paulo* especializado no tema, anota que: "O IBGE[2] prova que filhos de mães com mais escolaridade têm menos chance de morrer antes de completar um ano de idade" (GÓIS, 2005). Não só a mortalidade infantil, mas

[1] UNESCO. OECD. Investing in education. In: _____. World education indicators, 1999. Paris: UNESCO, OECD, 1999.
[2] Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

outros fatores de saúde – como deficiências nutricionais e prevenção de cânceres – tem intrínseca relação com o grau de conhecimento do doente.

Também é disseminada a idéia de que a falta de oportunidades na escola gera violência. A desigualdade social – na qual a educação tem participação incontestável – é apontada reiteradamente como fator gerador de marginalização e violência. Apesar de evidentemente simplista, o raciocínio encontra fundamento em estudo do IPEA[3]: "Sabe-se que a criminalidade é função inversa do nível individual de escolaridade. Isso se deve à maior empregabilidade daqueles mais escolarizados, bem como à introjeção mais profunda de valores de cidadania.".

Desse modo, inúmeras vantagens são geradas ao País. Os maiores consumo e produção aumentam a arrecadação de tributos, o que permite aplicações satisfatórias no atendimento dos interesses da população. A disseminação de uma educação universal e de qualidade reduz custos em programas assistencialistas, em saúde e em segurança. Ademais, altos índices de alfabetização e de empregabilidade melhoram a imagem da nação no contexto internacional. Isso atrai mais empresas e investimentos, isto é, alavanca o desenvolvimento socioeconômico.

A comprovação desse raciocínio se dá quando avaliamos os países que mais prosperaram desde os anos 80. Malásia, Espanha, Irlanda e Coréia do Sul investiram de forma responsável em educação, ciência e tecnologia e obtiveram notável desenvolvimento social e econômico. O fenômeno China também é explicado pela educação, já que nesse país asiático não há analfabetos.

Não é por menos que pesquisas de geógrafos, economistas e dos "gestores do futuro" apontam a educação como foco de atuação das empresas transnacionais na próxima década. É sabido que essas gigantescas corporações concentram investimentos em determinados setores, a exemplo da indústria automobilística na década de 80, do agronegócio nos anos 90 e da robótica nos anos 2000. Quer dizer, o mundo todo compreende a relação entre educação e desenvolvimento.

Com isso, torna-se evidente a urgência da efetivação de políticas públicas no campo da educação. Pesquisas e estatísticas mostram que investimentos em educação têm efeitos positivos para a redução da pobreza, da desigualdade e da concentração da renda. Comprova-se, também, que esses efeitos se mostram em longo prazo. Isso

[3] INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Brasil o estado de uma nação. Brasília, ago. 2005. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/default.jsp >. Acesso em: 18 de março de 2008.

explica, em parte, o desinteresse dos governantes brasileiros naqueles investimentos, já que o tempo do político é imediato, voltado para as eleições seguintes.

Nesse contexto, cabe à sociedade exigir do Estado seu dever em prestar educação universal, gratuita e de qualidade. A caracterização dessa educação e os meios legais para ela ser atingida serão objetos dos respectivos tópicos deste artigo.

3. As características pedagógicas da educação plena

Após a compreensão da relevância da educação, devem-se discernir suas características pedagógicas. Entre elas estão a nova função do educador, a atuação concomitante nas áreas cognitiva, afetiva e psicomotora, a ênfase no caráter investigativo e empreendedor da educação e, finalmente, a educação digital.

Em primeiro lugar, há de se entender que a revolução tecnológica provocou rupturas de paradigmas em vários setores, entre os quais a educação. Pouco tempo atrás o professor era visto como guardião supremo do conhecimento, cuja função era transmiti-lo de forma pragmática ao aluno. Este devia se postar de forma passiva e obediente, "aprendendo" com cópia, repetição e jamais com discussões com os mestres. Hodiernamente, ainda há "pedagogos" com essa obsoleta visão.

Essa realidade começa a mudar com a popularização da internet nos anos 90, e os impactos aumentam com a conexão de banda larga e a disseminação de outros meios de comunicação (televisão a cabo ou a satélite, celulares com rede WAP, entre outros). A informação e o conhecimento, assim, ficaram ao alcance de muitos. O professor, então, deixou de ser o detentor do saber e passou a ser um orientador.

Esse fluxo incessante de informação requer uma nova postura no exercício de ensinar. Professor e aluno, agora, são pólos de aprendizado. O docente deve estar atualizado e consciente de seu papel, qual seja o de orientar as fontes do educando, tirar suas dúvidas e instigar seu caráter de agente do conhecimento. Ao discente cabe participar ativamente das aulas, discutir e trocar idéias.

Propõe-se, portanto, uma nova educação, em que desenvolver no aluno a capacidade de aprender é muito mais importante que simplesmente repassar conhecimento (YOUNG, 2004). Assim, é dada ao discente a capacitação para o prosseguimento nos estudos de forma autônoma e crítica, a fim de permitir a sua futura integração ao mercado de trabalho com o pleno exercício de suas atividades profissionais.

O sociólogo italiano Domenico de Masi, em entrevista à revista *Nova Escola*, em outubro de 2000, define o papel da escola: “educar não apenas para o trabalho, mas também para o estudo e para o ócio; para as satisfações e necessidades mais essências do homem: o amor, a amizade, a diversão, o convívio, a solidariedade, a beleza”(MASI, 2000). Para de Masi, as instituições de ensino devem oferecer uma formação completa, que “significa formar o cidadão em toda a sua amplitude de homem econômico, estético, social e ético”.

Outra característica da nova educação é uma proposta pedagógica que visa a proporcionar ao aluno competências não só cognitivas, mas também afetivas e psicomotoras. Vale ressaltar que essas competências devem ser desenvolvidas de forma simultânea, interdependente e complementar.

No domínio cognitivo, a proposta é capacitar o aluno à absorção de conteúdos qualitativos e de pré-requisitos essenciais ao prosseguimento dos seus estudos, além de oferecer ferramentas básicas com a filosofia, a matemática e a linguagem, vernácula e estrangeira.

O empresário da área de educação Ricardo Young, em artigo sobre o assunto, afirma:

> A dimensão filosófica conduz o aluno à lógica formal e ao desenvolvimento de valores, que é a base para a formação da cidadania; a matemática o capacita a operar o pensamento abstrato aplicado na prática; desenvolver a linguagem falada e escrita permite ao educando expressar suas idéias com mais eficácia e entender melhor o que ouve, enquanto o aprendizado de línguas estrangeiras o auxilia a lidar com outras sociedades e outros valores, aproximando-o do mundo globalizado. (YOUNG, 2004)

No campo afetivo, são fundamentais atividades que promovam a socialização do educando, as quais desenvolvam seu espírito crítico e formem nele a consciência sócio-ambiental e a cidadã.

Assim, a escola permite que o jovem cultive atitudes, valores e hábitos saudáveis à vida em sociedade, a fim de se tornar um cidadão consciente de sua função social. Por conseguinte, ele vai compreender e respeitar os direitos e deveres do ser humano, do cidadão patriota, da família e da Nação Brasileira Por fim, vai preparar-se para

participar produtivamente da sociedade, no exercício responsável e ético de sua futura atividade profissional.

O âmbito psicomotor é igualmente relevante. O colégio deve ofertar a prática de atividades físicas aos estudantes, a fim de que eles criem hábitos saudáveis para o corpo. Inúmeros estudos psicopedagógicos confirmam as melhorias da prática de esportes no processo de aprendizagem, na formação da noção de equipe e no desenvolvimento integral do aluno.

A atribuição de empreendedorismo e de investigação ao exercício pedagógico é mais um atributo dessa nova educação. A nova ordem do capitalismo globalizado leva a crer que o desenvolvimento dos agentes econômicos depende cada vez mais da capacidade de lidar efetivamente com as informações e transformá-las em conhecimento. Esse processo, juntamente com o desenvolvimento tecnológico, constitui principal fator para as transformações que estão ocorrendo.

A educação, eivada de cultura empreendedora, passou a ser fundamental não só para inovação da própria área tecnológica, como também para o futuro das pessoas, pois lhes proporciona evolução pessoal e profissional, condições de renovar a si mesmas, de modo que possam viver e interagir em uma sociedade em constante mudança.

O ensino do empreendedorismo para crianças é fundamental. Ele é o suporte para o início de uma mudança cultural, para incitar no jovem visão de futuro, perseverança e preparo para o processo de sonhar, planejar e construir seu próprio caminho.

O empresário Eder Bolson, em artigo publicado a fevereiro de 2006, afirma:

> A educação é o único caminho para criar uma sociedade mais empreendedora no Brasil. O processo é lento. O potencial empreendedor é enorme, mas está latente. É hora de criar novos motores para os negócios. É tempo de despertar os jovens para uma nova maneira de viver. É hora de formar uma nova geração de brasileiros. É tempo de disseminar a educação empreendedora desde o ensino fundamental, até o superior. (BOLSON, 2006)

A educação também deve se preocupar em instar as capacidades investigativas dos estudantes. Isso se dá por meio de desafios, em que os alunos são levados a raciocinar rapidamente, organizar idéias e, desse modo, encontrar soluções. Os professores têm de estimular no aluno o desenvolvimento de atitudes críticas, criatividade, iniciativa e

inovação. Assim, o discente estará capacitado para buscar o conhecimento, aplicá-lo corretamente e, consequentemente, lograr êxito no exigente mercado de trabalho.

Por fim, destaca-se o atributo pedagógico da educação digital. Talvez esse seja o que mais chama atenção de governantes, empresários e educadores. O atual governo federal investiu pesadamente em inclusão digital, entretanto apenas equipar os estabelecimentos de ensino com computadores não é suficiente.

Para que, de fato, ocorra uma educação digital, os professores têm de ser capacitados com cursos que lhes dêem conhecimento e didática no assunto. As escolas têm de ter infra-estrutura para armazenar as máquinas, com laboratórios e aporte energético adequados. Daí, devem constar na grade curricular aulas de informática, que englobem lições sobre Segurança e Privacidade, Cidadania e Ética Digital.

Desse modo, os jovens saberão lidar com o bombardeio de informações desta era digital. Aproveitarão o que a tecnologia tem de melhor a oferecer e potencializarão as ferramentas de busca e os mecanismos de produção de conhecimento.

4. O histórico da legislação educacional no Brasil

Com a finalidade de apreender o processo por que o direito à educação passou, no Brasil, até chegar ao patamar de direito subjetivo público, é salutar fazer uma sucinta apreciação histórica da educação na legislação e nas constituições brasileiras.

As fontes historiográficas parecem apontar a vinda dos jesuítas no governo geral de Tomé de Sousa, em 1549, como marco inicial da educação brasileira. De acordo com Tito Lívio Ferreira, *apud* Sapio (2005, p.16): “o ensino das classes cultas, relativo aos conhecimentos básicos, era ministrado nas casas-grandes, depois complementado no estrangeiro, sendo quase toda a educação nacional controlada pelos jesuítas.” (FERREIRA, 1995).

Em 1759, o Marquês de Pombal, com políticas reformistas de cunho iluminista, extinguiu as escolas jesuíticas e reformulou o ensino, de forma a torná-lo secularizado. Essa política prejudicou o amadurecimento do sistema de ensino brasileiro, pois a educação dos jesuítas era eficaz e, apesar de muitos alvarás para regulamentar a questão, a educação pública estatal foi negligenciada.

A vinda da família real, em 1808, representou inegável avanço cultural no Rio de Janeiro, mas a educação básica continuou incipiente. A educação popular foi entregue aos governos provinciais e a média e superior ficou a cargo do governo imperial. A necessidade de se constituir uma elite para dirigir o país fez Dom João VI

criar cursos superiores, como a Academia de Marinha (1808) e a Academia Real Militar (1810). Essas iniciativas representaram certa melhora no quadro educacional de então.

Após a independência em 1822, o Brasil teve sua primeira Constituição, em 1824, sendo esta outorgada por Dom Pedro I. Nela, o direito à educação é previsto no artigo 179, o qual enumera os direitos civis e políticos. O texto constitucional era liberal na forma, porém a existência do Poder Moderador o tornava impotente. O centralismo e o autoritarismo do imperador não tinham a educação como prioridade.

Nossa primeira Constituição foi emendada pelo Ato Adicional de 1834, que determinou a gratuidade da educação primária aos cidadãos. No entanto, não havia escola para todos e o conceito de cidadão excluía os escravos, que àquela época constituíam boa parte da população. Ademais, não havia consciência social nem vontade política para que a educação fosse preocupação do estado.

Em 1891, com o advento da república dois anos atrás, o Brasil conheceu sua segunda Constituição. A valorização do individualismo e do princípio liberal provocou a omissão, por parte dos constituintes, sobre a gratuidade e a obrigatoriedade do ensino. O princípio federalista, entretanto, produziu interessantes contrastes, pois algumas constituições estaduais (Ceará, Alagoas e Bahia, por exemplo) apontaram a educação gratuita e obrigatória em seus textos.

Com a Revolução de 30, Getúlio Vargas convocou Assembléia Nacional Constituinte e o resultado foi a Carta de 1934. Inspirada na Constituição de Weimer, de 1919 e na Constituição Espanhola de 1931, a terceira Constituição do Brasil dedicou um capítulo inteiro à educação e à cultura, consagrando-as como direito fundamental de todos os cidadãos brasileiros. Mais, a educação foi elevada à categoria de direito subjetivo público, pois o artigo 149 determinou que a educação fosse direito de todos os domiciliados no País e dever dos poderes públicos garantir a efetividade desse direito.

A Constituição de 1937 foi outorgada por Getúlio Vargas e centralizava os poderes no Poder Executivo, característica de um governo forte e autoritário. Abandonaram-se as idéias de sistemas de ensino e da lei de diretrizes e passou-se toda a normatividade da educação ao Ministério da Educação. O dever do estado passa a ser compensatório, como se vê no artigo 125: “A educação integral da prole é o primeiro dever e direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular”. A Constituição do estado Novo manteve a assertiva da gratuidade (mediante alegação de escassez de recursos) e da obrigatoriedade do ensino

primário. Outros artigos ressaltavam a necessidade da prática de atividades física, profissionais, morais e cívicas. O interesse do governo era o ensino vocacional e profissionalizante.

A Constituição de 1946 veio no bojo do processo de redemocratização ocorrido após a queda de Vargas. Estabeleceu que o ensino primário fosse obrigatório e gratuito, que deveria ser dado no lar e na escola, mas não determinou a obrigação do Estado em provê-lo. Mesmo assim, a Carta de 1946 foi importante para a efetiva criação de uma legislação educacional brasileira, pois em 1961 foi promulgada a primeira LDB – Lei de Diretrizes e Bases da educação nacional.

Os governos militares, após o golpe de 1964, promulgaram a Constituição de 1967 (que depois foi emendada de forma substancial em 1969). Acerca da educação, além dos artigos constitucionais, duas leis nortearam seus caminhos. A primeira, Lei nº5540/68 articulou o ensino superior com o médio. A segunda, Lei nº5692/71, fixou diretrizes para o ensino do 1º e 2º graus, com ênfase na profissionalização do aluno no ensino médio. Pela primeira vez, expressou que a educação é direito de todos e dever do Estado, gratuito e obrigatório dos sete aos 14 anos.

Em nossa última Constituinte, a de 1988, a educação foi idealizada como direito de todos, ou seja, universal, gratuito, democrático, comunitário e de elevado padrão de qualidade. Gina Vidal Marcílio Pompeu posiciona-se sobre o tema: “Em favor do indivíduo, há um direito subjetivo exigível; em relação ao Estado, um dever jurídico a cumprir.” (2005, p.89). Foi elaborada, em seguida, a atual LBD – lei 9394/96 – a qual assegura a garantia de acesso ao Poder Judiciário, em seu art. 5º: “O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo”.

5. A exigibilidade judicial do direito à educação

A apreciação histórica feita anteriormente permite associar a educação ao conceito de direito público subjetivo. Além dos artigos da Constituição referentes ao tema (artigos 205 a 214 e passagens de outros, como o artigo 5º e o 227), há vasta legislação infraconstitucional acerca do assunto. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, os atos normativos do CNE-Conselho Nacional de Educação, o ProLei - Programa de Legislação Educacional Integrada e o PNE - Plano Nacional de Educação, por exemplo, constituem essa legislação.

Direito público subjetivo. Para educandos e suas famílias, esse termo não é muito familiar, portanto seu entendimento é fundamental para poderem exigir a prestação jurisdicional do acesso ao ensino público. A concepção de Pinto Ferreira, *apud* Pompeu (2005, p.88) acerca desse conceito é a seguinte:

> O direito público subjetivo é a faculdade ou o poder de exigir de uma pessoa uma prestação visando a atender o interesse legítimo. Ele se articula com quatro elementos: o sujeito ou o titular do direito ou faculdade; o objeto sobre o qual recai tal direito; a relação do titular para com o objeto; a possibilidade de invocar a proteção-coerção determinada pelo direito e por este assegurada. (FERREIRA, 1995)

A simples existência dessa abrangente e avançada legislação não tem muita validade, caso ela não seja aplicada de fato. Essa efetivação depende da atuação responsável dos Poderes Executivo e Legislativo e, notadamente, da fiscalização e da intervenção do Poder Judiciário.

Os governantes freqüentemente apontam a falta de condições financeiras para planejar e realizar orçamento que garanta, à população, vaga na escola, qualidade de ensino, além de programas suplementares de transporte, alimentação e assistência médica. O inciso VI do artigo 30 e o inciso VII do artigo 208 da Constituição Federal afirmam que essas alegações não eximem o dever do gestor público. Logo, o argumento da reserva do possível não tem pertinência frente às regras constitucionais.

A tese de incompetência dos tribunais para decidir sobre a matéria é igualmente infundada. A Constituição de 88 determinou as regras sobre as competências em nível de direitos fundamentais, entre os quais o da educação. Assim, para garantir esse direito, cabe Ação Civil Pública, isto é, instrumento processual de que podem se valer o Ministério Público e outras entidades legitimadas para a defesa de interesses individuais e coletivos. Cabe, também, Inquérito Civil, procedimento administrativo inquisitivo, cuja instauração e presidência são privativas do Ministério Público.

Além da Ação Civil Pública e o Inquérito Civil, o Mandado de Segurança também é cabível para a obtenção de direito negado pela via judicial. Assim diz a Lei nº 1533 de 31 de dezembro de 1951: "Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de

sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça".

Ademais, a atuação dos Tribunais de Contas mostra-se fundamental para a fiscalização dos orçamentos relativos à educação. A Corte das Contas deve observar o artigo 212 da Constituição, o qual determina que a União não pode aplicar menos de 18% e os estados, o Distrito Federal e os Municípios, menos de 25% da receita proveniente dos impostos na manutenção e expansão do ensino.

Por fim, cumpre lembrar o papel da própria sociedade na inspeção e na cobrança das políticas educacionais por parte dos governos. Alunos, pais, enfim, toda a comunidade deve clamar por vagas na escola, por infra-estrutura adequada ao aprendizado pleno e por qualidade no ensino. A cidadania é construção cotidiana, dela depende a educação, e a educação depende dela.

6. Conclusão

O presente artigo busca sensibilizar os operadores do Direito quanto à importância da educação no desenvolvimento da sociedade, e quanto ao papel primordial do Poder Judicial na efetivação desse direito.

A relevância da educação em termos sociais, econômicos e a interdependência entre ela e o desenvolvimento é ponto pacífico. Basta observar que as nações cujos crescimentos foram mais evidentes nas últimas décadas (Coréia do Sul, Irlanda, Espanha, China) foram justamente aquelas que investiram seriamente em educação.

A educação deve ser devidamente caracterizada do ponto de vista pedagógico, para que seus benefícios sejam absorvidos de forma plena. Nesse sentido, deve-se discernir a nova educação, composta pela atuação dinâmica entre educador e educando, pela ênfase concomitante nos domínios cognitivo, afetivo e psicomotor, pelo caráter empreendedor e investigativo e pela oferta de educação digital.

Após uma análise do histórico legal e constitucional do direito à educação, torna-se claro a associação dele como direito público subjetivo. Por isso, constitui-se em exigibilidade judicial. O papel do Poder Judiciário, juntamente com a sociedade, é crucial para a plenitude do direito à educação.

A título de reflexão, transcreve-se frase do eminente educador Paulo Freire: "Não é possível refazer este país, democratizá-lo, humanizá-lo, torná-lo sério, com adolescentes brincando de matar gente, ofendendo a vida, destruindo o sonho,

inviabilizando o amor. Se a educação sozinha não transformar a sociedade, sem ela tampouco a sociedade muda.".

7. Referências Bibliográficas

- POMPEU, Gina Vidal Marcílio. **Direito à Educação; controle social e exigibilidade judicial**. Rio – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2005;
- WERTHEIN, Jorge; CUNHA, Célio da (orgs). **Investimentos em Educação, Ciência e tecnologia: o que pensam os jornalistas**. 2ª edição. Brasília: Unesco e Instituto Sangari, 2005;
- WERTHEIN, Jorge; CUNHA, Célio da (orgs). **Investimentos em Educação, Ciência e tecnologia: o que pensam os empresários**. Brasília: Unesco e Ministério da Educação, 2004;
- SAPIO, Gabriele. **A educação no Brasil: uma abordagem do direito à educação como um direito fundamental sustentado pelo princípio da dignidade da pessoa humana**. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional), Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2005;
- BOLSON, Eder. **Educação empreendedora**. São Paulo, fev. 2006. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/artigos/786> . Acesso em: 10 de março de 2008;
- MENDES, Carolina de Aguiar Teixeira. **Educação digital**. Brasília, set. 2006. Disponível em: <http://www.brasilescola.com/educacao/educacao-digital.htm>. Acesso em: 15 de março de 2008;
- MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Legalização Educacional**. Brasília, mar. 2008. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=content&task=view&id=78&Itemid=221>. Acesso em: 17 de março de 2008;
- COLÉGIO MILITAR DE FORTALEZA. **Proposta pedagógica do Colégio Milita de Fortaleza**. Fortaleza, mai. 2002. Disponível em: < http://www.cmf.ensino.eb.br>. Acesso em: 18 de março de 2008;

Homoafetividade e Direito: Uma busca por garantias.

RESUMO

Grande discussão trouxe aos tribunais a exigência, por parte dos homossexuais, de serem protegidos por dispositivos legais, à mesma maneira dos heterossexuais, no que concerne à formação de família e à possibilidade de constituição de união estável. Este artigo suscita as controvérsias da questão, bem como as opiniões fundamentadas por magistrados quando da aceitação ou negação de direitos ditos fundamentais a esse tipo de relação.

Palavras-chave: Homoafetividade. União Estável. Direito de Família.

ABSTRACT

Big discussion brought to the courts the reclaim, parting from homosexuals, of being protected by legal devices, just in the same way heterosexuals are, in which concerns to the formation of a family and to the possibility of constitution of stable union. This article raises the controversies of the subject, as well as the opinions defended by Magistrates about the accepting or denying of rights said fundamental to this kind of relation.

Keywords: Homoaffection. Stable Union. Family's Laws.

1 Rumo à marginalização.

1.1 Breve histórico.

Parece ser a homossexualidade tão antiga quanto a heterossexualidade. Historiadores indicam que o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo sempre existiu, sendo ora absolutamente reprimido, ora patologizado, ora tolerado, porém nunca aceito.

Já em 5000 a.C., segundo alguns estudiosos do tema, podemos encontrar referências à homossexualidade. Trata-se de uma inscrição em rocha, encontrada em Addara, na Sicília, na qual um grupo de pessoas dança em volta de dois homens com ereção, o que seria supostamente a representação de uma relação homoerótica. Ainda antes de Cristo, no século XXVIII, é escrito o mais antigo conto que se tem conhecimento na história da humanidade, a Epopéia de Gilgamesh. Alguns intérpretes consideram que ela

inclui o primeiro relato de “amor homo afetivo”, protagonizado por Enkidu. [1]

Foi, contudo, na Grécia e na Roma imperial, que a pederastia foi mais vista e documentada. Zeus e Gamimede formavam o casal masculino mais famoso da mitologia Grega. A heterossexualidade servia para a procriação, tendo a homossexualidade um caráter pedagógico (método de iniciação do menino na comunidade masculina, abandonando a figura materna), uma manifestação da libido humana. Servia também como uma forma de contenção populacional e como uma adoração do nu e do belo. [2]

Em Roma, a sodomia também se fazia presente, sendo tão aceitável quanto relações entre casais, amantes ou mesmo entre escravos e senhores. Não era um comportamento condenável por denotar virilidade. Havia, contudo, uma severa crítica à passividade, por esta estar diretamente ligada à passividade sexual e à impotência política. Como, entretanto, na maioria das vezes, o elemento passivo da relação eram justamente os politicamente incapazes - mulheres, crianças, escravos e estrangeiros - não havia uma importância muito grande de eles também serem rechaçados por sua sexualidade.

As maiores censuras das quais as relações homossexuais são alvo, porém, são provenientes das religiões. Por meio da Santa Inquisição, o Catolicismo lançava pederastas ao fogo, com a argumentação de que a essência da vida era o homem, a mulher e a procriação para constituição de família. Qualquer tipo de relação sexual que não tivesse como um fim a fecundação seria tida como heresia, inexistindo a idéia de prazer ou satisfação da libido. Daí surge a condenação das relações homossexuais as masculinas sob a alegativa do desperdício de sêmen e, conseqüentemente, de vida.

A religião foi, ainda, responsável pela sacralização do casamento, confundindo-o com o matrimônio e trazendo a idéia de que toda relação sexual sem a procriação como finalidade deveria ser repugnada e representaria um pecado. [3]

1.2 Os guetos.

Essa inclinação de desagrado ao diferente, ao incomum, segregou as minorias.

---

[1] WALLS, Neal H. **Desire, discord and death:** approaches to ancient Near Eastern myth. V 8. Boston: ASOR books, 2001.

[2] Certamente que essa não é a única corrente de pensamento acerca do assunto. Inclusive Kelsen, em seu livro *A ilusão da Justiça*, contesta a idéia da aceitação normal, como parte de um processo, das expressões de pedofilia e sodomia na Grécia. Poderiam ser entendidas as relações homossexuais como um desvirtuamento da sociedade masculina, marcada pelo ócio excessivo.

[3] Houve uma confusão do que é moralmente correto com o conjunto de dogmas religiosos, o que trouxe a colocação, na sociedade, de uma gama de pressupostos de preconceito e não-aceitação dessa minoria.

Defendia-se veementemente a crença de que a verdade está implícita nos sentimentos da maioria, como se todas as formas de expressão humana pudessem ser nomeadas.

Os adeptos ao homossexualismo, ainda no termo que expressa um transtorno doentio, passaram a viver entre si, a comemorar entre si. Houve a criação de um "submundo" mal visto e esquecido no qual *gays* e *lésbicas* se trancavam e festejavam suas ideologias abertamente.

Ainda hoje há bares e festas onde "héteros" não entram, denotando um ressentimento profundo com a sociedade que os deserdou de direitos e garantias. A ausência de direitos e regulamentação jurídica os fez, por tempos, descrer na Justiça e buscar entre os seus o que lhes dizia respeito.

Grande exemplo é a Parada do Orgulho Gay, que expressa um grito de libertação, uma mostra de existência e, certamente, de auto-afirmação. Alguns aprovam a iniciativa, dizendo ser necessário ver para aceitar; outros defendem que não se vence conservadorismo à força, e que a iniciativa é um "tapa" exagerado demais, colorido demais.

A questão veio, de fato, à tona quando, "saindo do armário", eles surgiram, sem terem jamais desaparecido, exigindo tratamento igual às relações heterossexuais, sobretudo no que concerne à união com seus parceiros, exigindo assim que os princípios básicos da constituição federal fossem, de fato, postos em prática.

2 Homoafetividade e família.

2.1 Enquadramento nos princípios de família.

Família é uma realidade sociológica, um dos pilares de qualquer sociedade. Tão necessária e sagrada que mereceu ampla defesa e sustentação da Constituição de 88. É uma união marcada pelo afeto, pela vontade que duas pessoas têm de unirem suas existências tendo em vista a afinidade e o amor.

Diz Rodrigo Cunha Pereira que o Direito de Família é o mais humano de todos os ramos do Direito, daí surgindo a necessidade de pensá-lo junto dos Direitos Humanos, sobretudo do princípio da dignidade da pessoa humana. Esse é, pois, o princípio fundamental do Direito de Família, proveniente do art.1º, III da CF. Além desse, a doutrina prega: 2) Paternidade responsável e planejamento familiar (art. 226, §7º CF), vedando a imposição de quaisquer meios de planejamento pelo Estado ou por qualquer outra

instituição; 3) Comunhão plena de vida (art. 1511 CC), priorizando a socioafetividade e sobrepondo laços afetivos sobre formais.

A Constituição traz, ainda, uma revolução no Direito de Família, que se deu em três esferas: 1) Defesa da pluralidade familiar, mostrando as várias constituições de família (art. 226, §§ 3° e 4° CF); 2) Proibição de designações discriminatórias entre os filhos, por idade ou legitimidade (art. 227, §6º CF); 3) Igualdade entre os cônjuges (art. 226, §5º CF).

Duas pessoas podem, independente do sexo, constituir uma família planejada, estável e repleta de afeto. A constituição de 88 dá um passo à frente ao afirmar que os círculos familiares não se restringem às uniões sagradas pelo matrimônio, constatando a legitimidade do concubinato. O conceito de família desvincula-se, cada vez mais, do sexo dos cônjuges, do casamento e da reprodução.

Porém, segundo alguns estudiosos, houve "covardia" por parte dos parlamentares ao não se regulamentarem dispositivos que albergassem outros tipos de família, dentre as quais a homoafetiva. Para esses mesmos estudiosos, isso fere o princípio da dignidade da pessoa humana, ao recusar-lhes um direito fundamental, o da legitimidade de convivência familiar e comunitária. Os legisladores condenaram as uniões homossexuais ao que é pior num Estado Democrático de Direito, à invisibilidade.

2.2 "Civil Union", PACS e "Parceria Civil Registrada".

Segundo Carl Djerassi, a pílula liberou o sexo da reprodução; a inseminação artificial liberou a reprodução do sexo. [4] Com isso, torna-se ilógico continuar a ligar o casamento à procriação e, como conseqüência, à necessidade de cônjuges de sexo diferente.

Para tentar pôr nas relações homoafetivas alguma credibilidade jurídica, tornando-as vivas ante o Direito, foi instituída a União Civil entre pessoas do mesmo sexo, pela primeira vez, em junho de 1989, na Dinamarca.

Em muitos países, essa forma de união é adotada. Na Suécia, a união permite a troca de sobrenomes entre os cônjuges, o que não ocorre na Finlândia. Groelândia, Islândia e Catalunha concedem a homossexuais direitos idênticos aos que têm direito pessoas casadas, à exceção do de adoção.

Na França, em 1999, foi criado o Pacto Civil de Solidariedade, ou PACS. Trata-se de uma declaração conjunta, firmada em cartório, que marca o início da vida em

[4] DJERASSI, Carl. Entrevista publicada no Jornal Zero Hora, Porto Alegre, 2005.

comunhão de duas pessoas, independente do sexo. Ele cria a obrigação de auxílio mútuo e de solidariedade entre os contratantes, sendo estipulada livremente entre as partes. O PACS tornou-se uma real alternativa ao casamento, sendo firmado indiferentemente da orientação sexual.

No Brasil, sob o slogan "Um legítimo direito de cidadania", a ex-Deputada Marta Suplicy apresentou o projeto de lei n° 1.151/95, visando a disciplinar as uniões civis entre pessoas do mesmo sexo.

É clara a tentativa que o projeto faz de resguardar direitos às relações homossexuais, criando inclusive vínculos patrimoniais. Críticas, contudo, não são poucas quanto à falta de previsão sobre direito de alimentos e quanto a outras imprevisões, às quais se aspiram agora, visto que já se passaram mais de 10 anos de sua produção.

É enormemente válida, mesmo com muitas imperfeições técnicas, a vontade de se dar juridicidade a tais relações. Esse projeto, segundo Maria Berenice Dias, é mais que válido, sobretudo porque nele há a defesa de direitos que não são reconhecidos pela jurisprudência. Sem ele, as relações homoafetivas continuam dependendo da sensibilidade e da boa vontade da Justiça.

2.3 A Declaração dos Direitos Sexuais.

Em 1997, tendo sido referendada e aprovada em 1999, foi elaborada a Declaração dos Direitos Sexuais [5], constando de onze itens dos quais toda pessoa teria direito. Alguns itens entram em dissonância com ordenamentos de alguns países, como *Direito à expressão sexual* [6] e *Direito à livre associação sexual* [7], bem como alguns outros vão de encontro à moralidade e aos bons costumes de outros países, tal qual o *Direito à liberdade sexual* [8] e o *Direito ao prazer sexual* [9].

Esse documento formulado por especialistas é fundamental para a consolidação

[5] World Association for Sexual Health: Declaration of Sexual Health. Written in the XIII WAS Congress, in Valencia (Spain), and approved and voted during the XIV WAS Congress, in Hong Kong (China).

[6] **The right to emotional sexual expression.** Sexual expression is more than erotic pleasure or sexual acts. Individuals have a right to express their sexuality through communication, touch, emotional expression and love.

[7] **The right to sexually associate freely.** This means the possibility to marry or not, to divorce, and to establish other types of responsible sexual associations.

[8] **The right to sexual freedom.** Sexual freedom encompasses the possibility for individuals to express their full sexual potential. However, this excludes all forms of sexual coercion, exploitation and abuse at any time and situations in life

[9] **The right to sexual pleasure.** Sexual pleasure, including autoeroticism, is a source of physical, psychological, intellectual and spiritual well being.

do Direito à sexualidade como Direito Fundamental. É, porém, bastante complexo de ser implementado em se tratando de Brasil, sobretudo quando olhado pelos olhos conservadores de muitos parlamentares.

3 Homoafetividade e União Estável.

A Justiça vem, há alguns anos, sendo palco de decisões históricas. Como a eventual não previsão jurídica de uma matéria não inviabiliza que alguém proponha a ação (art. 3° CPC), bastando haver interesse e legitimidade, e, como o juiz não pode abster-se de julgar um caso que lhe surge (art. 126 CPC), o Judiciário se põe numa posição de suprir as deficiências e lacunas do Ordenamento Jurídico Nacional por meio da jurisprudência.

Um dos casos sem previsão legal que chega ao Poder Judiciário é o da União Homoafetiva. O intérprete deve, então, despir-se de seus preconceitos e princípios morais ao máximo, de forma a agir racionalmente e chegar o mais próximo de uma decisão científica plena. Deve-se julgar - contra ou favoravelmente. O que não se concebe é ignorar um fato de tamanha pertinência.

3.1 Fundamentação da negação de pedidos.

Duas são as linhas de raciocínio mais utilizadas que fundamentam a não existência de união estável entre casais homossexuais. A primeira diz respeito à impossibilidade jurídica por semelhança de sexo e a segunda é relativa à não aceitação da união homo afetiva como entidade familiar.

Comecemos pela segunda. O preceito básico que a fundamenta é que toda e qualquer idéia de família passa, necessariamente, pela idéia de prole. A humanidade abandonou a poligamia com objetivo à segurança da espécie e à paternidade certa. Diz-se que uma família é muito mais do que uma união em que reina o afeto: ela é a base da sociedade. Disso se deduz que o legislador pouco se importou com pactos ou relações amorosas, centrando-se na defesa de uma instituição de suma importância à sociedade. A acepção jurídica de família não tem como fato jurígeno o afeto, mas a constituição de uma família, a qual tem início no casamento. Daí porque amigos que se adoram e têm laços afetivos fortíssimos não constituem família nem podem exigir alimentos, por exemplo.

Como a união entre pessoas do mesmo sexo não tem previsão legal, segundo o artigo 4° da LICC, o intérprete deve usar da analogia, dos costumes e dos princípios gerais

do Direito para solucionar o fato, e todos eles fundamentam a negação de provimento a pedidos tais. Não há analogia entre entidades absolutamente contrárias, tais como a união fática de duas pessoas do mesmo sexo e a união juridicamente tutelada de um homem e uma mulher; os costumes sociais repudiam a homossexualidade, vista como imoral e doentia; os princípios gerais do Direito, mormente o da dignidade da pessoa humana, são inválidos, pois não é uma afronta à dignidade do ser não se casar. Não haveria crise, por conseguinte, em entender e aceitar que o casamento foi criado exclusivamente para homens e mulheres, assim como a curatela o foi para os incapazes, sem que isso represente descriminação.

A primeira corrente, mais contida, vê nas uniões homo afetivas um foco de expressão familiar, mas argüi-se da legalidade da cessão de direitos de união estável a tais casais. Segundo o artigo 226, §3° da CF, a união estável é instituição firmada entre homem e mulher, equiparada ao casamento, devendo a lei facilitar sua conversão. Mesma interpretação se capta no artigo 1723 do Código Civil.

Se um casamento entre pessoas do mesmo sexo inexiste, como se dá o direito de um casal, por meio de união estável, exigi-lo e ainda requerer que a lei facilite sua conversão? Com base no mesmo princípio da dignidade da pessoa humana, uma ação para conversão em casamento, feita por pessoas do mesmo sexo, deveria ser aceita, visto não se permitir discriminação, inclusive e, neste caso, sobretudo, de sexo.

Seguindo esse raciocínio, bem como o anteriormente citado, a união homossexual não encontra respaldo nem no casamento, nem na união estável, constituindo sociedade de fato, albergando interesses essencialmente econômicos e incidindo no Direito das Obrigações.

3.2 Fundamentação da aceitação de pedidos.

Não há dispositivos legais que solucionem a questão da união homossexual, caracterizando uma lacuna no ordenamento. Para Kelsen, teórico da completude do sistema normativo, o que não está proibido é permitido. Logo, se, no ordenamento brasileiro, não se encontram dispositivos que proíbam tal união, ela é perfeitamente possível. Desse modo, a completude do ordenamento abarcaria tais situações, mesmo sem expressa previsão legal.

Para Bobbio, porém, teórico da incompletude do ordenamento, as lacunas são oriundas não da falta de normas, mas da falta de normas justas a serem aplicadas. Esse

vazio legal deve ser preenchido, segundo o artigo 4° da LICC, com analogias, princípios gerais e costumes.

3.2.1 Princípios Gerais do Direito.

Exalta-se a defesa da dignidade da pessoa humana e a igualdade de tratamento, suscitados respectivamente nos artigos 1°, III e no 3°, IV da CF.

É fundamental, num Estado Democrático de Direito, que se tratem as pessoas de forma igualitária, sem discriminações de qualquer espécie. Diferenciar tratamentos por motivo de orientação sexual é uma forma de desigualar, implantar o preconceito. Isso se liga à idéia de que toda pessoa humana é um fim em si mesma, não podendo ser "descartada" em função de características próprias que as definam das demais.

Negar às pessoas esse vínculo afetivo defendido pelo Estado seria, pois, privá-las do direito fundamental, defendido pela Constituição, de constituição de família e de vida em comunhão, o que lhes seria *sim* uma grande afronta à dignidade.

3.2.2 Analogia.

Realizar analogia é disciplinar um caso da mesma forma que outro semelhante e já disciplinado, segundo Bobbio. O processo de analogia, segundo Maria Helena Diniz, observa a três requisitos fundamentais: 1) o vazio legislativo (não existência de dispositivo que o regule); 2) Caráter de similitude com a situação já tutelada juridicamente; 3) Identidade *essencial* ou de fato.

Propõe-se, então, analogia com a união estável heterossexual, tendo em vista esses três requisitos: 1) De fato, não há lei que regulamente a situação de dois homossexuais que queiram formar ou dissolver uma união estável; 2) Nos dois tipos de união estável, ambos os membros unem-se tendo como causa o afeto e o companheirismo, sendo ainda os dois tipos uniões não formalizadas por celebrações oficiais, como há no casamento; 3) O que levou o legislador a perceber as uniões estáveis heterossexuais foi a comunhão e o caráter afetivo da vida em comum, fator também existente na homossexual.

Muitos intérpretes, ao constatarem a conformidade da vida em comum nos fundamentos da união estável, aceitam-na e definem-na, independente do sexo, como se percebe no trecho seguinte:

> Diante da prova contida nos autos, mantém-se o reconhecimento proferido na sentença da união estável entre as partes, já que entre os litigantes

> existiu por mais de dez anos forte relação de afeto com sentimentos e envolvimentos emocionais, numa convivência more uxoria, pública e notória, com comunhão de vida e mútua assistência econômica, sendo a partilha dos bens mera conseqüência. [10]

Contesta-se, ainda, dizendo que aqueles que vivem em união estável também sofreram discriminações no início do processo, assim como as famílias homossexuais de hoje. E isso seria uma semelhança histórica semelhante e fundamental.

3.3.3 Costumes.

Com o desenvolvimento histórico, foi sendo mostrado que a homossexualidade não é uma doença, nem uma exaltação da imoralidade, mas um modo diferente de ser. Muito se discutiu, por meio da mídia e de ONG's, acerca da necessidade de tolerância e de respeito às variadas vertentes de opção sexual.

A sociedade brasileira está mais esclarecida quanto à questão e, por isso, está aceitando melhor a idéia. Com a mudança dos costumes e com a alteração do conceito e da estrutura familiar, cada vez menos centralizadora e paternalista, o Direito se estrutura para acolher aquilo que, no seio da sociedade, deve ter tratamento igual às demais formas de expressão sexual.

Dessa forma, os costumes, mudados e mais adeptos à tolerância, também se aliam à causa homossexual na luta pela saída do vácuo legal em que se encontram, forçando os intérpretes a reconhecerem-nas como legais e enquadrando-as no conceito de entidade familiar e união estável.

4 Homoafetividade e Casamento.

4.1 O "Casamento Homoafetivo".

Casamento, para a doutrina, é um contrato moral, pessoal e *sui generis*, constituído pela recíproca declaração dos contratantes de estabelecerem sociedade conjugal. Tendo em vista o âmbito dos cônjuges, o casamento tem uma natureza, mesmo permeada de afeto, contratual; para o âmbito estatal, ele já é um fenômeno institucional, supra-individual, caracterizando uma instituição social fundamental e digna de proteção legal.

---

[10] **EMENTA:** EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO **HOMOAFETIVA**. COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70014928816, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 22/12/2006).

Um dos requisitos para que possa *haver* casamento é a diversidade de sexos entre os cônjuges, a qual é um posicionamento formal e tradicional que remonta dos textos jurídicos clássicos de Roma. Daí o motivo pelo qual é inexistente o casamento entre homossexuais, sendo, inclusive, vedado o reconhecimento de união estável.

Essa diferença de sexos é deflagrada de forma indireta pelo art. 226 §§ 3° e 5° da CF). Ainda, o art. 1517 do Código Civil ("o homem e a mulher, com 16 anos, podem casar") e o 1565 do mesmo diploma legal trazem tal necessidade como fator fundamental para existência do ato jurídico casamento.

Intérpretes trazem à tona a ambigüidade desses artigos, ao indagarem quem, de fato pode casar com quem. A partir de 16 anos, um homem pode casar com uma mulher, ou um homem pode casar com quem queira e, da mesma forma, a mulher? Para outros intérpretes, porém, essa é uma condição tão evidente e óbvia que dispensa regulamentação legislativa, evitando a redundância.

5 Considerações finais.

Essa temática é uma das que mais suscitam debates acalorados nas academias e nos tribunais. Cada um, de acordo com sua educação e preceitos morais, tem uma forma de abordar e enquadrar a situação jurídica das uniões homossexuais. Mas enquadrar de alguma forma parte do pressuposto que se tenham dispositivos legais para fazê-lo. Como se disse anteriormente, espera-se do intérprete que julgue, contra ou a favor, mas que julgue. A permanência num estado de inexistência, para os homossexuais, é insuportável e revoltante; para o Estado, por mais cômodo que pareça ser, revela incoerências e discrepâncias entre o que se dita como norma e o que se põe em prática. Seria mais uma expressão característica de um País com um mínimo constitucional acentuado.

Quando dois princípios constitucionais entram em choque, não se pode excluir um, deixando o mais justo, visto que isso traria a insegurança jurídica. Ambos devem coexistir, sendo preservados seus centros axiológicos. Logo, no choque dos princípios constitucionais da família e dos princípios da igualdade, isonomia e da dignidade da pessoa humana, é inconcebível, como faz a maioria dos magistrados, tecer longas defesas a apenas um deles, desprezando os demais.

Chega-se ao ponto de clamar por proteção extra, o que, data vênia, não é

cabível. De fato o desprezo moral que sofrem os homossexuais traz um desprezo jurídico, mas isso não pode servir de argumento para a estruturação de uma legislação própria, que traga benefícios exacerbados e gratificações além do que, de fato, é aceitável.

Uma forte crítica também é feita à determinação de alguns tribunais a uniões homo afetivas como sociedades de fato, trazendo-as à luz do direito empresarial e das obrigações. Uma relação permeada pelo afeto, pela publicidade, pelo companheirismo, pela dependência financeira e pelo interesse real de constituir família não pode ficar longe da proteção da Vara de Família nem deixar de receber tratamento específico desse ramo do Direito. Relações tais devem ser tratadas como *de afeto*, não como *de fato.* Inclusive na repartição dos bens adquiridos durante o período de vida em comum e na cessão de alimentos. É inconcebível que a família de uma das partes, após sua morte, receba herança integral ou parcial, ficando o outro cônjuge sem nada ou com menos do que merece. Isso é uma defesa ao enriquecimento ilícito, pois, muitas vezes, a família do morto o menosprezava pela sua opção sexual, tendo sido o companheiro o único a suportá-lo e a construir com ele um patrimônio.

Por fim, sobre o casamento, se partirmos do conceito de Schopenhauer, que afirma ser o casamento um modo de se ganhar o dobro de obrigações e de se perder a metade dos direitos [11], fica incoerente não aceitar o casamento de quem bem queira. Mas, obviamente, a segurança jurídica e a estrutura sólida do ordenamento contam mais.

Não se pode pôr princípios próprios acima dos gerais e querer que eles sejam aceitos simples e rapidamente. A complexidade da moralidade e dos interesses coletivos deve ser levada em conta. Os interesses das minorias são importantíssimos, bem como os da maioria. Fazer alarde demais e criar motins extremados é, porém, data máxima vênia, jogar os de um contra os da outra.

Se vitoriosa, crê-se que essa revolução, assim como qualquer outra, tornar-se-á extremamente e perfeitamente conservadora, e a sociedade perguntar-se-á o porquê de tamanha demora para implementá-la , visto ser tão óbvia e coerente. É assim sempre.

6 Fontes de Pesquisa.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4 edição. São Paulo:

[11] Citado em Carlos Roberto Gonçalves, Direito Civil Brasileiro, v. 6, p. 1.

Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. V. 6. 2 edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 10 edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual:** O preconceito & a Justiça. 3 edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível N° 70021085691. Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos. Porto Alegre. 4 de dezembro de 2007. Disponível em < www.tj.rs.gov.br >.

Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível N° 70014928816. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. Porto Alegre. 22 de dezembro de 2006. Disponível em < www.tj.rs.gov.br >.

Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível N° 70012836755. Relatora: Maria Berenice Dias. Porto Alegre. 21 de dezembro de 2005. Disponível em < www.tj.rs.gov.br >.

Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70021908587. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. Porto Alegre. 5 de dezembro de 2005. Disponível em < www.tj.rs.gov.br >.

ASPECTOS GERAIS DO DANO MORAL: DOS PRIMEIROS CÓDIGOS DA HUMANIDADE À JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ATUAL

ANA SOFIA CAVALCANTE PINHEIRO[*]

RESUMO

O tema "dano moral" é bastante atual e tem se mostrado frutífero em discussões não apenas jurídicas, quanto leigas. Praticamente todas as pessoas na atualidade já se sentiram possivelmente atingidas por um dano moral e é justamente essa popularização e disseminação do termo que, provavelmente, tem provocado o surgimento da chamada "indústria do dano moral". É inegável, porém, a importância desse instituto, de vez que certas lesões são de fato atentatórias da honra, da imagem, do bem estar psíquico da pessoa, o que deve ser feita é uma diferenciação de situações dessa natureza daquelas que provocam apenas um aborrecimento ou um simples *stress*, dos quais ninguém pode fugir no seu dia-a-dia. Diante da vastidão desse tema, ainda assim nos aventuramos a escrever sobre ele, pois também é um tema muitíssimo interessante. Pretendemos ao longo desse trabalho tratar da definição de dano e de dano moral em especial, além de discorrer brevemente sobre sua origem histórica e de entender mais sobre esse instituto aqui no Brasil, tudo isso permeado, sempre que possível, por citações jurisprudenciais. Recorreremos, para tanto, à pesquisa tanto bibliográfica, quanto virtual.

Palavras-Chave: Dano Moral. Histórico. Jurisprudência.

ABSTRACT

The subject pain and suffering damage is quite current and it has been very plentiful in discussions not just juridical, as lay. In fact, nowadays, almost all the people have already thought they have been affected by wounded feelings, and maybe it is this popularization of the expression that has caused the emergence of the pain and suffering damage industry. Although this fact, we can not deny the importance of this institute, because there are some kinds of hurt, which are really very bad to the dignity, the image and the psychological state of the person, so we need to do the distinction between these kind of situation and the ones which only cause a little upset, that is common in our lives. This is a very wide theme, but we want to write about it, because it is very interesting. We intend to give its definition, and discuss about its historical origin. Also we are going to understand more about this institute here in Brazil mentioning case law. We are going to use the bibliographical search and the virtual one to do this work.

Key words: Pain and suffering damage. Historical. Case law.

1. Definição de dano

[*] Aluna da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

Como se depreende da interpretação do art. 186 do Código Civil, dano é uma lesão a direito que pode ser provocada tanto por pessoa física, quanto jurídica, tanto por meio de uma ação, quanto por uma omissão. Mais a frente, no art. 927, tem-se que aquele que por ato ilícito causar dano a outro fica obrigado a repará-lo, previsão que prevê a necessidade de indenização.

Existem vários tipo de danos e parece que a cada dia novas denominações surgem para eles. Contentemo-nos com os danos morais, os materiais e os estéticos, esses primeiros o objeto desse estudo.

Muitas diferenciações são propostas para diferir danos materiais de morais. A mais recorrente é aquela que prevê que os danos materiais atingem o patrimônio da vítima, enquanto os morais teriam conseqüências extra-patrimoniais. Essa colocação faz sentido se pensarmos o patrimônio como sendo formado apenas por coisas economicamente valoráveis, coisas as quais podemos "dar preço", afinal, é possível que queiramos considerar nossa honra também como parte de nosso patrimônio e, assim, a definição ficaria inexata.

Pois bem, consideremos como patrimônio apenas o que é economicamente apreciável e assim, façamos a diferença entre dano moral e material como sendo o primeiro referente a lesões extra-patrimoniais e o último, a patrimoniais.

Ou seja, o dano moral é aquele que atinge e abala a honra, a boa fé, a dignidade, a boa imagem frente à sociedade e tanto pode ser sofrido pelas pessoas físicas quanto pelas jurídicas, afinal uma sociedade empresária também pode ser duramente atingida em sua boa imagem perante os seus clientes.

Para Maria Helena Diniz (Apud SILVA, 1999:39), o critério para se distinguir esses dois tipos de danos não pode ser apenas o tipo de direito atingido, mas deve levar em conta o efeito da lesão jurídica, pois, segundo ela, só assim se poderá falar em dano patrimonial indireto, tema que trataremos quando da definição de dano moral propriamente dita.

Nesse sentido, o exemplo dela é o seguinte: o direito à integridade corporal, que é um direito da personalidade, pode sofrer tanto prejuízo patrimonial, quanto extra-patrimonial. No primeiro caso, seria a lesão as despesas com o tratamento da vítima (dano emergente) e sua incapacidade para o trabalho (lucro cessante). No caso extra-patrimonial, a vítima sofreria uma imperfeição que lhe provocaria complexos por causa da deformação.

O Desembargador Relator Raul Araújo Filho, do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará[1], nos dá uma definição bem precisa de dano moral:

> (...) Num passado próximo, antes da entrada em vigor da atual Constituição (5 de outubro de 1988), não era admissível a reparação oriunda de dano puramente moral, mas apenas da sua repercussão material. - Hoje já elevado à categoria de direito fundamental individual, nos incisos V e X, do art. 5º, da *Lex Legum*, o cabimento da indenização por dano

[1] Julgamento da apelação cível nº 2005.0010.8197-9/0, 1ª Câmara Cível, publicada em 16/03/2007.

> puramente moral é pacífico na jurisprudência, mormente posterior ao entendimento contido na Súmula 37, do STJ, que possibilita a cumulação de reparação de danos morais e patrimoniais, tratando-os de forma distinta. Admite-se hoje em dia, até mesmo, a possibilidade de danos puramente morais de pessoa jurídica, algo impensável no passado. - O dano moral é entendido como a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja a dor física - dor-sensação nascida de uma lesão material; seja a dor moral dor-sentimento - nascida de causa material, como o abalo do sentimento de uma pessoa, provocando-lhe dor, tristeza, desgosto, depressão, enfim, perda da alegria de viver (...).

O STJ hoje entende, conforme mencionado pelo próprio desembargador, que é totalmente possível, inclusive, a cumulação entre danos morais e materiais, entendimento esse pacificado através da Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.".

Quanto aos danos estéticos, seriam aqueles que atingiriam a imagem externa da pessoa, trazendo algum tipo de conseqüência indesejada, como uma cicatriz na face. Porém, muitas vezes parece confundir-se com o dano moral, nesse sentido é que o STJ entende que só é possível a cumulação dos dois tipos de danos, se houver causas autônomas:

> REsp 533328 / MG
> RECURSO ESPECIAL
> Nº 2003/0053679-9
> DJ 19.12.2007, p. 1222
> EMENTA: CIVIL. DANOS ESTÉTICOS E MORAIS**.** CUMULAÇÃO. Os danos estéticos devem ser indenizados independentemente do ressarcimento dos danos morais**,** sempre que tiverem causa autônoma. Recurso especial conhecido e provido.

2. Dano moral

O dano moral, como já definido acima, e assim como os outros tipos de dano, depende da existência de prova de um nexo causal entre o fato gerador do dano, ou seja, a ação ou omissão que deu causa ao dano, e a conseqüência nociva à moral do ofendido.

Alguns autores dividem os danos morais em dois tipos: os diretos ou puros e os indiretos ou reflexos.

Os primeiros seriam aqueles que causam lesão a bem jurídico extra-patrimonial, como a integridade física; já os últimos causariam lesão patrimonial, mas com reflexo na esfera extra-patrimonial do indivíduo, o exemplo seria o pedido de falência de um empresário solvente.

Obviamente que isso não será tarefa fácil de definir e de provar. Tudo fica no âmbito subjetivo e só com uma leitura atenta do caso concreto pode-se chegar a alguma conclusão. Tanto é assim que as pessoas que se mostram contrárias ao dano moral têm argumentos até relevantes.

Um deles é o de que é difícil descobrir se existe ou não o dano, afinal, como saber se aquele fato tocou a alma daquela pessoa de modo a retirar-lhe seu sossego, sua paz de espírito? Até porque as pessoas são diferentes e o que é o suficiente para provocar uma explosão de emoções em uma, pode não ser o bastante para comover um mínimo uma outra.

Outro ponto sempre tocado pelas pessoas contrárias ao dano moral é o da impossibilidade de uma avaliação pecuniária rigorosa e precisa. Isso é evidente, já que o dano moral não lida com coisas economicamente apreciáveis, mas essa discussão sobre o *quantum* indenizatório será tratada mais a frente, mas de pronto, podemos adiantar que existem critérios que tornam essa missão menos irrealizável.

Um argumento mais moralista e puritano, que se aproxima da antiga jurisprudência e doutrina, é o da imoralidade de compensação de dor com dinheiro. Porém, que outra forma de compensação seria possível? A vindita como em tempos remotos? Ou melhor seria deixar aquele que fere os sentimentos alheios sem sofrer ao menos uma ação que lhe desestimule de cometer atos ilícitos novamente?

Como se sabe, o valor da indenização por dano moral, ao menos no Direito brasileiro, fica ao arbítrio do juiz, não se admite nem mesmo limitação, como se verá adiante. Então, discute-se que seria uma arbitrariedade deixar esse valor ser definido pelo juiz a seu livre convencimento, porém, o livre convencimento do juiz é um dos princípios caros do Direito Processual brasileiro e, em caso de abusos e absurdos, também se pode recorrer a uma instância superior, que também é um princípio do Processo.

Por último, existe o argumento de que, qualquer que seja o valor da indenização, sempre haverá enriquecimento ilícito da vítima, de vez que ela não teve prejuízos patrimoniais. Esse posicionamento seria limitar o conceito de dano apenas ao dano material. É óbvio que o dano moral, por sua própria natureza e definição, não ofende o patrimônio economicamente valorável da vítima, mas a indenização nesse sentido, como já mencionado, funciona como desestimuladora para o culpado e como uma forma de tentar reverter o mal estar psíquico que aquilo gerou na vítima.

Quando a causa é realmente merecedora de dano moral, a vítima não está preocupada em obter lucros, pelo contrário, sabe que aquilo jamais reparará sua dor, mas punirá o ofensor de alguma forma.

2.1. A origem histórica do dano moral

Sobre a origem do dano moral, alguns autores, como Luiz Otavio O. Amaral[2], defendem que ela se encontra em tempos bastante remotos.

Acredita-se que os registros mais antigos de previsão do que hoje se chamariam danos morais encontra-se no Código de Ur-Nammu, que é mais antigo cerca de 300 anos em relação ao Código de Hamurabi.

Nesse código, apesar de mais antigo, a Lei do Talião já parece ter sido superada, no lugar da simples vindita ou vingança, existe a reparação compensatória, através do pagamento de multa pecuniária. Eis alguns exemplos: "Se um homem, a outro homem, com um instrumento, o pé se cortou: 10 siclos de prata deverá pagar"; "Se um homem, a um outro homem, com uma arma, os ossos tiver quebrado: uma mina de prata deverá pagar"; "Se um homem, a um outro homem, com um instrumento gesphu, houver decepado o nariz: 2/3 de mina de prata deverá pagar".

Estaria presente ainda no antigo Código Manu, em que havia a previsão de que o rei poderia impor multas aos juízes que errassem em julgamentos. Esse código, na verdade, chamava-se Código de Manava-Dharma-Sastra e foi a codificação mais antiga que surgiu na Índia. Manu, na mitologia hinduísta, teria sido aquele que sistematizara as leis do Hinduísmo.

A grande diferença que se pode tecer entre o Código de Manu e o de Hamurabi seria que, no primeiro, a vítima se ressarcia à custa de uma valor pecuniário arbitrado pelo legislador, conforme exemplos supracitados, enquanto no último, o ressarcimento da vítima se dava pela possibilidade de causar outra lesão no causador da lesão da mesma espécie da sofrida por ela. O que demonstra, como bem esclarece Clayton Reis (Apud SILVA, 1999:67), que há uma evolução entre os dois códigos, sendo o de Manu mais evoluído em relação ao de Hamurabi.

No Código de Manu, além da previsão de multas para os juízes já citada, havia outros dispositivos que previam reparação por danos que hoje seriam considerados morais. Vejam-se alguns exemplos retirados da doutrina: no §224, do Livro VIII, dispunha-se que o rei ficava autorizado a impor pesada multa a quem desse em casamento donzela com defeitos sem prevenir o interessado antes. No parágrafo seguinte previa-se que quem por maldade proclamasse não ser virgem uma jovem pagaria cem *panas*. Outro exemplo seria o do §352 do Livro IX, em que aquele que seduzisse mulher alheia tinha pena de desterro, além de sofrerem mutilações desonrosas.

Em Hamurabi também já haveria previsão, porém, em lugar de trazer regras gerais que pudessem abranger várias hipóteses, há apenas previsões para casos específicos, talvez aqueles mais comuns na sociedade babilônica da época.

---

[2] AMARAL, Luiz Otavio O.. **Dano moral e contemporaneidade** . Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3793>. Acesso em: 28 jan. 2008.

De acordo com Américo Luís Martins da Silva, "o preceito *'dente por dente e olho por olho'* era o melhor modo de reparar dano, uma vez que, naquela época, esta era a mais eficiente maneira de reduzir eficazmente a dor da vítima" (1999:67).

Para Edil Batista Júnior[3], a seguinte passagem de Hamurabi seria prenúncio dos danos morais:

> §209: Se um homem livre (awilum) ferir a filha de um outro homem livre (awilum) e, em conseqüência disso, lhe sobrevier um aborto, pagar-lhe-á 10 siclos de prata pelo aborto.

Além das reparações através de lesões idênticas, havia previsão de reparação por valor pecuniário, pois, conforme SILVA, A., 1999,

> a imposição de uma pena econômica constituía uma forma de proporcionar à vítima uma satisfação compensatória, através da diminuição patrimonial do agente lesionador.

Essa compensação econômica pode ser considerada uma superação do simples direito de vindita ou vingança.

Uma característica importante da reparação em Hamurabi, que se expressa inclusive na passagem anteriormente citada, é de que a reparação deveria se dar entre membros de uma mesma classe, no caso os homens livres (*awilum*), porém também existia a reparação para os de classes diferentes, só que o valor era menor do que aquele que seria pago se ambos fosse da mesma classe. Eis um exemplo para que se compare com o anterior: "§211: Se pela agressão fez a filha de um Muskenum expelir o fruto de seu seio: pesará cinco siclos de prata".

Só para se ter uma idéia do valor dessas indenizações, registre-se que cinco siclos de prata valiam aproximadamente 30 (trinta) gramas de prata e meia mina de prata equivalia a 250 (duzentos e cinqüenta) gramas de prata.

No Alcorão, são encontradiços exemplos da Lei de Talião, mas as compensações econômicas em detrimento ao direito de vindita são freqüentes. Ainda as que consagram esse direito acabam por desaconselhar seu exercício, trazendo preceitos de perdão e misericórdia. Exemplo ratificador dessa afirmação citado por Silva é o do verso 173 do Capítulo II:

> Ó Crentes! A pena do Talião está prescrita para o caso de homicídio. Um homem livre (nessa conjetura) será morto por outro homem livre; um escravo, por outro escravo, e uma mulher, por outra mulher. Aquele, porém, que perdoar o matador de seu irmão, terá direito de exigir uma razoável indenização, que lhe será paga com reconhecimento.

Além disso, apontam-se os códigos da Grécia Antiga como exemplos de posições sobre o tema. Em um deles, tinha-se que o marido cuja mulher fosse seduzida podia cobrar indenização do

---

[3] BATISTA JÚNIOR, Edil. **Indenização por dano moral putativo** . Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 765, 8 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7127>. Acesso em: 28 jan. 2008.

sedutor. Assim, nota-se que na Grécia Antiga não mais se propugnava tanto o direito de vindita, mas sim a compensação de natureza pecuniária.

Com relação ao dano moral no Direito Romano, destaque um exemplo encontradiços na doutrina de Silva retirado da Lei das XII Tábuas:

> §12: Aquele que arrancar ou quebrar um osso a outrem deve ser condenado a uma multa de 300 asses, se o ofendido é homem livre; e de 150 asses, se o ofendido é um escravo.

Como se vê, a reparação também se dá de forma pecuniária e não na forma de vingança com ofensa de igual monta, o que representa evolução em relação a alguns códigos já mencionados, porém, assim como no Código de Hamurabi, a indenização varia de acordo com a classe a que pertence a vítima, o que não deixa de ser algo primitivo, de vez que o dano é o mesmo tanto para o homem livre, quanto para um escravo.

Na Bíblia, ou no Direito Hebraico, também encontramos regras referentes aos danos morais, notadamente no Livro do Deuteronômio, um exemplo são os versículos 13 a 20 do Capítulo XXII:

> Se um homem casar com uma mulher, e depois lhe ganhar aversão, e procurar pretextos para a repudiar, acusando-a de péssima reputação, e disser: eu recebi esta mulher e, aproximando-me dela, não a achei virgem, seu pai ou sua mãe a tomarão, e levarão consigo as provas da sua virgindade aos anciãos da cidade que estão à porta, e o pai dirá: eu dei minha filha por mulher a este homem e porque ele lhe tem aversão, levanta-lhe uma péssima reputação, chegando a dizer: não achei virgem a tua filha; e contudo eis as provas da virgindade de minha filha. E estenderão a roupa diante dos anciões da cidade; e os anciãos daquela cidade pegarão naquele homem e fá-lo-ão açoitar, condenando-o além disso a cem siclos de prata, que ele dará ao pai da donzela, porque espalhou uma péssima reputação contra uma virgem de Israel, e a terá por mulher, e não poderá repudiá-la durante todo o tempo de sua vida.

Assim, como se vê, além do pagamento em valor econômico, ainda havia a punição moral da manutenção do casamento, como no exemplo citado.

Podemos ainda falar nos danos no Direito Canônico. Nesse caso, interessa-nos ainda mais proximamente porque antes da vigência do nosso antigo Código Civil, o de 1916, as normas do Código de Direito Canônico ou *Corpus Juris Canonici*, devido à força da Igreja Católica no Brasil, eram aqui aplicadas.

Um exemplo é relativo à promessa de casamento porque no dizer de SILVA, A., 1999, no Direito Canônico, “é um instituto que gera obrigações precisas àqueles que se comprometeram na

contratação esponsalícia". Com isso, a ruptura dessa promessa gera uma condenação especial. Eis o §3º do cânone 1.017:

> Não se origina, contudo, da promessa de casamento, embora válida e sem nenhuma justa causa escusadora de seu não-cumprimento, uma ação com força bastante para levar à celebração do matrimônio. Tal ação existe, no entanto, para o direito de pedir-se a reparação de danos.

Como se vê, não se obrigava o rompedor a casar, apenas a indenizar a vítima.

Outro exemplo, mencionado por Hans Albrecht Fischer (Apud SILVA, 1999:89), é a por ele chamada "ação de estrupro" (C. 1, X, V, 16), eis o dispositivo:

> Se alguém seduzir uma virgem, ainda não desposada e com ela dormir, dotá-la-á e com ela se casará. Se, porém, o pai da virgem não a quiser entregar ao sedutor, pagará este uma certa quantia em dinheiro, num montante idêntico ao que as virgens costumam receber como dote.

Em se tratando de Brasil, pode-se entender que o tema ganhou ares de maior importância depois de sua constitucionalização em 1988, assunto que trataremos mais a frente.

3. Dano moral no Brasil: breve relato histórico

De acordo com o eminente Américo Luís[4], é possível se encontrar indícios da presença do dano moral na legislação brasileira em legislações bastante antigas. Um exemplo seriam as *Ordenações*, no Livro 3º, título 38 ao prever obrigação de restituir em dobro o que houvesse recebido, como indenização, por cobrar dívida já paga. Outro exemplo seria encontradiço na *Consolidação das Leis Civis*, arts. 86 e 87, ao prescrever indenização em dinheiro em hipótese de repúdio injusto de um dos cônjuges. As *Ordenações do Reino*, no Título XXIII do Livro V, também seriam indício ao dispor sobre reparação no caso de sedução de mulher.

Porém, é com o Código Penal Brasileiro de 1890 que temos previsão clara e expressa no art. 276, eis a letra da lei, *verbis*: "prestação pecuniária satisfatória de dano moral, nos casos de atentados contra a honra da mulher". O que não deixou de gerar polêmica à época, de vez que honra e virgindade eram tabus da sociedade.

A Lei 2.861, de 7 de dezembro de 1912, que trata da responsabilidade civil das estradas de ferro no Brasil, também traria disposição nesse sentido ao prescrever em seu artigo 21 que,

[4] *Idem*. *Ibidem*.

> no caso de lesão corpórea ou deformidade, (...), além das despesas com o tratamento e os lucros cessantes, deverá pelo juiz ser arbitrada um indenização conveniente.

Para Romão Côrtes Lacerda, essa indenização referir-se-ia à dor causada à vítima. Nos dias de hoje, chamaríamos de dano moral.

Contudo, alguns julgados do STF de idos da década de 1950 confirmam que o dano moral não era muito bem aceito no Brasil, eis um exemplo:

> RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO
> STF - Supremo Tribunal Federal
> Processo: 11974
> Fonte: ADJ DATA 02-09-1957 PP-02292 ADJ DATA 09-08-1954 PP-02466 EMENT VOL-00162-01 PP-00216
> Relator: HAHNEMANN GUIMARAES
> Ementa: Pode ser reparado pecuniariamente o dano moral, que haja produzido conseqüências materiais. Se o dano é somente moral, não há o que ser ressarcido em dinheiro.

Pelo que parece, foi indenizando os pais de filhos menores mortos precocemente que a Jurisprudência do STF passou a aceitar o dano moral e sua indenização com mais facilidade, como bem comprova o seguimento julgado:

> RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO
> STF - Supremo Tribunal Federal
> Processo: 82466 UF: RJ - RIO DE JANEIRO
> Fonte: DJ 12-11-1976 PP
> Relator: RODRIGUES ALCKMIN
> Descrição: DOCUMENTO INCLUIDO SEM REVISÃO DO STF ANO: 1976
> Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE MENOR. INDENIZAÇÃO. É indenizável o acidente que cause a morte de menor, ainda que não exerça trabalho remunerado (Súmula 491). "a construção jurisprudencial do STF, no sentido da indenização pela morte de filhos menores, em decorrência de ato ilícito, inspirou-se no princípio de reparação do dano moral", ainda que se considere, também, o dano econômico potencial. Não cabimento de mais outra indenização, a título de reparo do puro dano moral. Recurso extraordinário conhecido e provido em parte. (grifo nosso)

Ainda na década de 1970, a jurisprudência já se encontrava mais evoluída:

> RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO
> STF - Supremo Tribunal Federal

> Processo: 71128 UF: GB - GUANABARA
> Fonte: DJ 16-06-1972 PP
> Relator: ANTONIO NEDER
> Descrição: DOCUMENTO INCLUIDO SEM REVISÃO DO STF ANO: 1972 AUD:14-06-1972
> Ementa: CPC, art. 4. Se a inicial, em ação de indenização por ato ilícito, pede ressarcimento de todos os danos, nestes se inclui o dano moral. E se a sentença manda que o responsável pelo ato ilícito indenize o dano moral, não há como se cogitar de julgamento "ultrapetita" no caso.
> 2. O responsável pelo ato ilícito deve indenizar, de maneira completa, o prejuízo que ele haja causado. Disto decorre o princípio segundo o qual a obrigação de indenizar e pecuniária, e que a moeda com que o devedor paga sua obrigação e fixada por seu valor aquisitivo ou de troca, donde a imperiosa necessidade de reajustá-lo periodicamente quando ele sofrer alteração, o que se verifica pelo "quantum" do salário mínimo, que a jurisprudência adotou como padrão monetário, ou de valor aquisitivo da moeda para o caso.

Muito tempo passou e muita coisa evoluiu até chegarmos à nossa Carta Magna de 1988 e nosso Código Civil de 2002, sobre os quais nos debruçaremos a partir de então para a análise do tema dano moral.

4. Dano moral e Constituição

A Constituição de 1988, conhecida como a Constituição Cidadã, certamente trouxe grandes avanços e novidades para o ordenamento jurídico brasileiro e para uma sociedade que acabara de sair de um período de extrema repressão e censura. Uma dessas inovações foi justamente a previsão do dano moral e sua indenização.

Ora, para muitos autores só a partir daí passou a ganhar força a reclamação por esse dano, porque vivemos em um País onde o positivismo legislativo impera e só quando há efetiva previsão é que se começam a usar os novos conceitos.

Pois bem, o art. 5º da Constituição, que consagra diversos direitos e garantias fundamentais, traz em seus incisos V e X as seguintes previsões, *verbis*:

> Art. 5º, V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por **dano** material, **moral** ou à imagem.
> Art. 5º, X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo **dano** material ou **moral** decorrente de sua violação. (destacamos)

José Afonso da Silva[5] explicita que, no primeiro inciso citado, a Constituição resolveu uma controvérsia, que era sobre a indenizabilidade ou não do dano moral. Conclui o referido autor dessa forma e nós também podemos fazê-lo, já que a redação do dispositivo é bem clara: é sim indenizável o dano moral.

Ainda sobre o mesmo dispositivo, ele faz a diferença entre o dano moral e o à imagem, embora alerte que a própria Constituição no inciso X confunde os dois conceitos. Para ele, o dano à imagem é "aquele que prejudica a boa figura do ofendido, o conceito que dele fazem as pessoas em geral". De fato, os dois conceitos podem ser agrupados no de dano moral.

Com relação ao art. 5º, X, SILVA, J., 2007 conclui que a CF erigiu os direitos lá referidos em direitos individuais, apenas não os fez constar do *caput* do art. 5º. Ainda segundo ele, a CF declara por um lado que são direitos invioláveis, mas por outro admite sua violação e já prevê uma conseqüência para esse caso: a indenização.

Com certeza fica bem clara a intenção do constituinte de proteger a esfera extra-patrimonial do indivíduo e dar-lhe amparo constitucional. Com isso, ganha muito mais força essa previsão, de vez que garantias uma vez colocadas na Constituição gozam de uma proteção bem maior do que quando postas na legislação ordinária.

A Constituição, por ser a Carta Magna do País, para sua modificação necessita de um processo bem mais qualificado e difícil do que aquele para alteração da legislação ordinária, o que lhe garante uma maior estabilidade e uma maior segurança jurídica para a população em relação àqueles temas pela Constituição albergados.

5. Indenização por Dano Moral: *quantum* indenizável

Como já ficou expresso em tópico anterior, a nossa Constituição veio a acabar com a controvérsia sobre a possibilidade ou não de indenização por dano moral, prevalecendo a primeira alternativa. Porém, vencido esse primeiro embate, surge uma nova questão não menos polêmica: como definir o valor dessa indenização?

Ora, o dano material, já é sabido, por se referir a coisas patrimonialmente avaliáveis, deve corresponder exatamente àquilo que se perdeu. Assim, se um carro destrói um muro, sendo comprovada a culpa de seu condutor, a indenização para o dono do muro será provavelmente o valor suficiente para reconstruir o muro, fazê-lo voltar ao *status quo ante*.

Quanto a isso não há grandes problemas. Agora imaginemos uma situação ensejadora de dano moral, como o famoso caso da inscrição indevida do nome de um fiel pagador e cumpridor de

[5] SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

suas obrigações no Sistema de Proteção ao Crédito (SPC). Certamente, a vítima desse tipo de acontecimento fica exposta a uma série de constrangimentos, como separar compras em uma loja e na hora de pagá-las ter seu crédito negado por conta dessa inscrição. Atenta sua dignidade, sua boa imagem junto às outras pessoas e causa sofrimento verdadeiro.

Pois bem, ocorreu o dano moral. Agora, como determinar qual o valor a ser indenizado? Não é de fácil mensuração, afinal não estamos lidando com coisas economicamente apreciáveis...

Recorramos brevemente ao Direito Comparado. Eis um julgamento retirado da jurisprudência portuguesa bastante interessante sobre o *quantum* indenizatório:

> Os prejuízos morais têm de ser calculados pelo prudente arbítrio do julgador, à semelhança, em parte, do que sucede no art. 34 do Código de Processo Penal. A sua equivalência em dinheiro não obedece, todavia, a regras fixas. O grau de intensidade dum desgosto escapa à observação alheia. E esta não pode deixar de ser influenciada pelas flutuações de crédito, emergências do prisma pessoal do observador. Em todo caso, certas bases podem facilitar a prudência dum juízo (...) (Julgamento do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, realizado em 13/12/1947)[6]

Já no Direito Grego, o *quantum* fica a critério do juiz, mas há um mínimo a ser respeitado para todos os casos (10 dracmas) e um mínimo para o caso de violação de domicílio (100 dracmas) previsto na própria Constituição helênica.

Ora, a intenção da indenização por dano moral não é provocar um enriquecimento sem causa à vítima, é tentar de alguma forma compensar aqueles sentimentos ruins que ela experimentou por causa daquele dano. Algumas vezes nem todo o dinheiro do mundo compensaria, como nos casos de acidentes aéreos com várias vítimas fatais.

Por isso, a doutrina em geral tem proposto a análise dos seguintes fatores na hora de arbitrar uma indenização por dano moral: é preciso que se enxergue essa indenização como uma reparação eqüitativa baseada no grau de culpa do agente, na intensidade da sua vontade, na reincidência, na extensão do prejuízo e na capacidade sócio-econômica do responsável pelo dano, de forma que ela represente para o causador do dano um desestímulo para que não cometa novamente aquele evento danoso.

Além disso, nos dias de hoje, já temos jurisprudência formada em nossos Tribunais sobre o tema. Assim, é importante que estejamos atentos ao que vêm decidindo os juízes e desembargadores nos casos julgados na mesma jurisdição em que foi proposta nossa ação, pois isso tende a evitar injustiças.

---

[6] Encontrado em SILVA, 1999:132.

Quando analisamos os casos já julgados, percebemos quais os valores foram arbitrados para os casos mais graves, os menos graves e os semelhantes, e a partir daí podemos fazer um sopesamento de valores, tanto dos valores da vida, em jogo naquele caso, quanto dos valores em dinheiro.

Muitas vezes encontramos certas disparidades nos pedidos feitos por aqueles que pretendem ser indenizados. Exigem por danos bem menores valores até superiores a danos gravíssimos, como a morte de pais de família deixando filhos órfãos. Assim, tanto advogados ao fazerem suas iniciais, quanto julgadores ao darem sua decisão sobre o caso, devem ter bom senso e ficar atentos à jurisprudência.

Vejamos, por exemplo, o que dizem os desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará sobre os critérios de definição de indenização por danos morais:

> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - FRAUDE NO CARTÃO DE CRÉDITO - INADIMPLÊNCIA A QUE A PARTE NÃO DEU CAUSA - ATO PRATICADO POR TERCEIRO - INSCRIÇÃO INDEVIDA NA SERASA - ABALO MORAL INCONTESTE - DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO - VALOR DA INDENIZAÇÃO FIXADO DE ACORDO COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - INADMISSIBILIDADE - VALOR ATRIBUÍDO PELO AUTOR DE CUNHO MERAMENTE ESTIMATIVO. RECURSO IMPROVIDO. 1 - Não pode o cliente ter seu nome negativado na SERASA por inadimplência a que não deu causa, uma vez que é dever da administradora de cartão de crédito zelar pela segurança das transações financeiras realizadas por meio dos serviços que oferece. 2 - A fixação do valor da indenização deve, segundo juízo de razoabilidade e proporcionalidade, compensar a vítima pelo gravame sofrido e sancionar o agente danoso por sua injusta conduta. 3 - O valor atribuído à causa, em ação de indenização por dano extrapatrimonial é meramente estimativo, cabendo ao julgador, dentro dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. (Apelação Cível nº 2005.0022.9174-8/1, 4ª Câmara Cível – TJCE, Desembargador Relator Lincoln Tavares Dantas, publicação em 30/10/2007). (grifo nosso)

> Ementa: DIREITO CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. FIXAÇÃO DO QUANTUM REPARATÓRIO. APLICAÇÃO DAS NORMAS DE CONSUMO ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. I- Caberá ao magistrado fixar, com amplos poderes, a extensão da reparação do dano moral, tendo em vista alguns parâmetros norteadores, como a extensão do dano em si, a capacidade econômica das partes, a repercussão do evento danoso na sociedade, dentre outros; II- A reparação não deverá ser tanta que possibilite o enriquecimento indevido para o prejudicado e nem tão inexpressiva que não compense os danos morais sofridos; III- Conforme os precedentes do STJ, na reparação do dano moral, é plenamente admissível, excepcionando-se a regra processual doart. 282, IV, do CPC, que o pedido seja genérico ou meramente estimativo; IV- Nas reparações de dano moral,

> consoante, ainda, a nossa Corte infraconstitucional, o Juiz não fica jungido ao quantum pretendido pelo autor, podendo fixar valor que entenda pertinente a cada caso que se lhe apresente; V- As normas consumeristas aplicam-se aos bancos e demais instituições financeiras, consoante o texto da Súmula 297 do STJ. VI- Sentença mantida com a condenação do apelante ao pagamento de 100 salários mínimos vigentes na data do efetivo pagamento. VII - Recurso conhecido, mas improvido. (Apelação Cível nº 2005.0007.7608-6/0, 2ª Câmara Cível – TJCE, Desembargador Relator José Cláudio Nogueira Carneiro, publicação em 20/01/2006).

A seguir um julgado do STF que entende que não pode haver limitação ao valor do dano moral, que só diante do caso concreto, ao arbítrio do julgador, é que este deve ser definido:

> RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO
> STF - Supremo Tribunal Federal
> Processo: 447584 UF: RJ - RIO DE JANEIRO
> Fonte: DJ 16-03-2007 PP-00043 EMENT VOL-02268-04 PP-00624 LEXSTF v. 29, n. 340, 2007, p. 263-279
> Relator: CEZAR PELUSO
> Descrição: Acórdãos citados: RE 348827, RE 396386 (RTJ 191/329), RE 420784. N.PP.: 23 Análise: 29/03/2007, AAC. Revisão: JBM.
> EMENTA: INDENIZAÇÃO. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Ato ilícito absoluto. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da lei 5.250/67. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, caput e § 1º, da CF de 1988. Recurso extraordinário improvido. Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República. Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente.

6. A "Indústria do Dano Moral"

Um tema que cada vez ganha mais destaque é a suposta existência de uma "indústria do dano moral", ou seja, o aparecimento de pessoas que começam a alegar a ocorrência de danos morais diante de qualquer mínimo aborrecimento para ingressar em juízo em busca de um rico ressarcimento.

É bem verdade que no começo as indenizações por danos morais alcançavam cifras milionárias, porém, de uns tempos para cá, isso vem deixando de ser uma realidade. Afinal, o que

vem acontecendo é o seguinte: cada vez mais casos no Judiciário e indenizações mais baixas. No passado eram poucos casos e indenizações milionárias.

A existência do dano moral é importantíssima quando aplicada corretamente. Com ela é que vem sendo possível combater certos atentados a direitos que antes não gozavam da referida proteção por não atingirem coisas de valor economicamente apreciável, porém o que não pode acontecer é transformar a existência do dano moral em uma atividade ensejadora de lucro.

Com isso o que acaba acontecendo é que o Judiciário recebe milhares de ações exigindo danos morais por motivos absolutamente irrisórios almejando obter indenizações em valores consideráveis, entravando ainda mais a máquina judiciária que não consegue dar respostas a um tempo satisfatório.

Vejamos alguns julgados dos diversos tribunais brasileiros que procuram distinguir o que seria um caso ensejador de dano moral do que seria mero dissabor, parte normal da nossa vida.

> AgRg nos EDcl no Ag 793870 / SC
> AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
> 2006/0141521-7
> DJ 14.12.2007 p. 400
> Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. DANO MORAL. INTERRUPÇÃO DE SERVIÇO TELEFÔNICO. MERO DISSABOR. - Mera contrariedade pelo bloqueio de linha telefônica não causa dano moral indenizável.
>
> RESP - RECURSO ESPECIAL – 898005
> STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - QUARTA TURMA
> Processo: 200602375989 UF: RN
> Data da decisão: 19/06/2007
> Fonte: DJ DATA:06/08/2007 PÁGINA:528 LEXSTJ VOL.:00217 PÁGINA:195
> Relator: CESAR ASFOR ROCHA
> Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. FALHA. VEÍCULO. ACIONAMENTO DE AIR BAGS. DANO MORAL INEXISTENTE. VERBA INDENIZATÓRIA AFASTADA. O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige. Recurso especial conhecido e provido, para restabelecer a r. sentença.
>
> RESP - RECURSO ESPECIAL – 628854
> STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
> Processo: 200302322660 UF: ES
> Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA

Data da decisão: 03/05/2007
Fonte: DJ DATA:18/06/2007 PÁGINA:255
Relator: CASTRO FILHO
Ementa: RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. COMPRA DE VEÍCULO 'ZERO' DEFEITUOSO. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA. MERO DISSABOR.
I. Não há falar em maltrato ao disposto no artigo 535 da lei de ritos quando a matéria enfocada é devidamente abordada no âmbito do acórdão recorrido.
II. Os danos morais surgem em decorrência de uma conduta ilícita ou injusta, que venha a causar forte sentimento negativo em qualquer pessoa de senso comum, como vexame, constrangimento, humilhação, dor. Isso, entretanto, não se vislumbra no caso dos autos, uma vez que os aborrecimentos ficaram limitados à indignação da pessoa, sem qualquer repercussão no mundo exterior. Recurso especial parcialmente provido.

Apelação Cível nº 2000.0224.9377-9/1
Tribunal de Justiça do Estado do Ceará – TJCE
Órgão julgador: 2ª Câmara Cível
Relator: João de Deus Barros Bringel
Data da publicação: 10/09/2007
Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. O mero dissabor ou aborrecimento não podem ser alçados à condição de dano moral ante a inexistência de vexame ou humilhação atentatórios da honra subjetiva. Apelação cível conhecida e improvida. Decisão unânime.

7. Conclusão

Depois de pesquisa doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, podemos tirar as seguintes conclusões sobre o tema do dano moral:

1. O dano moral é um tema bastante atual, contudo, indícios de sua presença são encontrados em épocas atávicas, como nos primeiros códigos da humanidade.
2. No Brasil, o tema ganhou um maior relevo e uma maior importância depois da Constituição de 1988, em que foi elevado a direito individual, gozando de um amparo que lhe confere maior segurança, embora houvesse vestígios de dano moral e a jurisprudência fizesse menção a ele, bem antes da promulgação da Carta Magna.
3. Depois da Constituição e do Código Civil de 2002, o dano moral passou a ser um tema da ordem do dia nos Tribunais, com a propositura de diversas ações pleiteando indenização por esse tipo de dano, o que ensejou o surgimento do que se convencionou chamar de “indústria do dano moral”. Assim, alguns doutrinadores se mostram altamente contrários ao instituto.

4. Sobre esse tema, gira também a polêmica do *quantum* indenizatório, pois, ao contrário do dano material, os danos da alma não são de fácil mensuração. A doutrina e a jurisprudência propõem seus critérios e estes são os que têm servido de baliza.

5. Assim, percebe-se que o dano moral se usado de forma adequada vem a ser uma excelente e completa forma de reparação de todos os danos, porém, se usado de forma irresponsável e maliciosa, em busca de um locupletamento indevido, estaremos diante de uma deturpação do instituto que só traz problemas ao Judiciário e aos que têm que pagar vultosas quantias indevidamente.

Bibliografia

-. Danos pode reparar. **Danos**. Disponível em: < http://www.danos.com.br/?x=assunto&codigo=43dfa8be00015&nome=Danos%20Morais>. Acesso em: 28 jan. 2008.

-. **Visão constitucional do dano moral**. Disponível em: < http://www.tex.pro.br/wwwroot/direitoemgeral/visaoconstitucionaldodanomoral.htm>. Acesso em: 28 jan. 2008.

AMARAL, Luiz Otavio O.. **Dano moral e contemporaneidade** . Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3793>. Acesso em: 28 jan. 2008.

BATISTA JÚNIOR, Edil. **Indenização por dano moral putativo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 765, 8 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7127>. Acesso em: 28 jan. 2008.

BRASIL. **Portal da Justiça Federal – Jurisprudência unificada**. Disponível em: http://www.jf.gov.br/juris/?. Acesso em: 10 de fev. de 2008.

CEARÁ. **Tribunal de Justiça do Estado do Ceará - Consulta Processual - Acórdão/Jurisprudência**. Disponível em: http://www4.tj.ce.gov.br/sproc2/paginas/Acordao.htm. Acesso em: 10 de fev. de 2008.

LIMA, Beatriz Lins dos Santos. **A indenização por dano moral e o Novo Código Civil**. Artigos Jurídicos, Rio de Janeiro, jun. 2003. Disponível em: <http://www.joaocarlossouto.adv.br/documentos/beatriz-lins-2.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2008.

OLIVEIRA JUNIOR, Osny Claro de. **O caráter punitivo das indenizações por danos morais: adequação e impositividade no direito brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3547>. Acesso em: 28 jan. 2008.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O Dano Moral e a sua Reparação Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ADOÇÃO E DIREITO DAS SUCESSÕES: ART. 1.799, I, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E PRINCÍPIO DA ISONOMIA DA FILIAÇÃO

ADOPCIÓN Y DERECHO DE LAS SUCESIONES: ART. 1.799, I, DEL CÓDIGO CIVIL DE 2002 Y EL PRINCIPIO DE LA ISONOMÍA DE LA FILIACIÓN

Autoras: Andressa da Costa Matos
Emellin Layana Santos de Oliveira
Safira Nila de Araújo Campos

Acadêmicas do 7° período da Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

RESUMO: Este trabalho tem como principal objetivo fazer uma breve explanação acerca do instituto da adoção no ordenamento jurídico brasileiro, analisando a evolução histórica de seus efeitos sucessórios e tratando finalmente da possibilidade de legitimação de filhos adotivos como herdeiros testamentários na hipótese prevista no art. 1.799, I, do Código Civil em vigor.

PALAVRAS-CHAVES: adoção, sucessão testamentária, isonomia da filiação.

RESUMEN: Este trabajo tiene como principal objetivo hacer una breve explanación acerca del instituto de la adopción en el orden jurídico brasileño, analizando la evolución histórica de sus efectos sucesorios y tratando finalmente de la posibilidad de legitimación de los hijos adoptivos como herederos testamentarios en la hipótesis prevista en el art. 1.799, I, del Código Civil vigente.

PALABRAS CLAVE: adopción, sucesión testamentaria, isonomía de la filiación.

INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002, transcrevendo em parte o dispositivo contido no artigo 1718 do revogado Código Civil de 1916, legitima a suceder na forma testamentária pessoas que ainda não foram concebidas. É do que trata o art. 1799, I, da Lei Adjetiva em vigor:

> Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:
>
> I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

O legislador pátrio facultou ao autor da herança deixar parte de seus bens, por meio de testamento, a herdeiros que, mesmo ao tempo de sua morte, ainda não tenham

sido gerados. Nesta esteira, levanta-se a seguinte questão: tais filhos a que se refere o supramencionado dispositivo limitam-se aos naturais ou tal regra também se estenderia aos adotivos?

BREVE HISTÓRICO

O conceito de adoção remonta aos povos orientais, conforme dão notícia os Códigos de Manu e Hamurabi. “Se um homem adotar uma criança e der seu nome a ela como filho, criando-o, este filho crescido não poderá ser reclamado por outrem" diz o art. 185 do Código babilônico. Na Grécia Antiga, esse instituto foi largamente utilizado, desempenhando relevante papel na vida social e política das Cidades-Estado. Foi no Direito Romano, porém, que a adoção se expandiu de maneira mais notória, encontrando disciplina sistemática e passando também a servir de instrumento de inclusão do adotado em seio familiar estranho, em oposição à finalidade inicial que se restringia a atender aos interesses religiosos dos adotantes.

Conforme o brocardo romano *adoptio natura imitatur*, a adoção tem como objetivo precípuo estabelecer vínculos de paternidade e filiação entre pessoas que não os possuem geneticamente. É o Direito que, através de um ato jurídico bilateral, formaliza o laço de parentesco artificialmente criado, equiparando-o, em direitos e obrigações, aos naturalmente constituídos.

No Brasil, o instituto da adoção vem sofrendo sensíveis modificações ao longo dos anos. Outrora imersa em uma sociedade maculada por idéias discriminatórias, a adoção, uma vez encarada como simples maneira supletiva de formar uma família, tinha como objetivo proporcionar aos casais sem filhos a oportunidade de exercerem a paternidade. Apesar desses nobres propósitos, as leis que dispunham sobre a adoção estabeleciam uma série de diferenças entre os filhos biológicos e os adotivos, sobretudo no campo dos direitos sucessórios. Ao filho adotado por uma família da qual adviesse um filho biológico, caberia apenas uma parte da legítima a que teria direito o irmão, e não o mesmo quinhão, como se dá nos dias de hoje. Aos filhos adotados por adotantes que já tivessem filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos não corresponderiam direitos sucessórios. Nesse caso, a lei pressupunha que a adoção foi apenas uma maneira de acolher uma criança desprotegida, uma afiliação, e que a intenção dos adotantes era

apenas fazer uma caridade, e não impor aos filhos legítimos um "irmão" com o qual teriam que dividir sua herança.

A ADOÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, § 6º, *in verbis*: "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação", seguiu uma tendência universal (Convenção dos Direitos da Criança - ONU, 1989; Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos da Criança, de 1990) e determinou o fim da diferença estabelecida pela lei anterior entre os filhos. Estes costumavam ser divididos em pelo menos quatro categorias, os legítimos (nascidos na constância do casamento), os naturais (nascidos de pessoas não casadas), os legitimados (nascidos na constância da União Estável) e os escusos (fruto de relações adulterinas). O Código Civil, seguindo a linha constitucional, proíbe, em seu art. 1596, qualquer discriminação relativa à filiação, atribuindo os mesmos direitos e qualificações aos filhos, independente de suas origens.

A ADOÇÃO E O DIREITO DAS SUCESSÕES

O tratamento isonômico dado pela Carta Magna aos filhos adotivos e naturais implicou na mudança de algumas regras do direito sucessório, como a revogação do artigo 377 e do § 2º, do artigo 1.605, do Código Civil de 1916, os quais determinavam, ora a total exclusão do adotado da sucessão aos bens do adotante, ora a permissão para suceder somente a metade dos bens aos quais teria direito qualquer filho consangüíneo do adotante.

Dois anos mais tarde, a publicação da Lei nº. 8.069/90, diploma legal conhecido como Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 41, § 2º, ratificou a norma constitucional de isonomia estendendo-a também ao adotante, e revogando mais um artigo da Lei Adjetiva de 1916, ainda em vigor à época, senão vejamos:

> Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo impedimentos matrimoniais.

> (...)
> § 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.

O Novo Código Civil de 2002, em consonância com a Lei Maior vigente, pôs fim a quaisquer diferenças ainda remanescentes entre filhos de origem diversa. O filho adotivo, pois, concorre na sucessão aberta do pai sem qualquer restrição. É herdeiro necessário e em partilha receberá o mesmo que os filhos biológicos." Outrossim, está obrigado, nos termos do art. 229 da Constituição Federal, a ajudar e amparar os adotantes na velhice, carência ou enfermidade.

A ADOÇÃO E O ART. 1799, I, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Polêmica surge quando da análise da regra contida no art. 1799, I, do Código Civil de 2002, na qual o legislador pátrio permite ao autor da herança deixar parte de seus bens em testamento para herdeiro ainda não concebido.

De uma leitura inicial do dispositivo em tela, depreende-se que somente os filhos naturalmente gerados estariam legitimados a suceder nestas circunstâncias. O vocábulo "concebidos" utilizado na letra da lei induz a este pensamento, afastando a possibilidade de sucessão por filhos não-consangüíneos. Esta interpretação predominou durante toda a vigência do revogado Diploma Civil, o qual trazia em seu bojo regra similar. O contexto social da época, que dispensava tratamento desigual a filhos adotivos e naturais, serviu como base para a concepção de que permitir àqueles a participação na sucessão implicaria em desrespeito à vontade do *de cujus*, salvaguardando sua anuência expressa no corpo do testamento. Nesse sentido, no silêncio do autor da herança, incluir-se-iam apenas os filhos carnais das pessoas por ele apontadas, pressupondo-se que ao testar não cogitou beneficiar igualmente filhos não biológicos. Assim, estender tal prerrogativa aos filhos adotivos consubstanciaria desrespeito à vontade última do testador. Referindo-se a este, o renomado civilista Washington de Barros Monteiro (2003:44) preleciona:

> Este não podia ter tido em vista tais beneficiários, quando elaborou o ato de última vontade. Seu desejo não poderia, portanto, ser desviado ou substituído pela vontade

> arbitrária da pessoa designada. De outra forma, fácil se tornaria a esta última burlar a disposição testamentária, bastando-lhe realizar o ato de adoção.

Em que pese a opinião do douto professor, ousamos discordar, com base nos pressupostos fáticos e jurídicos abaixo elencados.

A Constituição Federal de 1988, ao trazer insculpido em seu texto o Princípio da Equiparação de Todos os Filhos, proíbe qualquer tratamento discriminatório relativo à filiação. Ora, não legitimar os adotivos a herdar na forma do art. 1799, I, seria o mesmo que ignorar os mandamentos da Carta Magna. Filhos são sempre filhos, independentemente da origem dos laços que os unem aos seus pais, se biológica ou simplesmente afetiva.

Nos dizeres de Giselda Hironaka (2003:93):

> Contemplar os *ainda não concebidos* representa, para o testador, contemplar os filhos das pessoas que indicou, filhos estes que não conheceu nem conhecerá, quer porque não concebidos, quer ainda porque não adotados antes de sua morte. Em qualquer das hipóteses, há um único traço condutor do querer do testador: contemplar aqueles seres que venham a ser filhos das pessoas por ele nomeadas em testamento.

De aplicabilidade imediata, a regra constitucional da isonomia da filiação obsta a que a norma contida no art. 1799, I, do Código Civil seja interpretada restritivamente, já que, nas palavras do ilustre Prof. Glauco Barreira Magalhães Filho (2002:80), “se uma norma infraconstitucional admite várias interpretações, dar-se-á preferência àquela que reconheça a constitucionalidade da norma e realize melhor os fins constitucionais”. Imperioso, pois, reconhecer a possibilidade de um filho não biológico figurar como herdeiro na hipótese dada.

Entretanto, faz-se mister tecer algumas observações acerca do prazo máximo em que a adoção deve ocorrer para que o menor possa efetivamente tornar-se sucessor do autor da herança. Aplica-se isonomicamente a regra contida no art. 1800, § 4º da Lei Adjetiva, que determina o prazo máximo de dois anos para a concepção do herdeiro esperado, sob pena de transferirem-se os bens a ele designados ao quinhão dos herdeiros legítimos, se o contrário não estipular o testador. Tem-se, portanto, que o adotado estará legitimado a herdar o que a ele coube no testamento do *de cujus* se, ao cabo de dois

anos da abertura da sucessão, o processo de adoção estiver concretizado ou, ao menos, em andamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 35. ed. Atualização de Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. v.6.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v.20.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume VII: direito das sucessões.* São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 16. ed. Revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.5.

BARROS, Felipe Luiz Machado. Uma visão sobre a adoção após a Constituição de 1988. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6552>. Acesso em: 19 mar. 2008.

VALIKO, Fábia Andréa Bevilaqua. Adoção à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Novo Código Civil. *www.advogados.adv.br,* 2003. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2003/fabiaandreabevilaquavaleiko/adocao.htm>. Acesso em: 19 mar. 2008.

ALBERNAZ JÚNIOR, Victor Hugo. Adoção plena: um parto artificial. *Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo,* São Paulo, 2005. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev5.htm>. Acesso em: 19 mar. 2008.